

JUS IMPERIUM AUCTORITAS

ÉTUDES DE DROIT ROMAIN

André Magdelain

PUBLICATIONS DE L'AUTEUR

I – LIVRES

- Essai sur les Origines de la Sponsio. Paris, TEPAC, 1943.
- Auctoritas Principis. Paris, Belles Lettres, 1947.
- Les Actions Civiles. Paris, Sirey, 1954.
- Le Consensualisme dans l'Edit du Préteur. Paris, Sirey, 1958.
- Recherches sur l'«Imperium». La loi curiate et les auspices d'investiture. Paris, Presses Universitaires de France, 1968.
- La Loi à Rome. Histoire d'un concept. Paris, Belles Lettres, 1978.

II – ARTICLES

- Ius Respondendi, RHD, 28, 1950, p. 1-22; 157-182.
- Auctoritas Rerum, RIDA, 5, 1950 (Mélanges Fernand de Visscher 4) p. 127-153.
- Cinq jours épagomènes à Rome? REL, 40, 1962-63, p. 201-227.
- Note sur la loi curiate et les auspices des magistrats; RHD, 42, 1964, p. 198-203.
- Auspicia ad patres redeunt, Hommages à Jean Bayet, collection Latomus 70, 1964, p. 427-473.
- Procum Patricium, Studi in onore di E. Volterra, 1969, 2, p. 247-266.
- Praetor maximus et Comitatus maximus, IURA, 20, 1969, p. 257-286.
- L'Auguraculum de l'Arx à Rome et dans d'autres villes, REL, 47, 1969-70, p. 253-269.
- Remarques sur la société romaine archaïque, REL, 49, 1971-72, p. 103-127.
- Remarques sur la Perduellio, Hist. 22, 1973, p. 405-422.
- Le Pomerium archaïque et le Mundus, REL, 54, 1976-77, p. 71-109.
- L'Inauguration de l'Urbs et l'Imperium, MEFRA, 89, 1977, p. 11-29.
- Les Accensi et le total des centuries, Hist. 27, 1978, p. 492-495.
- Le suffrage universel à Rome au V^e siècle av. Jésus – Christ, CRAI, 1980, p. 698-713.
- Quando rex comitiavit fas, RHD, 58, 1980, P. 5-11.
- Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome, RIDA, 3^e s. 27, 1980, p. 205-281.
- L'acte per aes et libram et l'auctoritas, RIDA, 3^e s. 28, 1981, p. 127-161.
- De l'Auctoritas patrum à l'auctoritas senatus. IURA, 33, 1982 (1985) p. 25-45.
- La manus iniectio chez les Etrusques et chez Virgile, Studi in onore di C. Sanfilippo, 1982, 1, p. 287-292.

- Les mots *legare* et *heres* dans la Loi des XII tables, *Hommages à Robert Schilling*, collection d'études latines 37, p. 159-173.
- *Quirinus* et le droit, *MEFRA*, 96, 1984, p. 195-237.
- *Paricidas*, dans *Du Châtiment dans la Cité*, collection de l'Ecole fr. de Rome 79, 1984, p. 549-570.
- Un aspect négligé de l'*Interpretatio*, *Sodalitas*, 1984, p. 2783-2789.
- Le *Ius* archaïque, *MEFRA*, 98, 1986, p. 265-358.
- Les XII tables et le concept de *ius*, *Abhandl. der Akad. der Wiss. in Göttingen*, 157, 1987, p. 14-33.
- De la coercition capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple, *LABEO*, 33, 1987, p. 139-166.
- *Provocatio ad populum*, *Estudios en homenaje al Profesor Iuan Iglesias*, Madrid, 1988, I, p. 407-425.

III – COMPTES RENDUS

- R. H. D. 28-1950, p. 105-110 : *c. r. de* : M. KASER, *Das Altrömische Jus*, Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949, 382 p.
- IURA 2-1951, p. 271-275 : *c. r. de* : L. PASTORI, *Profilo Dogmatico e Storico dell'Obbligazione Romana*, Varese, Milano, 1951, p. 325.
- S. D. H. I. 17-1951, p. 406-409 : *c. r. de* : la VI Session Internationale de la Société d'Histoire des Droits de l'Antiquité (Bruxelles, 3-6 octobre 1951).
- R. H. D. 32-1954, p. 270-271 : *c. r. de* : P. COLLINET, *La Genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris, Sirey, 1952, 329 p.
- S. D. H. I. 22-1956, p. 403-404 : *c. r. de* : R. SCHILLING, *La Religion Romaine de Vénus depuis les Origines jusqu'aux Temps d'Auguste*, de Boccard, Paris 1954, p. 442.
- R. E. L. 35-(1957) 1958, p. 468-470 : *c. r. de* : J. GAUDEMET, *La Formation du Droit Séculier et du Droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècles* (Inst. de Droit Romain, Univ. de Paris, XV) Paris, Sirey, 1957, 220 p.
- S. D. H. I. 24-1958, p. 390-395 : *c. r. de* : F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, Jovene, Napoli, 1958, p. 353.
- IURA 13-1962, p. 287-290 : *c. r. de* : L. PASTORI, *Appunti in Tema di Sponsio e Stipulatio*, Milano, Giuffrè, 1961, 308 p.
- R. E. L. 39-(1961) 1962, p. 436-438 : *c. r. de* : H. LEVY - BRUL, *Recherches sur les Actions de la Loi* (Institut de Droit Romain, Univ. de Paris, XIX) Paris, Sirey, 1960, VIII. - 348 p.
- R. E. I. 40-(1962) 1963 p. 421-422 : *c. r. de* : A. M. HONORE *Gaius*. Oxford, Clarendon Press, 1962, XVIII.-184 p.
- S. D. H. I. 28-1962 p. 465 à 469 : *c. r. de* : G. CRIFÒ, *Ricerche Sull'«exilium» nel Periodo Repubblicano, parte prima*, («Fondazione Guglielmo Castelli» 32 J), Milano, 1961.
- IURA 15-1964 p. 338-339 : *c. r. de* : P. LA ROSA, *L'Actio Judicati nel Diritto Romano Classico*. Milano, Giuffrè, 1963, p. 227.
- LABEO 10-1964, p. 273-284 : *c. r. de* : F. DE MARTINO, *Sulla Storia Giuridica del Principato*. Napoli, 1962.

- R. H. D. 43-1965, p. 664-665 : *c. r. de* : A. ALFÖLDI, Early Rome and the Latins, Ann Arbor, The Univ. of Michigan Press, 1965, XXI.-428 p.
- R. E. L. 43-(1965) 1966, p. 686-688 : *c. r. de* : Ch. SAUMAGNE, Le Droit Latin et les Cités Romaines sous L'Empire. (Institut de Droit Romain de l'Univ. de Paris, XXII), Paris, Sirey, 1965, IV.-136 p.
- S. D. H. I. 31-1965, p. 393-395 : *c. r. de* : F. DE MARTINO, Storia della Costituzione Romana 4/2, Napoli, Jovene, 1965, p. 613.-852.
- R. H. D. 46-1968, p. 279-280 : *c. r. de* : R. COMBES, Recherches sur l'Emploi et la Signification du titre d'Imperator dans la Rome Républicaine. (Public. de la Fac. des Lettres et Sciences Humaines de Montpellier, XXVI), Paris, PUF, 1966, 489 p.
- R. H. D. 46-1968, p. 281-282 : *c. r. de* : C. NICOLET, L'Ordre Equestre à L'Epoque Républicaine (312-43 av. J.-C.), T. I : Définitions Juridiques et Structures Sociales. Paris, de Boccard, 1966, 753 p.
- R. D. 47-1969, p. 482-483 : *c. r. de* : B. ROEDL, Das Senatus Consultum Ultimum und der Tod der Gracchen, Thèse de Droit, Nuremberg, 1968, 179 p.
- IURA 22-1971, p. 277-279 : *c. r. de* : A. SCHIAVONE, Studi sulle Logiche dei Giuristi Romani – Nova Negotia e Transactio da Labeone a Ulpiano. Napoli, Jovene, 1971, p. 196.
- R. E. L. 50-(1972) 1973, p. 361-363 : *c. r. de* : J. JAHN, Interregnum und Wahldictatur. (Fas, Frankfurter Althist. Studien, 3). Kallmünz, Lassleben, 1970, 195 p.
- IURA 24-1973, p. 307-309 : *c. r. de* : J. BERANGER, Principatus (Publications de la Faculté des Lettres de l'Université de Lausanne, XX). Genève, Droz, 1973, p. 483.
- R. H. D. 51-1973, p. 648-650 : *c. r. de* : A. TORRENT, La Jurisdictio de los Magistrados Municipales. Salamanca Univ. de Salamanca, 1970, 205 p.
- IURA 25-1974, p. 197-199 : *c. r. de* : F. GUIZZI, Il Principato tra « Res Republica » e Potere assoluto (Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli X). Napoli, Jovene, 1974, p. 251.
- R. H. D. 55-1977, p. 654-655 : *c. r. de* : E. FERENCZY, From the Patrician State to the Patricio – Plebeian State. Amsterdam, 1976.
- R. E. L. 57-(1979) 1980, p. 571-572 : *c. r. de* : R. QUADRATO, Le Institutiones nell'Insegnamento de Gaio. Ommissioni e Rinvii. Napoli, 1979.
- R. E. L. 59-(1981) 1982, p. 455-456 : *c. r. de* : G. FABRE, Libertus. Recherches sur les Rapports Patron – Affranchi à la fin de la République Romaine. Rome, Ecole Fr. de Rome, 1981.
- S. D. H. I. 47-1981, p. 376-378 : *c. r. de* : G. LURASCHI, Foedus, Ius Latii, Civitas. Aspetti Costituzionali della Romanizzazione in Transpadana. Padova, 1979.
- R. H. D. 62-1984, p. 616-617 : *c. r. de* : Cl. NICOLET et Alii, Demokratia et Aristokratia. Paris, Sorbonne, 1983, 135 p.

PRÉFACE

Le droit est un langage qui diffère de tous les autres. Il est doué d'une efficacité qui l'impose à tous. Si on s'interroge sur l'origine d'un tel pouvoir au temps de la République romaine, il est superficiel de répondre que le droit civil repose sur les XII tables et sur l'*interpretatio* jurisprudentielle de cette loi. À côté du droit civil le droit sacré s'impose aussi à tous sans l'appui du législateur. Ces deux langages ont le même style. Les versets normatifs des archives sacerdotales, par exemple : «*pontifex minor ex stramentis napuras nectito*» (Fest. 160 2), et notamment les *leges regiae*, qui sont en réalité des textes pontificaux, ont la même facture lapidaire avec l'impératif en – *to* que les dispositions des XII tables. Les actes du droit civil usent de l'impératif (*heres esto, liber esto* etc.) ou de la première personne (*spondeo*) comme ceux du *ius sacrum*. Les *tria verba sollemnia* du préteur : «*do, dico, addico*», bien que prononcés séparément, sont presque identiques à la formule : «*do, dico, dedico*». Ces ressemblances ne sont pas fortuites et, pour les expliquer, il ne suffit pas de dire que les pontifes, qui ont eu la responsabilité de l'ancien droit civil, l'ont élaboré selon les mêmes méthodes que les textes sacrés.

Le langage du *ius sacrum* est une sorte de verbe qui a le don de promouvoir l'existence de ce qu'il énonce. Un acte produit aussitôt son effet. Par exemple, la dédicace d'un temple en fait aussitôt la propriété des dieux. S'agit-il d'un serment, Jupiter frappera le parjure (Liv. I, 24, 8 *ferito*). Les versets normatifs s'imposent d'eux-mêmes sans concours de l'autorité publique. On en possède un certain nombre issus des *libri* sacerdotaux. Les lois royales en sont une variété qui s'adresse aux particuliers. Dans les derniers siècles de la République, on avait de la peine à comprendre d'où ces versets tiraient leur force obligatoire. Ceux qui avaient trait au culte faisaient figure de recettes à l'usage des prêtres, comme une sorte de règlement intérieur de leur collège. Ceux qui s'adressaient aux particuliers, comme c'est le cas des *leges regiae*, avaient besoin d'une justification que l'autorité sacerdotale ne suffisait pas à fournir, on les fit dépendre de celle des rois. À l'époque historique, à propos de préceptes l'idée archaïque d'un verbe sacré, se suffisant à lui-même, ne venait plus à l'esprit de personne. Mais elle reste vivace pour les actes du *ius sacrum*. Le principe

était le même pour les prières les plus anciennes, comme le *carmen arvale* rédigées à l'impératif pour contraindre les dieux, contrairement aux *precationes* plus récentes qui assez tôt sous la République respectent leur liberté, tout en la sollicitant. La vertu des plus anciens *carmina* qui font plier les dieux ne trouve pas sa source dans l'autorité sacerdotale de l'orant, mais dans les *verba* eux-mêmes et principalement dans l'impératif. Exception faite du culte privé, les prières sont le monopole des magistrats et des prêtres, c'est une sauvegarde. Le *malum carmen* qui tue et que les XII tables punissent de mort, est une usurpation. Le même principe anime les versets normatifs des archives sacerdotales, les formules rituelles des actes du *ius sacrum*, les *carmina* archaïques, le *malum carmen*, cest la puissance du verbe.

Cette efficacité de la parole est passée du droit sacré au droit civil. *Spondeo* est le meilleur exemple. Mais une novation s'est produite en son fondement. Il ne s'agit plus de verbe sacré, mais de formules civiles. Dès l'instant où les XII tables ont codifié le droit privé, les actes juridiques et la justice civile grâce au support de la loi reçoivent l'empreinte de la légitimité. Les *verba* ont désormais une base rationnelle. Ils conservent leur efficacité mais sont réputés la tenir de la loi. La loi elle-même est réputée tirer sa force de l'autorité du législateur, en l'espèce des *decemviri legibus scribundis*. Les versets decemviraux ont la même facture que les versets sacerdotaux, mais ne trouvent pas en eux-mêmes leur fondement. Cependant, l'écriture sacrée poursuit dans les archives sacerdotales son existence secrète.

Le droit civil a reçu du *ius sacrum* un autre héritage. Un des traits de celui-ci est un automatisme qui se produit en certaines circonstances. La violation d'un tabou rend tabou le coupable par un enchaînement immédiat, et ceci est la marque du *sacer esto*. Cet automatisme est comparable à celui qui anime l'efficacité de plein droit des formules rituelles. Cette idée est passée en droit civil où elle connaît un large développement. Là aussi l'acte juridique produit aussitôt son effet en vertu du formalisme. Même en l'absence de filiation sacrale, prévaut le principe que les institutions civiles ont un fonctionnement qui sauf procès se passe du concours du magistrat. Au contraire, l'efficacité de plein droit est absente du droit prétorien, qui se manifeste à travers toute une gamme de voies de droit que délivre le magistrat. Pour opposer ce fonctionnement automatique du droit civil à l'emploi d'un moyen prétorien, les prudents disent que le but est atteint *ipso iure*, sans intervention du préteur. Le plus souvent, on ne discerne dans la variété de telles situations aucune trace de droit sacré. Mais c'est à lui que remonte l'ipséité du *ius*, qui a connu ensuite un large développement sous l'empire de la laïcité. Cette faculté de produire des effets automatiques sans l'appui de l'autorité publique a sa source la plus ancienne dans la force du verbe. A partir de là, le droit civil a dégagé un formalisme désacralisé, comme il a diversifié

largement le principe de l'*ipsum ius*, dépouillé désormais de toute coloration religieuse. L'ipséité du *ius* est plus générale et plus vaste que le bilan déjà assez riche des situations que la jurisprudence déclare acquises *ipso iure*. Aux yeux des prudents, cet automatisme ne présente aucun mystère. Les XII tables ont codifié le droit civil, et c'est au nom de la loi qu'il développe ses effets de plein droit, par contraste avec les dispositions par lesquelles le prêteur dans son édit ne fait que promettre aux justiciables sa propre intervention. Ce légalisme ne doit pas dissimuler une tout autre conception du droit avant que la loi installe son empire. Le *ius* alors s'impose en son propre nom, sans le support de la *lex*. L'automatisme qu'il manifeste a sa source dans l'efficacité du verbe. Les linguistes sont le plus souvent d'accord pour penser que *ius* a commencé par désigner la formule. Voilà le germe dont est partie l'évolution qui a mené au *ius civile*. Le langage sacré des formules anciennes a conduit par étapes au langage rationnel des XII tables.

* * *

Pareillement au droit privé, le droit public a une source sacrale, mais elle est toute différente. Le concept de *ius* ou verbe efficace ne lui est pas étranger, mais plus précisément le droit public est issu des auspices. Dans l'esprit des Romains, il est né en même temps que la ville des auspices primordiaux de Romulus. Dans cette perspective théologique, Jupiter a simultanément conféré le pouvoir au fondateur et octroyé à Rome son statut privilégié. Le droit public, autrement dit le pouvoir, est inséparable de la condition juridique de l'*urbs*. *Domus* et *militiae*, c'est-à-dire à l'intérieur et l'extérieur du périmètre urbain ou *pomerium*, le pouvoir n'est pas le même, civil ici et militaire là. Cette distinction n'est pas le produit d'un processus constitutionnel qui aurait tendu à démilitariser la zone intrapomériale, pour y exempter le peuple des rigueurs de l'activité militaire. Dès sa fondation, l'*urbs* est démilitarisée comme elle est soustraite à l'inhumation et l'incinération, parcequ'elle doit mettre son sol inauguré à l'abri de la souillure de la mort comme à celle de la *res militaris*, qui ne font qu'un. L'inauguration est une bénédiction jupiterienne qui incorpore à la zone urbaine, à l'intérieur du *pomerium*, une grâce qui ne s'étend pas à l'*ager Romanus antiquus*. La ville a commencé par un contrat avec Jupiter. Pour le renouveler, elle dispose sur la citadelle d'un *auguraculum*, d'où l'on peut consulter des signes divins selon une médiane qui allant d'ouest en est partage en deux l'espace (Liv. I, 18, 7). D'une ville à l'autre, l'orientation est variable selon la position de la citadelle par rapport à l'ensemble urbain, comme cela se vérifie à Cosa, à Iguvium, à Bantia. Inauguration primordiale, *pomerium* et *auguraculum*

forment les éléments d'un tout qui est le statut juridique de l'*urbs* : née d'une grâce jupitérienne incorporée à son sol, elle l'abrite derrière son périmètre sacré, tant à l'aide d'un interdit funéraire que d'un interdit guerrier, et pour tenir à jour ce pacte avec le dieu un observatoire sur la citadelle permet de capter les *auspicia urbana*. Cette théorie juridique de la ville a connu en Italie une diffusion dont il est difficile de mesurer l'étendue.

Dans la version la plus récente, les auspices romuléens étaient doubles (Ovide, *Fast.* 4, 810-837). Jupiter investit d'abord le fondateur et patronne ensuite la fondation. Ce dédoublement obéit à la logique d'une théologie rationaliste. Ennius dans ses *Annales* (I, 77-96 Vahlen) conserve le mystère des origines. Le même signe divin, les douze vautours, pour répondre en présence des jumeaux à la question : *uter esset induperator*, confère l'*imperium* à Romulus à l'instant même où il « affermit » de façon surnaturelle le sol vierge de la ville, dont le pomerium va être aussitôt tracé :

Conspicit inde sibi data Romulus esse priora
Auspicio regni stabilita scamna solumque¹.

Les mêmes auspices² assurent la collation du pouvoir et l'inauguration de l'*urbs* (*Fast. Praen.* 23 mars, . . . *Romulus urbem inauguraverit*). Celle-ci n'est pas autre chose conformément à l'étymologie d'*augurium* (*augere*), que l'accroissement mystique de la zone intrapomériale.

A la suite du prototype romuléen, à chaque avènement royal, à chaque entrée en charge des consuls, selon la conviction romaine de la continuité de l'*imperium*, le contrat avec Jupiter est renouvelé *auspicato*, et cela devait signifier dans les temps les plus anciens une nouvelle bénédiction de la ville. Aux yeux de Mommsen, les fastes consulaires sont l'épine dorsale de l'histoire romaine. Mais il n'y a pas transmission ininterrompue du pouvoir de tête en tête à partir de sa collation initiale. L'*imperium* renaît en la personne de chaque titulaire, quand il entre en charge. La continuité est assurée par l'absence de hiatus et non par le passage de main en main d'un précieux dépôt confié une fois pour toutes au fondateur. Chaque année l'investiture auspicielle du consul remonte à la source jupitérienne du pouvoir. Il dispose des mêmes *auspicia maxima* que les rois, mais l'investiture civile par l'élection et la loi curiate impose la limite constitutionnelle de l'annualité à un pouvoir qui n'en connaît pas, puisqu'il est charis-

¹ Sur ces vers, JOCELYN, *Proceedings of the Cambridge philological society*, 1971, p. 73-74.

² Sur cette double fonction des auspices primordiaux, MOMMSEN, *Ges. Schr.* IV p. 13.

matique. Au bout d'un an, l'*auspicium* du consul entre en sommeil; mais, vienne à se produire une vacance du consulat, il renaît automatiquement chez les consulaires, parceque la constitution qui le limite dans le temps est en suspens. Cette résurgence de l'*auspicium* en la personne de ses anciens titulaires s'exprime à travers l'adage «*auspicia ad patres redeunt*». La fine fleur des *patres*, les consulaires récupèrent l'*auspicium* qu'ils ont détenu de Jupiter. Eux seuls et non l'ensemble des sénateurs patriciens bénéficient de ce «retour» des auspices, qui assure la continuité du pouvoir. Le pacte avec Jupiter n'a pas subi d'interruption, il a toujours des répondants. Sans eux, personne ne posséderait le *ius auspicii*, indispensable pour tenir une élection. Les consulaires selon un privilège qui est resté propre aux patriciens forment une réserve de pouvoir. Issu de ce groupe, c'est paradoxalement un interroi qui par de nouvelles élections remettra en marche la République provisoirement vacante.

L'élite des *patres*, les consulaires détiennent un pouvoir latent, parceque les *auspicia maxima* conférés par Jupiter aux consuls ne s'éteignent pas à l'expiration de leur année de charge, seul l'exercice en est suspendu. Ces auspices suprêmes, identiques à ceux des rois, sont en la personne des interrois, tous consulaires, ce que la République a conservé de plus royal. La vacance du consulat n'est pas la seule occasion où on observe ce pouvoir latent des *patres*. L'*auctoritas patrum* en est une autre. Cette ratification des résolutions populaires leur apporte, en un temps où le peuple n'est pas encore souverain, l'indispensable complément de validité qui assure leur force obligatoire. Cet «accroissement» de validité nous ramène à la racine *augere*, comme à *augurium* et *auctoritas*. Il y a quelque chose d'augural dans l'*auctoritas patrum*, en ce sens qu'elle émane de personnages charismatiques qui ont été titulaires des *auspicia maxima* et gardent ce qu'il reste d'une élection jupitérienne quand l'élu a fait retraite. Cette élection se fit à l'origine entre Romulus et Rémus, et dans les temps historiques les oiseaux du Capitole choisissent encore entre plusieurs candidats l'*imperator* romain qui doit commander l'armée de la ligue latine³. Le groupe privilégié des *patres auctores* est identique à celui des *patres* auxquels, en cas d'interrègne, les auspices font «retour». C'est la fleur du patriciat, les consulaires, en attendant que la ratification des votes comitiaux passe ensuite à l'ensemble des sénateurs patriciens. A l'état pur, l'*auctoritas patrum*, comme le ministère de l'interroi, est une rémanence de l'*auspicium*, mais elle ne sert pas à consul-

³ Fest. 276 L... *complures nostros in Capitolio a sole oriente auspiciis operam dare solitos. Ubi aves addixissent, militem illum, qui a communi Latio missus esset, illum quem aves addixerant, praetorem salutare solitum, qui eam provinciam optineret praetoris nomine.* Sur ce texte, KUNKEL, *Kl. Schr.* p. 359 suiv.

ter une nouvelle fois Jupiter. L'élection jupitérienne des magistrats supérieurs leur permet plus tard, après leur sortie de charge, de communiquer par leur *auctoritas* aux votes comitiaux l'approbation dont ils ont eux mêmes bénéficié. Le groupe sénatorial des *patres auctores* réunit, à l'exception des magistrats en charge qui font la *rogatio*, les élus de Jupiter. L'ensemble du sénat et le peuple s'en remettent à ces détenteurs d'une grâce pareille à celle des rois pour qu'ils l'étendent aux votes comitiaux, afin de les valider.

Les auspices qui précèdent l'assemblée populaire ne font qu'autoriser sa tenue, mais n'approuvent pas à l'avance un vote dont on ignore l'issue, bien que les Romains aient parfois abusivement pensé le contraire, notamment en matière d'élections⁴. Comme contre-épreuve de cette remarque, il suffit de rappeler qu'une réunion non délibérante du *populus* est précédée par une prise d'auspices⁵, alors qu'inversement les *leges dictae* ou *datae* des magistrats en sont dispensées. C'est la réunion du peuple, selon le droit le plus ancien, non sa résolution, qui est approuvée par le dieu. En cas de vice auspicial, le vote reste valable, aucune nullité n'entâche l'élection ou la loi, et le sénat patricio-plébéien a fini par s'arroger le droit en de tels cas, sur avis des augures, de casser la loi ou d'inviter le magistrat à abdiquer, ce que celui-ci n'a pas toujours fait. Malgré l'abdication, le magistrat est inscrit sur les fastes consulaires⁶. Il fallut recourir à ces remèdes pour écarter de tels votes, que le droit augural ne tenait pas pour nuls. Avant que le sénat dans son entier en vienne là, le groupe restreint des *patres* aura refusé sa ratification, tant qu'elle suivit le vote. Les auspices qui le précèdent ne servent pas à approuver la loi ou l'élection, l'approbation des votes comitiaux n'est pas directement l'affaire de Jupiter mais de ses délégués, les *patres auctores*. C'est à travers eux qu'il apporte sa sanction aux suffrages des citoyens. La compétence des comices n'est pas souveraine au cours du premier âge républicain. C'est en dernier ressort le droit augural qui à travers le ministère des *patres* permet au *populus*, placé sous leur tutelle, d'émettre des votes définitifs.

En somme le droit civil et le droit public ont des sources sacrales distinctes, le verbe efficace ou *ius* et les auspices. Ces registres ne se recourent guère, le droit augural a aussi ses formules, mais elles

⁴ Voir mes *Recherches sur l'Imperium*, p. 36-37.

⁵ Varron, *de lingua lat.* 6, 86; Sur ce texte, *Recherches sur l'Imperium* p. 49 suiv.

⁶ Sur ces différents points : MOMMSEN, *Staatsrecht*, III p. 364 suiv.; WISSOWA, RE v. *augures* II, 2334; LINDERSKI, *Augural law*, ANRW, II, 16, 3 p. 2163, 2165, 2173, 2177, 2197. A la base du problème, Varro, *de lingua lat.* 6, 30 *magistratus vitio creatus, nihilo setius magistratus*.

Comptent moins que la réponse du dieu. Ces points de départ sont à la fois simples et concrets et ne se prêtent à aucune divagation sur des structures préhistoriques. A partir de là, le droit civil et le droit public ont développé leurs institutions sans esprit de système. Pour comprendre la suite, il était expédient de définir le commencement. Ces remarques liminaires ont pour but d'indiquer le fil conducteur qui relie des études qui ont été publiées séparément mais forment un tout.

L'idée de ce recueil revient à mon collègue et ami Yan Thomas, qu'il en soit remercié. Monsieur Ch. Pietri, directeur de l'Ecole française de Rome, l'a favorablement accueillie. Je lui adresse l'expression de ma gratitude.

[I - Sources du droit]

LE *IUS* ARCHAÏQUE

Introduction. Étroitesse du concept de *ius* à l'origine.

I – Aspects religieux du droit public romain : les auspices et leurs corollaires, l'inter règne, l'*auctoritas patrum*, le charisme du patriciat. En droit criminel, consécration ou sacerté du coupable. Aspects sacrés du droit privé romain (en particulier le lien entre le *ius Quiritium* et Quirinus; le *rodusculum* magique de l'acte *per aes et libram*).

II – Parallèle entre la langue juridique et la langue religieuse : l'impératif et la première personne de l'indicatif. *Ius* comme formule. Lien avec la prière.

III – Le *ius* laïc dans les XII tables. Bilans de cette loi : actions civiles, actes juridiques, droits absolus, crimes capitaux de droit commun.

IV – Le concept de *ius* dans les différentes sources du droit. Les *mores*.

Prudents et rhéteurs n'ont pas la même image du *ius*, de ses classifications et de ses sources¹. Le langage n'est pas le même, le but non plus. Le rhéteur veut convaincre, le prudent poursuit une tâche plus noble. Ce contraste ne doit pas être oublié, quand on se demande ce qu'à Rome on entendait par droit. La jurisprudence préserve jalousement la pureté de ses méthodes; elle sait, par rapport aux autres disciplines, rhétorique et philosophie, conserver son autonomie. Les prudents évitent la confusion des genres. Le *ius* sur lequel ils opéraient n'est pas celui du grand public ni celui des écrivains. Ce qui frappe le plus, ce sont les restrictions qu'ils ont longtemps imposées à ce concept et la lenteur avec laquelle ils ont consenti à l'élargir.

On sait que c'est seulement sous le principat, au II^e siècle, que de simples professeurs introduisent dans la langue du droit des expressions déjà connues des auteurs littéraires, *ius praetorium* (*honorarium*) et *ius gentium*, dont l'emploi chez les jurisconsultes classiques reste tardif². Ces deux catégories firent chacune pendant au vieux *ius civile*, sans que la science du droit se mit en peine pour harmoniser entre eux ces contrastes. On sait aussi que l'on tarda à admettre

¹ F. Schulz, *History of roman legal science*, Oxford, 1946, p. 71 suiv.; Kaser, *Fest. Wieacker*, 1978, p. 92 suiv.; Kaser, dans *Fest. Flume*, 1978, p. 103.

² Kaser, *R. Privatrecht*, I, 1971, p. 203, 207.

que les sénatusconsultes puissent engendrer du *ius civile*. De toutes ces restrictions, la plus curieuse exclut la coutume des catalogues jurisprudentiels des sources du droit à l'époque classique.

La république avait légué au principat un concept étroit du *ius*, propre aux spécialistes. Chez les rhéteurs, il était beaucoup plus large et à l'époque cicéronienne accueillait ce que les prudents répudiaient (Cic. *top.* 5,28). L'attitude de ces derniers était ambiguë et méritera d'être précisée, car leur réticence à l'égard de l'édit du prêteur et des sénatusconsultes ne signifiait évidemment pas qu'ils leur refusaient la force obligatoire. De même, si la coutume n'entrait pas dans les catalogues techniques des sources du droit, les prudents savaient et disaient parfois que certaines institutions de droit privé étaient coutumières.

Il n'y a aucune témérité à présumer que cette étroitesse du concept de *ius*, respectée par les juristes avec une sorte de fétichisme, remonte aux temps anciens. C'est un legs du passé. On observe au début de la république des restrictions encore plus sévères. Les droits subjectifs ne s'appelaient pas alors *ius*, mais paraissent avoir acquis cette qualification assez vite avant Plaute³. Dans un ordre d'idées voisin, le *ius Quiritium* n'embrasse que les droits absolus et reste toujours étranger aux obligations. Il a une place à part dans l'ensemble, lui-même limité, de l'ancien droit.

Ces différentes exiguïtés de l'emploi du mot *ius* ont chacune une physionomie propre, mais elles convergent toutes vers cette idée que ce concept commença par avoir un domaine étroit qui, avec le temps, connut des extensions successives. Tout ce que nous appelons droit, pendant longtemps à Rome ne fut pas *ius*, au moins chez les prudents. Tout ce qui d'un point de vue normatif avait force obligatoire ne méritait pas invariablement cette qualification. On aboutit à un inventaire très mince des sources du droit. Puisqu'on s'obstina longtemps à ne pas parler chez les spécialistes de *ius honorarium*, puisqu'on tarda à admettre que le sénat pût créer du *ius*, puisqu'on exclut les *mores* des catalogues jurisprudentiels des sources du droit, force est de conclure qu'il fut un temps où les seules sources de *ius* reconnues chez les maîtres de la science juridique étaient la *lex* et l'*interpretatio*. Cette conception se reflète dans le traité de Sextus Aelius Paetus, consul en 198. Ses *Tripertita*, tenus à Rome pour les *cunabula iuris* (Pomp. D. I, 2, 2, 38) associaient la loi et l'*interpretatio*, à quoi s'ajoutait pour justifier le titre de l'ouvrage, comme un complément nécessaire, la *legis actio* qui est une émanation de la loi. Sans exclure que dans cette œuvre mal connue l'auteur ait pu ajouter occasionnel-

³ Kaser, *Das altrömische Ius*, 1949, p. 96 suiv.; du même, *Acta turidica*, 1977, p. 67 suiv.

lement quelques éléments d'autres provenances, pour lui le *ius* par excellence est le produit des XII tables et de ses exégètes. L'esprit conservateur des juristes maintient dans la suite une attitude restrictive. Malgré le développement de l'édit des magistrats et des sénatusconsultes, la jurisprudence s'abstint longtemps de tenir leurs textes pour une expression du *ius*. Les *mores* ne furent pas plus considérés comme une source du droit.

Face à ces singularités, les Romains avaient cette réponse toute faite que les XII tables avaient été la source du droit public et privé (Liv. 3, 34, 6 *fons omnis publici privatique iuris*). À ce code étaient venues s'ajouter d'autres lois, beaucoup moins importantes, et l'*interpretatio* avait développé le contenu de cet ensemble. Dans cette optique, le *ius* résidait tout entier dans le complexe *lex-interpretatio*; et les textes officiels nouveaux, comme les édits et les sénatusconsultes, en étaient exclus. À la prendre en bloc, l'image des XII tables comme un code exhaustif, même si elle appelle aujourd'hui des réserves, a au moins le mérite d'expliquer pourquoi dans l'esprit des Romains le *ius* ne sortait pas des limites de ce texte et de son commentaire. Ce mot, doué d'un prestige inégalé, était d'une qualité trop rare pour s'étendre aux nouvelles sources du droit, aux édits, qui n'étaient que des promesses ou des injonctions des magistrats, aux sénatusconsultes qui n'étaient en principe que des avis de la haute assemblée.

Depuis le temps des décemvirs, on peut suivre approximativement l'histoire que les Romains retraçaient du développement de leurs institutions. Même si elle appelle parfois le scepticisme, elle est d'un grand prix pour la science contemporaine. Mais quand on remonte au-delà de ce code, elle n'est plus d'aucun secours. Ce que disent les Romains des lois royales n'a aucune valeur. Et il faut se passer de leur contribution pour tenter de comprendre ce qu'avait pu être le *ius* avant sa codification. On est aujourd'hui très prudent pour mesurer le contrôle que les pontifes exerçaient sur lui⁴. On remarque qu'ils employaient pour le droit les mêmes méthodes que pour la religion. Et c'est ainsi que s'expliquerait la similitude entre le formalisme juridique et les rites du culte, sans qu'il soit nécessaire de penser que le droit dérive de la religion. Il serait pontifical, dit-on, mais non sacré. Cette proposition est élégante mais provisoire. Droit et religion dépendraient, par un hasard de l'histoire, du même collège sacerdotal, et c'est de cette contingence que résulterait, par l'emploi des mêmes techniques, la parenté des formes de ces deux disciplines. La modestie de ces conclusions doit être appréciée, mais elle a quelque chose d'insatisfaisant. Il est difficile d'admettre que la relation

⁴ Kaser, R. *Privatrecht* 1 p. 27 suiv.; Wieacker *Hommage à R. Dekkers*, 1982, p. 213 suiv.

entre droit et religion soit simplement due à la double compétence des pontifes dans chacun de ces domaines. On pressent qu'il y a plus dans cette relation qu'une simple coïncidence. La linguistique attribue au mot *ius* une origine religieuse. Si l'on passe du mot à la chose, il y a lieu de se demander si les institutions publiques et privées n'ont pas aussi leur source dans le sacré. Cela va de soi pour beaucoup d'entre elles, comme les auspices des magistrats, la procédure par *sacramentum*, la *sponsio*, la *confarreatio* etc. Mais la part des dieux dans le droit n'est pas toujours une évidence, et, là où elle se révèle nulle, comme dans l'acte *per aes et libram*, on a pu interroger la magie. Religion ou magie, il convient de dresser le bilan des principales institutions du droit public, pénal et privé à l'époque archaïque, pour voir si elles s'affiliaient à l'une ou à l'autre de ces deux sciences du surnaturel. A la suite de quoi, il sera plus aisé de retracer l'histoire du mot *ius*.

I

Droit public, droit pénal et droit privé n'entretiennent pas des relations similaires avec le sacré. L'origine auspicielle de *l'imperium*, ne serait-ce qu'à travers la figure mythique de Romulus, est bien connue. Les irradiations des auspices à travers toute la vie publique auront à être rappelées. En droit pénal, la *sacratio capitis* du coupable, avec ou sans jugement, suffit à rattacher la répression au monde des dieux. C'est en droit privé que les choses se présentent avec moins de simplicité. La justice civile par le *sacramentum* se place sous la dépendance de Jupiter, dieu des serments. Les principales institutions privées devront être appréciées chacune séparément. Et celles, comme l'acte libral, qui ne doivent rien aux dieux, plutôt que de les tenir pour laïques dès leur formation, il faudra mettre à l'épreuve des textes le rôle magique du *rodusculum*, qui faute de vérification a été tenu pour une vaine hypothèse.

Sous la royauté et au cours du premier âge républicain, la source de *l'imperium* n'est pas le peuple mais Jupiter. L'investiture par le peuple n'est que l'autorisation politique de requérir du dieu souverain l'investiture auspicielle du pouvoir⁵. Le pouvoir civil s'obtient par les auspices d'entrée en charge, *l'imperium* militaire par les auspices de départ. Cette cérémonie sur le Capitole avant la campagne ne confère pas seulement les auspices de guerre, mais aussi le commandement militaire qui leur est lié, comme cela apparaît dans la formule *auspi-*

⁵ Voir mes *Recherches sur l'imperium*, 1968, chap. II.

cio imperio qui figure sur les inscriptions des généraux victorieux⁶. Ces deux types d'investiture, civile et militaire, se dégradèrent au cours de la République. Les auspices d'entrée en charge furent dévalorisés au profit des auspices de l'élection, qui firent bientôt figure d'investiture sacrale. À la fin de la République, les auspices de départ n'existent pratiquement plus, comme le déplore Cicéron (*div.* 2, 71 ; 2, 76 ; *nat. deor.* 2, 9). Mais pour les uns et les autres, le souvenir du passé ne fut pas effacé. Les douze vautours de Romulus restaient le prototype des auspices d'entrée en charge. Ennius décrit en des vers célèbres (ap. Cic. *div.* I, 107-108) comment par leur vol le premier roi reçut le pouvoir. Cincius (ap. Fest. 276 L) à propos de l'armée de la ligue latine rappelle que le général romain en obtenait par les oiseaux le commandement au Capitole (*illum quem aves addixerant*). Jamais un augure n'est chargé de procéder à ces investitures, le magistrat y procède pour son propre compte (D. H. 2, 5-6). L'augure n'a pas de compétence sur les auspices publics impétratifs autrement que comme conseiller⁷. À lui reviennent simplement les *auguria*, par exemple *l'augurium salutis*. Ce ne sont pas des actes politiques. Quand Tite-Live (I, 18) fait investir Numa par un augure, il commet un contresens dénoncé par Mommsen⁸ : l'inauguration du *rex sacrorum* lui a servi de modèle.

On n'a pas toujours apprécié à sa juste valeur l'importance des auspices des magistrats. Il ne s'agit pas seulement de l'investiture des titulaires de *l'imperium* ou de l'exercice de celui-ci à l'aide de la consultation de Jupiter, chaque fois qu'il doit autoriser un acte politique du magistrat. Les *auspicia maxima* sont chez leurs détenteurs républicains la même marque d'une approbation jupitérienne que chez les rois. L'annalité de la magistrature limite dans le temps l'exercice du droit d'auspices, mais le charisme conféré par le dieu souverain ne s'éteint pas à la sortie de charge. Le signe divin ne s'efface pas alors, il distingue définitivement celui qui l'a reçu. Au bout d'un an, le charisme entre simplement en sommeil, et c'est lui qui rend compte de l'étonnante prééminence des consulaires et assimilés. Il se réveille en cas de vacance de la magistrature supérieure. «*Auspicia ad patres redeunt*», dit un adage pour expliquer par quel mécanisme un groupe de sénateurs retrouve le droit d'auspices pendant l'interrègne. La raison en est que ce droit renaît, en l'absence de consuls, en la personne de ses anciens titulaires⁹. Les consulaires et assimilés sont les *patres* privilégiés qui bénéficient de cette résurgence d'un droit

⁶ Magdelain, dans *MEFRA*, 89, 1977, p. 11-29.

⁷ Wissova, *RE*, II, 2580 suiv., v. *auspicium*; Coli, *Regnum*, 1951, p. 86.

⁸ *Staatsrecht*, II p. 9.

⁹ Voir mon étude dans *Hommages à Jean Bayet*, 1964, p. 427-473.

qu'ils n'ont pas cessé de posséder. Seul l'exercice en était suspendu par l'annalité de la magistrature. Ce retour des auspices permettra de mettre en mouvement la procédure interrègnale qui conduit à l'élection des nouveaux consuls. Qu'il ne profite qu'à des consulaires, c'est ce que vérifie aisément la liste de tous les interrois que l'on connaît : ils ont tous cette qualité.

Il n'est guère douteux que les *patres auctores* qui ratifient les résolutions comitiales ne se distinguaient pas des *patres* de l'interrègne¹⁰. Le personnel est le même, ce ne sont pas tous les sénateurs patriciens, mais un groupe éminent parmi eux, les consulaires et ceux qui en tiennent lieu (anciens tribuns militaires à pouvoir consulaire). Ainsi en 367, en une date où il n'y avait que peu de plébéiens au sénat, celui-ci dans son entier invita les *patres* à ratifier les élections (Liv. 6, 42, 14). Ces *patres* ne sauraient être la totalité des sénateurs patriciens, qui se seraient dans ce cas adressé une invitation à eux-mêmes. Les *patres auctores* sont au sein de la haute assemblée un groupe plus restreint, dont le privilège est d'apporter leur approbation aux votes du *populus*. Ce privilège a sans doute la même raison d'être que celui qui fait renaître chez quelques sénateurs les auspices en temps d'interrègne. Le consulariat qui explique cette résurgence explique aussi en vertu de quel charisme les mêmes *patres* apportent aux résolutions du peuple le complément de validité qui leur fait défaut, en un temps où il n'est pas encore question de souveraineté populaire. Les meilleurs interprètes de *l'auctoritas patrum* ont discerné en elle un aspect sacré¹¹. On a aucune peine à l'identifier, si les *patres auctores* sont d'anciens élus de Jupiter, qui ont conservé de cette bénédiction une grâce latente. Ce que les annalistes ont surtout retenu, c'est l'aspect politique de la question ; et quand cette ratification tomba au rang de simple formalité, il n'importait plus qu'elle fût réservée aux consulaires, tous les sénateurs patriciens pouvaient y participer.

Là ne s'arrêtent pas les conséquences du droit d'auspices inhérent à la magistrature supérieure (*auspicia maxima*). Il n'explique pas seulement les privilèges propre à ses anciens titulaires quant à l'interrègne et la tutelle des assemblées populaires ; il permet de comprendre par surcroît les privilèges du patriciat. Les descendants des consuls du premier siècle de la République vont vite former une caste. Sous la royauté, les *patres* siégeaient au sénat et avaient une clientèle, tels étaient en ce temps leurs signes distinctifs. La République en ajoute un, beaucoup plus éminent. Avant les XII tables, presque toutes les familles patriciennes ont eu accès au consulat, c'est ce que

¹⁰ Je renvoie à mon étude dans *Iura*, 33, 1982 (1985), p. 25-45.

¹¹ Notamment Lübtow, *Das r. Volk*, 1955, p. 245.

montre le dénombrement de leurs membres à l'aide des fastes¹². Le premier consul de la lignée est appelé *princeps gentis* (Cic. *Brut.* 53; *fam.* 9, 21, 2; Liv. 10, 8, 6; Suet. *Tib.* 1). La noblesse acquiert un critère juridique : est noble celui qui descend d'un ancien titulaire des *auspicia maxima*; ils ne diffèrent pas de ceux des rois. Le charisme de l'ascendant se propage dans sa race grâce à la pureté du sang (Liv. 4, 6, 2; 6, 41, 6), sous la forme d'une prédestination à devenir aussi consul. Cette prédestination justifie le monopole qui exclut les plébéiens de la magistrature supérieure. Encore faut-il que cette exclusivité ait eu le temps de se former par l'accès au consulat des familles patriciennes pendant un peu plus d'un demi-siècle. Au tout début de la république, le monopole n'est pas institué, puisque de descendants de consuls il n'y en a encore que peu. Et dans les premières années du nouveau régime, grâce au flottement constitutionnel quelques plébéiens parviennent au sommet de l'état, sans que leurs descendants puissent ensuite s'y maintenir. La page fut rapidement tournée. Voilà l'explication la plus simple de la présence de quelques plébéiens au début des fastes. Mais le patriciat impose vite un monopole de fait qui se transforme aisément en monopole de droit. Les familles patriciennes n'ont pas seulement pour elles leurs clientèles et des sièges au sénat; en outre la bénédiction jupitérienne qui illustra un ou plusieurs de leurs membres donne à la caste une définition juridique qui leur réserve l'accès au pouvoir suprême. De plus à ce critère on ajouta celui de la pureté du sang. Raison de plus pour que les familles des rares consuls plébéiens des premières années de la république ne pussent à ce titre revendiquer aucune noblesse.

En somme, c'est dans les auspices que les principaux éléments du droit public romain archaïque puisent leur source. Investiture du pouvoir civil ou militaire, procédure de l'interrègne, *auctoritas patrum*, monopole patricien de la magistrature supérieure, on voit se succéder dans cette liste les différents effets d'une prise d'auspices qui au départ commence par conférer l'*imperium domi* ou *militiae* au magistrat, puis grâce à ce charisme dans la suite de sa carrière l'habilité à devenir interroi et à ratifier les résolutions comitiales, enfin anoblit sa descendance. Ce bilan ne s'arrête pas à la théorie de la magistrature patricienne et à celle du sénat. Il s'étend aux comices, puisque le peuple n'est pas encore souverain, ses votes ne deviennent définitifs que grâce aux *patres auctores*. Tout le droit public archaïque est sous l'ombre du sacré.

* * *

¹² Ranouil *Recherches sur les origines du patriciat*, Paris, 1975, p. 45 suiv.

Le droit criminel n'obéit pas à une autre inspiration sur le chapitre de l'exécution capitale. Quelle que soit l'autorité qui prononce la sentence de mort, un magistrat ou le peuple, qu'il s'agisse de coercition ou de justice, le châtement du coupable, comme l'avaient vu Mommsen, Wissova et Mitteis¹³, tend à une *consecratio capitis*. Le principe est simple, seules les modalités prêtent à discussion. Dans les temps anciens, il n'est pas concevable que le coupable soit mis à mort sans que soit réglé son sort dans l'au-delà, aussi bien pour le punir en le dévouant aux dieux que pour empêcher son spectre de revenir tourmenter les vivants. Mommsen avait eu simplement tort de confondre cette *consecratio* avec un sacrifice qui suppose la pureté de la victime. Cette réserve faite, les discussions restent ouvertes sur les formes de chaque type d'exécution, et on s'interroge par exemple sur celles de la *suspensio* à l'*arbor infelix*¹⁴ et de la flagellation à mort. En réalité, ces deux peines semblent s'additionner pour n'en former qu'une, comme le suggère la *lex horrendi carminis*¹⁵ qui, placée sous l'autorité d'un roi, est le formulaire de l'exécution capitale dite *more maiorum*: Liv. 1, 26, 6 «*caput obnubito, infelici arbori reste suspendito, verberato vel intra pomerium vel extra pomerium*». Nonius (617 L) interprète ce texte : *suspensum dicitur alte ligatum*. On sait que la *suspensio*¹⁶ dévoue le coupable à une divinité : XII tables 8, 9 *suspensum Cereri necari* (à propos du vol nocturne de la moisson sur pied). On sait aussi que la flagellation à mort est, entre autres emplois, la peine sacrale qui liquide l'amant de la vestale (Fest. 277 L)¹⁷, sans qu'il puisse même y avoir *provocatio ad populum* dans ce cas. La *lex horrendi carminis* fait la somme des deux rites, *suspensio* et flagellation à mort, si on suit pas à pas ses prescriptions dans l'ordre du texte, et leurs effets se cumulent dans la même finalité de consacrer le supplicé. L'utilisation d'un *arbor infelix* et l'*obductio capitis* sont des accessoires qui vont dans le même sens. Tous ces rites forment un tout, ils

¹³ Mommsen, *Strafrecht*, p. 911; Wissova, *Religion und Kultus der Römer*, 1912, p. 388 suiv.; Mitteis, *R. Privatrecht*, 1908, p. 25 n. 5. Voir la synthèse de Kaser, *Das altromische Ius*, 1949, p. 42 suiv., 52 suiv.; cf. Hagerström, *Der r. Obligationenbegriff*, I (1927), p. 464 suiv.

¹⁴ Oldfather, *TAPhA*, 1908, p. 49 suiv. La *suspensio* ne doit pas être confondue ni avec la pendaison, comme on le fait parfois, ni avec la crucifixion. Sur cette dernière, Hengel, *Crucifixion*, 1977, p. 43, 66.

¹⁵ Le début de cette loi est falsifié, comme on l'a souvent remarqué, et se rattache aux *duumviri perduellionis*: voir mes remarques dans *Hist.*, 1973, p. 412 suiv.

¹⁶ Brecht, *Perduellio*, 1938, p. 46, n. 2.

¹⁷ Mommsen *Strafrecht* 919; *Staatsrecht*, II, p. 56; Koch *Religio*, 1960, p. 1 suiv. Sur le sort de la vestale impure, Fraschetti dans *Du châtement dans la cité (Collect. de l'École fr. de Rome)* 79 Rome 1984, p. 97-129).

sont regroupés dans une prétendue loi royale, qui n'est que le formulaire de ce type complexe d'exécution capitale.

La peine du sac¹⁸ expédie le parricide, tenu pour un raté de la nature, vers l'autre monde en compagnie d'animaux chthoniens et son immersion empêche son âme de traverser l'eau. On éliminait aussi par immersion les enfants monstrueux (hermaphrodites).

La précipitation du haut de la roche Tarpéienne, qui dans l'ancien droit est employée contre divers types de délinquants, notamment contre ceux qui ont porté atteinte à la sacrosanteté des tribuns de la plèbe, n'est pas malgré la simplicité de la procédure une peine laïque. On a justement reconnu en elle une *devotio ad inferos*, qui, sous des formes comparables, a des équivalents en Grèce¹⁹.

Si on quitte la justice pour la coercition du magistrat supérieur, il y a lieu avec Mommsen²⁰ de rapprocher la forme de la décapitation à la hache (*securi percussio*) du rite du sacrifice, sans qu'il faille toutefois parler de sacrifice humain mais simplement de consécration du supplicié. A l'époque historique, ce mode d'exécution s'est dépouillé de ses origines sacrales²¹, mais le souvenir de celles-ci n'est pas oublié et le parallèle avec le sacrifice reste vivace²². En des circonstances dramatiques, César en 46 (Dio Cass. 43, 24, 4) exploita ce parallèle en lui donnant des couleurs archaïques allant jusqu'à l'outrance. Il fit sacrifier des mutins au Champ de Mars par les pontifes et le flamine de Mars, et leurs têtes furent fixées à la *regia*. On a sans doute raison de penser que ce dernier trait avait pour modèle le sort identique de la tête du cheval d'Octobre. César a poussé les choses à la limite en transformant en sacrifice humain²³ particulièrement solennel un châtement qui sous la forme de la décapitation s'était borné à consacrer les insubordonnés.

L'histoire de l'exécution capitale reflète celle du droit criminel. Tant que le magistrat supérieur disposa d'un plein pouvoir de coercition, seule l'intercession tribunitienne pouvait faire obstacle *domi* à

¹⁸ Bayet, *Croyances et rites de la Rome antique*, 1971, p. 36 suiv.; Nardi, *L'otre dei parricidi*, 1980.

¹⁹ Kaser, *Das altröm. ius*, p. 187; David, dans *Du Châtiment dans la cité*, 1984, p. 135.

²⁰ Mommsen, *Strafrecht*, p. 916 suiv. Toutefois l'étymologie discutée du mot *supplicium* n'est ici d'aucun secours; cf. Leumann-Hofmann-Szantir, *Lat. Grammatik*, II (1979), p. 81 (*Allgemeiner Teil*, à la fin du livre).

²¹ Brecht, *Perduellio*, p. 45.

²² Liv. 7 15 9; 7, 19, 2; Val. Max. 2, 7, 6; FloR. *epit.* I, 21 (2, 5).

²³ Sur cet épisode césarien, Latte, *RE*, sup. VII, 1616, lequel n'a pas replacé correctement cette affaire dans l'histoire de la répression pénale; cf. Weinstock, *Divus Iulius*, 1971, p. 76, suiv.

l'exercice de ce droit souverain, qui s'exerçait par contre sans limite *militiae*. La *securi percussio* était autrefois la sanction, dans ces deux domaines, des délits politiques et de l'insubordination. Cette peine commença par être aussi bien civile que militaire et c'est une erreur de croire que dès l'origine elle ne s'appliquait qu'aux armées. La hache était au premier âge républicain portée en ville par les licteurs. *Domi*, la *provocatio ad populum* vint arrêter le cours de la *securi percussio*; le magistrat supérieur préféra s'abstenir d'exercer un pouvoir qui l'exposait à être désavoué par le corps civique²⁴. Mais la chronologie a été brouillée par les falsifications. La première loi de *provocatione* date de 300²⁵. L'annalistique par anticipation attribue en l'an I de la république à Valerius Publicola la fondation de l'appel au peuple. Cette première loi légendaire de *provocatione* eut pour résultat de faire rayer d'un trait jusqu'en 300 des annales tous les cas *domi* de coercition capitale consulaire et de leur substituer un foisonnement de procès imaginaires, tenus soit devant un prétendu tribunal révolutionnaire de la plébe jusqu'aux XII tables, soit devant les comices; mais la critique historique a fait justice de ces procès légendaires²⁶. Paradoxalement le dernier cas de *securi percussio* civile au forum connu par les annales sous la République, avant la loi Valeria de 509, frappait les fils dévoyés du consul Brutus, conjurés pour restaurer la

²⁴ Sur ce type de crainte, Cic. *Phil.* I, 21-22.

²⁵ On a raison de tenir pour apocryphe la loi Valeria Horatia (449) interdisant: «*ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet*» (Liv. 3, 55, 4). Ceux qui, en fonction du mot *creare*, pensent que la loi ne concernait que les magistrats élus et ne s'appliquait pas au dictateur, soustrait à la *provocatio*, qui est simplement nommé auspicalement par le consul, ont tort, car *creare* se dit couramment de ces deux types d'investiture: voir p. ex. Liv. 2, 18, 5 sur la *lex de dictatore creando* (elle est notoirement apocryphe, mais cela n'infirme en rien une terminologie bien établie). Sur ce problème, Elster, *Studien zur Gesetzgebung der frühen r. Republik*, 1976, p. 167 suiv. – La loi Valeria de *provocatione* de 300 répondait à un besoin politique, à mesure que l'intercession tribunitienne, s'éloignant de ses origines, s'émoussait contre la coercition capitale des consuls *domi*. Il n'y a pas de raison sérieuse de penser que cette loi ait soumis la dictature à la *provocatio*, comme on l'a dit. Au III^e siècle, la dictature *rei gerundae causa* se raréfie (sauf en 249) en attendant la deuxième guerre punique. Alors à quoi bon une telle réforme? Si tel avait été le rôle de la loi de 300, on ne comprendrait pas sur ce point le silence de l'annalistique, si soucieuse de l'omnipotence dictatoriale. Seules les dictatures spéciales paraissent avoir été soumises à la *provocatio*. Mais pour cela aucune loi ne fut nécessaire: comme le dit Festus 216 L, on omettait la clause «*optima lege*» dans l'investiture du dictateur. Cette clause ne subsistait que pour la dictature militaire, dans la mesure où elle survécut, et la mettait à l'abri de la *provocatio*.

²⁶ Siber, *Die plebejischen Magistraturen* p. 26-28; p. 74-79; Botsford, *Roman Assemblies* 1909 p. 247, 290; Ogilvie, *Commentary on Livy* 1965, p. 323-326.

royauté (Liv. 2, 5, 8; D. H. 5, 8-9). Ensuite, dès cette date précoce, l'appel au peuple dans la pseudo-histoire, telle que la recueille notamment Tite-Live, mit en sommeil la coercition capitale des consuls. Symboliquement, *domi*, la hache fut ôtée des faisceaux pour illustrer la liberté nouvellement conquise (Cic. *rep.* 2, 55; D. H. 2, 19, 3-4). Seuls les dictateurs, exempts de *provocatio* conservèrent *domi* la plénitude de leur coercition et avec elle la hache dans les faisceaux (Liv. 2, 18, 8-9; 8, 33, 18)²⁷. En réalité, celle des consuls ne disparut en ville qu'en 300 avec la seule loi Valeria authentique *de provocatione*. Cette disparition n'était qu'un symbole, le magistrat supérieur conservait en principe sa coercition capitale sous réserve d'appel au peuple, mais il avait pris le parti de n'en plus user pour ne pas subir l'affront de voir le peuple casser sa décision²⁸. La responsabilité de la peine de mort revint aux comices centuriates, sans qu'il y ait eu appel, par proposition directe des tribuns de la plèbe pour les crimes politiques. Un verset fut ajouté au III^e siècle aux XII tables (9, 1-2) pour confier cette compétence au *comitiatus maximus* : *maximus* ne peut signifier que «souverain» comme dans l'expression *praetor maximus*. De *comitiatus maximus*, il ne peut être question qu'après la reconnaissance toute récente de la souveraineté populaire²⁹. Une fois la hache disparue *domi* des faisceaux, sauf pour les dictateurs, restaient les verges. La flagellation jusqu'à ce que mort s'ensuive devint alors le supplice *more maiorum* (Suet. *Nero* 49), après sentence capitale des comices.

Mommsen a lucidement décrit malgré une incertitude sur la date cette transformation, négligée par la science contemporaine, de la peine capitale. L'ancienne flagellation à mort, autrefois réservée à des cas particuliers (amant de la vestale, vol nocturne de la moisson sur pied : XII t. 8, 9) était désormais généralisée. Les consuls s'abstenaient d'en user pour leur propre compte, ils avaient renoncé à la coercition capitale. Mais ils cédaient leurs licteurs³⁰ ainsi que leurs auspices aux questeurs, qui par cette délégation auspicielle étaient habilités à poursuivre devant le peuple les criminels de droit commun, en l'absence de toute *provocatio*, selon une procédure de *rogatio* (*Antragsprozess*) relatée dans un *commentarium anquisitionis* (Varro

²⁷ Mommsen, *Staatsrecht*, II, p. 153.

²⁸ Sur ce genre de crainte à propos de la *rogatio Antonia de provocatione* de 44 (Rotondi, *Leges*, p. 433) qui tendait à introduire la *provocatio* en faveur du condamné contre les *quaestiones perpetuae de vi et de maiestate*, voir les remarques de Cicéron, *Phil.* I, 21-22; cf. J. Martin, *Hermes* 1970, p. 77.

²⁹ Magdelain, *Iura*, 1969, p. 280-286; *Hist.* 1973, p. 418; Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*, 1980, p. 162 suiv.

³⁰ Mommsen, *Staatsrecht*, I, p. 380.

6, 90-92) lequel est un édit consulaire adressé aux questeurs³¹. Dans les premiers temps de la république, les questeurs avaient été en dernier ressort le tribunal du meurtre (XII t. 9, 4) par délégation consulaire³², à une époque où il n'était pas encore question de *provocatio*. Pour les crimes politiques, à l'époque médio-républicaine les tribuns de la plèbe jouaient le rôle de ministère public devant le peuple à l'aide d'une *rogatio*, qu'ils présentaient eux aussi par délégation d'auspices. Mais, dépourvus de licteurs, ils recouraient après le jugement des comices à la précipitation du haut de la Roche Tarpéienne³³. La décapitation par la hache n'était plus qu'un attribut du commandement militaire. Son domaine s'était rétréci, elle était devenue étrangère au pouvoir civil des consuls. Cela a créé un malentendu de nos jours³⁴. C'est une erreur de croire que ce mode d'exécution a toujours été propre à l'*imperium militiae*. Il est encore plus grave de penser que la présence de la hache dans les faisceaux du dictateur *domi* est une manifestation du *Kriegsrecht*. La réalité est tout autre. La hache n'est pas un attribut du commandement en chef aux armées, comme le reconnaît Mommsen lui-même³⁵. Et *domi* le pouvoir du dictateur est tout aussi civil que celui du consul. En principe le dictateur dispose de la juridiction civile (Liv. 41, 9, 11), même s'il n'en use pas. La zone intrapomériale est démilitarisée, le dictateur n'acquiert l'*imperium militiae* qu'avec les auspices de départ. En cas de sédition ou d'insubordination *in urbe*, le dictateur (qui peut porter le titre de *dictator seditionis sedandae causa*)³⁶ n'a pas pour fonction d'exercer le

³¹ Premierstein, *RE* v. *commentarii*, IV, 733.

³² Mommsen, *Strafrecht* p. 155 suiv. 615. Mais il croyait à tort à un appel au peuple contre la sentence des questeurs, car il faisait remonter la *provocatio* assez tôt.

³³ Mommsen, *Strafrecht*, p. 932.

³⁴ Cf. Kaser, *Das altrömische Ius*, p. 42.

³⁵ Mommsen, *Staatsrecht*, I p. 380; *Droit public*, II p. 11. Toutefois on s'est demandé si en Etrurie la bipenne (que l'on trouve à Vetulonia dans un petit ex-voto de fer et également sur une stèle) a soit une valeur religieuse (De Francisci, *SE*, 24, 1955-56, p. 36), soit une valeur militaire comme symbole de commandement (Heurgon, *Vie quotidienne chez les Etrusques*, 1961, p. 62; Drews, *Am. J. Phil.*, 1972, p. 40-51). Mais ce dernier auteur reconnaît (p. 46) que l'Etrurie ne livre pas de réponse claire au problème. Pallottino, *The Etruscans*, 1975, planches 30 et 31, commentées p. 280, s'abstient prudemment de toute connotation militaire et parle simplement de symbole politique ou symbole de souveraineté.

³⁶ La dictature *seditionis sedandae* et *rei gerundae causa* apparaît dans les fastes en 368 : voir Leifer, *Studien zum antiken Amterwesen*, 1931, p. 111; Lübtow dans *Der Staatsnotstand* (publié par E. Fraenkel), 1965, p. 113 suiv. Cicéron (*leg.* 3, 9) et l'*Oratio Claudii* (I, 30) de 48 ap. J.-C. (Bruns n. 52) assignent à la dictature la tâche d'apaiser les troubles civils.

Kriegsrecht contre les citoyens et de diriger l'armée contre eux. Ce serait une légalisation de la guerre civile. C'est à cette conséquence absurde que conduit l'hypothèse d'un *imperium* invariablement militaire du dictateur, aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du *pomerium*. Contre des troubles civils lui suffit *domi* son exemption de la *provocatio* et de l'intercession tribunitienne. Sa compétence urbaine est (sauf siège) purement civile, mais quand il est investi *optima lege* (Fest. 216 L), il est soustrait à la *provocatio*, et c'est pour cette seule raison que ses faisceaux conservent la hache. Cela n'aurait aucun sens de parler d'*optima lex* à propos du pouvoir du dictateur s'il était militaire à l'intérieur de l'*urbs*, car l'*imperium militiae* est par principe exempt de *provocatio* et cela ne mérite aucune mention.

En somme, *domi* le pouvoir du dictateur comme celui de tout magistrat est purement civil; sauf siège ou triomphe il n'y a aucun *Kriegsrecht in urbe*. Mais l'apparition de la *provocatio* a créé une nouvelle différence entre dictature et consulat : en fait, sinon en droit, elle a mis fin à la coercition capitale du consul à l'intérieur de la ville et lui a fait perdre les haches, auxquelles il fut renoncé symboliquement. Au contraire, le pouvoir civil du dictateur investi *optima lege* n'est pas soumis *domi* à la *provocatio*, et les haches en ville sont l'attribut de cette plénitude de sa compétence.

Bien des hésitations s'expriment de nos jours sur le lieu de l'exécution capitale³⁷. Elles sont inutiles. Ce lieu a toujours été juridiquement indifférent. Avant la naissance de la *provocatio*, peu importe où sera exécutée une sentence civile ou militaire. Il en va de même ensuite. Le formulaire sur la flagellation à mort, appelé *lex horrendi carminis*, situe ce supplice aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du *pomerium* : *verberato vel intra pomerium vel extra pomerium* (Liv. I, 26, 6). Inversement, une sentence militaire peut être exécutée sur le forum à la hache, car contre une telle sentence la *provocatio* est inopposable, jusqu'aux lois *Porciae* : le lieu de l'exécution ne fait rien à l'affaire. Tel fut le cas en 271 pour les *cives Romani Campani*, dont la garnison s'était révoltée à Rhégion (Pol. 1, 7, 12). La décision des consuls ne put pas être paralysée par le tribunat de la plèbe (Val. Max. 2, 7, 15); les centuries n'eurent pas à voter; l'exécution en masse par *securi percussio* en pleine ville était à cette date une procédure purement militaire. Si la sentence n'avait pas été militaire, on aurait employé un mode civil de mise à mort³⁸. La *securi percussio* collective au forum

³⁷ Mommsen, *Strafrecht*, p. 913 suiv.; Latte, *Kleine Schriften*, p. 410, 414; Ogilvie, *Commentary on Livy*, p. 116.

³⁸ Sur le problème du lieu d'exécution voir surtout Brecht, *Perduellio*, p. 71. L'épisode de Rhégion a été diversement interprété : Mommsen, *Strafrecht*, p. 43, 914; Lintott, *ANRW*, 1, 2, p. 240; Humbert, *Municipium*, 1978, p. 280 n. 6; R. Bau-

n'était pas alors une nouveauté : d'autres peuples d'Italie et Rome avaient pratiqué ce supplice après la victoire au cœur de la cité contre des groupes souvent nombreux (plusieurs centaines) d'ennemis (Liv. 7, 15, 9; 7, 19, 2; 9, 24, 15; Brecht, *Perduellio*, p. 47, 100). En 271, l'originalité de cette procédure est qu'elle frappait à Rome des citoyens romains, *Campani* il est vrai (cf. Mommsen, *Strafrecht*, p. 914 n. 2).

Qu'il s'agisse de coercition ou de justice, on a affaire au moins au point de départ à cette idée simple que l'exécution, sous des formes variées, a pour effet de consacrer le coupable aux dieux. Cette consécration ne résulte pas du délit, mais de l'exécution. La situation est inversée dans les lois royales où, à diverses reprises, la formule «*sacer esto*» dévoue à la divinité offensée le coupable dès l'instant du délit, et l'expose à être tué par le premier venu. Il n'y a alors ni exécution officielle ni sacrifice humain (Fest. 424 L *neque fas est eum immolari*). Au début de la république, le serment collectif de la plèbe place automatiquement dans la même situation celui qui porte atteinte à l'inviolabilité des tribuns. Dans tous ces cas un jugement est inutile. Le contraste entre la sacerté née immédiatement du délit et la *consecratio capitis* réalisée seulement au moment de l'exécution capitale, consécutive à un jugement ou une mesure de coercition, a donné lieu dès l'antiquité à des confusions qu'il a fallu surmonter³⁹. Ce sont des registres distincts. La sacerté s'est développée d'abord dans les relations privées : pour protéger les ascendants contre leur descendance (Fest. v. *plorare*, 260 L), la femme contre le risque d'être vendue par le mari (Plut. *Rom.* 22), enfin pour punir le déplacement des bornes (D. H. 2, 74; Fest. 505). La plèbe pour rendre inviolables ses représentants était dépourvue de moyens officiels et a pris modèle sur la pro-

man, *Lawyers in roman republican politics*, 1983, p. 85-90. Il ne faut tenir aucun compte d'un prétendu vote tribune dans cette affaire mentionné par D. H. 20, 16 : on sait en effet que la protestation d'un tribun de la plèbe resta sans effet (Val. Max. 2, 7, 15); d'autre part, si le peuple avait statué, seules les centuries étaient compétentes pour le faire, non les tribus; enfin, s'il y avait eu un jugement du peuple, il n'y aurait pas eu d'exécution militaire par *securi percussio*. – De même, des falsifications analogues à celle de D. H. confient à la plèbe avant la loi Hortensia la répression de délits collectifs : en 323 à Tusculum (Liv. 3, 37, 8) et en 319 à Satricum (Liv. 26, 33, 10). Sur ces falsifications, voir Ungern-Sternberg, *Capua im zweiten punischen Krieg*, 1975, p. 106. L'annalistique a forgé ces inventions, comme celle de D. H. pour Rhégion, pour servir de précédents au plébiscite atilien de 210 sur le châtement des Campaniens; Frederiksen, *JRS*, 1977, p. 184.

³⁹ Sur le prétendu jugement du peuple contre l'*homo sacer* (Fest. 424, 5 L) voir la juste critique de Mitteis, *R. Privatrecht*, p. 25, 5, dans un développement fondamental. Pour une nouvelle tentative de définir la sacerté, Crifó, dans *Du châtement dans la cité*, Rome, 1984, p. 453-497.

tection de la personne des particuliers⁴⁰. En résumé, autre chose est la sacerté qui résulte immédiatement du délit et autorise sans procédure officielle la mise à mort par le premier venu; autre chose est la *consecratio capitis* qui, à la suite d'un jugement ou d'une mesure de coercition, est le produit de l'exécution capitale et ne dévoue le coupable aux dieux qu'au moment de celle-ci. Ces deux choses ne doivent pas être confondues, et il n'existe aucune filiation qui fasse dériver dans le temps la consécration solennelle du coupable par une procédure publique de la simple sacerté qui reste une affaire privée. A l'origine la sacerté qui protège les tribuns de la plèbe assure leur inviolabilité en tant que *sacrosancti*, non en tant que magistrats de la cité, ils n'ont pas alors cette qualité. À l'image du serment collectif de la plèbe qui institua cette sacrosainteté, on imagina dans l'annalistique un autre serment du peuple pour abolir la royauté, moyennant la même peine, pour donner fallacieusement à la république une origine aussi prestigieuse que la loi fondamentale du tribunat⁴¹.

* * *

Quand on aborde le droit privé, ses origines sacrales sont évidentes pour un certain nombre d'institutions. Pour la *confarreatio*, la *sponsio*, la procédure par *sacramentum*, cela va de soi. On peut discuter pour savoir si la *sponsio* est un héritage indo-européen ou un emprunt à la Grèce, comme l'affirme Verrius Flaccus (Fest. 440 L) et le suggèrent les emplois parallèles de σπένδειν et ἐπισπένδειν en Crète, en particulier à propos des fiançailles⁴². Cependant, personne ne doute de la valeur sacramentelle du mot *spondeo* dans la bouche du promettant à l'origine. On peut se demander également si la consécration résultant du procès par *sacramentum* a commencé par porter sur la personne du plaideur perdant ou sur l'*aes* déposé par lui (Fest. 468 L *sacramentum aes significat*; Varro 5, 180)⁴³; mais dans un cas comme dans l'autre cette consécration naît d'un serment. L'*aes*, à notre avis, sert à satisfaire les dieux offensés à la place du parjure avec lequel il s'identifie sur un mode magique dont on observera plus loin d'autres exemples.

Dans le domaine de la procédure civile, les preuves ne manquent pas que la *manus iniectio*, elle aussi, a commencé par appartenir au

⁴⁰ On a raison de mettre en doute l'existence d'une loi sacrée qui eût puni de sacerté la tentative de rétablir la royauté.

⁴¹ Voir ma *Loi à Rome*, 1978, p. 58.

⁴² Sur ce point mon étude dans *RIDA*, 1980, p. 227 suiv.

⁴³ À ce propos mes remarques dans *RIDA*, 1981, p. 134 suiv.

droit sacré. Les créanciers découpent le débiteur insolvable en morceaux (XII t. 3, 6 *partes secanto*), et il est difficile de ne pas tenir cette mise à mort pour autre chose qu'une *devotio ad inferos*, qui aggrave dans l'au-delà le sort du malheureux⁴⁴. Cette intuition se laisse confirmer. Pour Virgile, ce sont les Parques elles-mêmes qui font *manus iniectio* : *Aen.* 10, 419 *inicere manum Parcae*. Ce n'est pas un point de vue isolé, on retrouve le même thème dans une inscription funéraire *iniecere manus invida fata mihi* (Buecheler, *Carmina lat. epig.* 995). Deux groupes funéraires étrusques illustrent ces vers : des déesses infernales s'emparent du mort soit par l'aile soit par la main⁴⁵. La poésie et les monuments funéraires ont pris modèle sur le droit : la mainmise des déesses étrusques et des Parques sur le défunt reproduisent le geste du créancier, qui saisit le débiteur pour le mettre à mort en le vouant aux enfers. La conclusion de la *manus iniectio* est une *sacratio capitis*⁴⁶.

En matière délictuelle, un pas considérable sur la voie de la laïcisation fut franchi, quand la sentence qui constatait le délit, au terme d'un procès de *sacramentum in personam*, cessa d'être définitive et d'autoriser la vengeance privée sur la personne du délinquant par voie de *manus iniectio*. Celle-ci fut mise en échec par le magistrat qui d'assez bonne heure refusa de l'homologuer par une *addictio*. Une procédure complémentaire (*Nachverfahren*) vint s'ajouter à celle du *sacramentum in personam*, sous la forme d'un *arbitrium liti aestimandae*, destiné à fixer le montant d'une composition pécuniaire rachetant la vengeance. La fonction du *sacramentum in personam* était de *iudicare*, constater le délit ; celle de l'*arbitrium* était de *damnare*, prononcer le montant de la composition. Ainsi le coupable, une fois le délit établi, échappait à la *manus iniectio*, pour lui fatale, que le magistrat refusait de ratifier : après la sentence du *sacramentum in personam*, il ne restait plus d'autre voie aux parties que de recourir à un arbitrage, en attendant que ces deux procédures plus tard fusionnent en une seule⁴⁷. La composition ne servit pas seulement à adoucir le droit, mais à le laïciser en soustrayant le délinquant aux divinités infernales. Cette obligation de composer s'exprime dans les XII tables et dans les actions de la loi, quant au vol et aux délits assimilés,

⁴⁴ Dans ce sens, Kaser, *Das r. Zivilprozessrecht*, 1966, p. 101 n. 69.

⁴⁵ Herbig, *Götter und Dämonen der Etrusker*, 1965, tables 28, 1 et 29, 1.

⁴⁶ J'ai réuni toutes ces preuves dans *Studi Sanfilippo*, I (1982), p. 287 suiv.

⁴⁷ Sur l'*arbitrium liti aestimandae*, voir mon étude dans *RIDA*, 1980, p. 205-281 ; sur ce thème avec des nuances différentes, Selb dans *Gedächtnisschrift f. V. Kunkel*, 1984, p. 391-448.

à travers les mots *damnum decidere*, *damnum* désignant la composition⁴⁸.

La série des institutions civiles d'origine sacrale n'est pas courte. Le *ius Quiritium* s'y ajoute dans son entier. La relation entre Quirinus et *Quirites* était clairement ressentie par les anciens : Varro 5, 73 *Quirinus a Quiritibus*. Étymologiquement, *Quirites* vient de †*co-virites* et Quirinus de †*Co-virino* : les *Quirites* sont l'ensemble des citoyens et Quirinus est le dieu du corps civique⁴⁹, il en est le protecteur. À ce titre il patronne le *ius Quiritium* : ce sont les droits absolus, non les obligations, qui sont dits *ex iure Quiritium*⁵⁰ propriété, puissance paternelle, *manus*, liberté, et sans doute aussi *l'hereditas* et la tutelle. Ce ne sont pas seulement des droits opposables à tous, ils ont aussi le critère d'être garantis par l'ensemble des citoyens. La propriété absolue née de l'usucapion repose sur l'*auctoritas* du corps civique ; le ver-set décemviral : 6, 3 *usus auctoritas fundi biennium est(o)*, décrit la situation du possesseur au bout du délai légal, il dispose alors de *l'usus* et en outre de *l'auctoritas* (qui vient en asyndète) ou garantie collective que lui apportent ses concitoyens⁵¹. On sait que le témoin est *auctor*⁵². Jusqu'à l'expiration du délai, l'usucapant ne bénéficiait que de *l'auctoritas* individuelle de l'aliénateur dont il tenait le bien⁵³. Cette même garantie collective s'étend aux autres droits absolus, qui sont nés et se sont développés au vu et au su de tous. La *manus* est consolidée par *l'usus* matrimonial au bout d'un an. La puissance paternelle et la liberté trouvent leur source principale dans la filiation : le même mot désigne l'homme libre, *liber*, et les enfants, *liberi*⁵⁴. Ce n'est pas le cens qui sert de preuve à l'état des personnes,

⁴⁸ Sur ce point, voir mon analyse dans *RIDA*, 1980, p. 262-281.

⁴⁹ Sur l'ensemble de ce problème, Kretschmer, *Glotta*, 10, 1920, p. 147 suiv. ; Dumézil, *La religion romaine archaïque*, 2^e éd., Paris, 1974, p. 172.

⁵⁰ Sur le *ius Quiritium*, Mitteis, *R. Privatrecht*, 1908, p. 67 n. 15 ; Kaser, *R. Privatrecht*, I, p. 32 ; j'ai repris ce thème dans *MEFRA*, 1984, p. 219 suiv.

⁵¹ Voir mes remarques dans *RIDA*, 1981, p. 144 suiv., avec renvoi à Leifer, *ZS*, 1937, p. 132 suiv.

⁵² Sur le témoignage à l'époque archaïque, Pringsheim, *RIDA*, 6, 1951, p. 161-176.

⁵³ On a souvent remarqué que la mancipation, dans son état le plus ancien, ne comportait pas de formule vindicatoire avec la clause *ex iure Quiritium*, qui sert à qualifier la propriété absolue. L'affirmation abrupte de la propriété (*meum esse aio*) eût été en contradiction avec les mots *emptus esto* qui désignent la vente et non une prise, comme on le dit parfois. Sur *emere*, Dumézil, *Mariages indo-européens*, 1979, p. 49, qui rétablit le sens archaïque d'achat. Sur tout ce problème, voir mon développement dans *RIDA*, 1981, p. 140 suiv.

⁵⁴ Benvéniste, *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, 1969, II, p. 321 suiv.

comme le note Cicéron (p. *Archia* 11), il ne joue pas le rôle de registre d'état civil⁵⁵. Cette preuve est fournie par le témoignage des Quirites⁵⁶. Ainsi dans le procès de Virginie, qui entrelaçait une *vindicatio in libertatem* et une *vindicatio filiae*, tout le corps civique était sur place : *civitas in foro*, dit Tite-Live (3, 47, 1).

In iure, la clause *ex iure Quiritium* rappelle dans la bouche des plaideurs que les droits absolus opposables à tous les Quirites sont aussi placés sous leur garantie. Le dieu qui a sous sa tutelle le corps civique, Quirinus, ne saurait être étranger à l'affaire. Sa participation se manifeste, par suite de l'interdiction de la sidérophorie *in iure*, à travers la *festuca* que manient les plaideurs *loco hastae* (Gaius 4, 16). On la retrouve dans l'affranchissement par la vindicte qui est un décalque de la *vindicatio in libertatem*, si bien que cette baguette est devant le magistrat le symbole à la fois gracieux et contentieux des droits absolus. Or, la lance est l'attribut par excellence de Quirinus, sans cesse rappelée sous le nom sabin de *curis*⁵⁷ pour accréditer la thèse étymologique d'une pareille origine du dieu; elle apparaissait aussi parmi les pièces de sa panoplie dans le monnayage (Crawford n. 268). Aux côtés de Jupiter, c'est Quirinus qui patronne la procédure internationale d'*indictio belli* conduite par un fétial : Liv. 1, 32, 10 *bellum ita indicit* : «*audi, Jupiter, et tu, Iane Quirine...*»⁵⁸. Après l'échec de ses réclamations, le fétial conclut l'affaire par le jet d'une lance en territoire ennemi. Comment ne pas rapprocher la lance de la déclaration de guerre de la *festuca* des plaideurs, qui au début du procès sont sur le point d'engager un combat fictif? La lance du fétial et la baguette de la justice civile, qui est un substitut d'une *hasta*, sont l'une et l'autre sous la protection de Quirinus, qui patronne aussi bien l'*indictio belli* que le *ius Quiritium*.

Un mot domine tout le problème, *vindicta*. Ce sont les plaideurs eux-mêmes qui en usent dans leurs formules (Gaius 4, 16), lorsqu'ils font valoir leurs prétentions. Mais au départ la *vindicta* peut difficilement être autre chose que l'acte du *vindex*; étymologiquement elle est la *vis dicta*⁵⁹, autrement dit la dénonciation de la violence de l'adversaire⁶⁰. Il faut revenir à l'idée que le *vindex* prenait en main la défense des droits absolus à la place de leurs titulaires⁶¹.

⁵⁵ Mommsen, *Staatsrecht*, II, p. 374.

⁵⁶ Lanfranchi, *Studi Volterra*, IV, p. 122 suiv.

⁵⁷ Voir les textes chez Koch, *Religio*, 1960, p. 24.

⁵⁸ Sur ce texte, voir mon commentaire dans *MEFRA*, 1984, p. 214 suiv.

⁵⁹ Leumann, *Lateinische Laut- und Formenlehre*, 1977, p. 267; cf. Cesidio De Meo, *Lingue tecniche del latino*, 1983, p. 75.

⁶⁰ Mommsen, *R. Geschichte*, I, p. 153.

⁶¹ Düll, *ZS*, 1934, p. 98 suiv.; 1935, p. 9 suiv.

L'hypothèse a échoué parce qu'on a laissé le *vindex* dans l'impuissance née de l'isolement. En fait, il n'est pas seul; les droits absolus, dont il assume la défense, sont garantis par le corps des Quirites. Devant eux, le *vindex* se présente en champion de Quirinus, et tient l'arme de ce dieu, la lance, qui passera plus tard dans les mains des plaideurs sous forme de *festucca*, quand ils feront valoir eux-mêmes leurs propres droits en justice. Elle s'appellera alors *vindicta* en souvenir de son origine. Mais au départ, il n'est pas question de jugement ou de *iudex*. Comme on l'a dit avec bonheur, le *vindex* a précédé le *iudex*. Il fallait ajouter que devant les Quirites il affirme, l'arme à la main, un droit garanti par eux. Là s'arrête grâce à leur présence l'affaire, à moins qu'un contradicteur obstiné n'engage un duel, en invoquant par exemple contre l'usucapion la furtivité de la chose. À Rome, l'ordalie ne se laisse guère deviner que sous cette forme, avant la naissance de la justice civile. La justice élimine l'ordalie et introduit l'emploi des preuves rationnelles. On est alors passé du *vindex* au *iudex*. Le *vindex* ne survivra que comme auxiliaire de la justice dans la *manus iniectio*; il disparaît de la défense des droits absolus que leurs titulaires revendiquent désormais eux-mêmes. C'est le mot *vindicta* dans les formules du procès *in rem* qui conserve, comme une relique, le souvenir de ce que dut être ce personnage avant sa décadence. L'arme qui lui servait à tenir en respect la violence de l'adversaire ou même à la combattre, devint une dérisoire *festuca* entre les mains des plaideurs. Mais sous le nom de *vindicta* cette baguette évoque la mission de *vim dicere*, par laquelle à leur place le *vindex* dénonçait et repoussait les abus des tiers. Quand il fut dessaisi de cette mission, il ne lui resta plus que la protection des débiteurs ou délinquants soumis à *manus iniectio*, mais dans le droit des obligations on ne retrouve pas la *festuca* qui est le symbole des droits absolus. Les mots *vindex* et *vindicta* sont désormais séparés l'un de l'autre. *Vindex* sans *vindicta*, et *vindicta* sans *vindex*, telle est la nouvelle situation. Le *vindex* qui procède à l'acte de *manum depellere* ne tient pas de baguette, et le plaideur qui la manie dans le procès *in rem* a pris la place de son ancien défenseur. La langue reflète ces transformations. *Vindicere* désignait l'intervention du *vindex* et survit discrètement dans les XII tables (3, 3) à propos de l'exécution sur la personne. *Vindicare* est un verbe de facture plus récente, il s'agit des plaideurs qui font valoir eux-mêmes des droits absolus. Le mot est étranger au *vindex* dans la langue du droit qui ne le lui applique jamais. C'est par un abus de langage maladroit que Festus (*vindex* 516 L), en vue d'un rapprochement étymologique, substitue *vindicare* à *vindicere* depuis longtemps obsolète, pour qualifier le rôle du redresseur de torts. Par là même, l'antiquaire greffe curieusement, en commettant un contresens juridique, sur la *manus iniectio*

une *vindicatio* qui a la singularité inadmissible de se passer de *festuca*. Ainsi se trouvent associées de façon intolérable deux procédures absolument distinctes de *legis actio*.

Quand la cité impose sa justice aux particuliers en vue de régler leurs différends, le *vindex* cède le pas au *iudex*, qui est responsable de son déclin. Un jugement objectif, obtenu par des preuves rationnelles, remplace l'affirmation secourable de ce champion qui avait été soumis à l'éventualité de la défendre par duel, contre un contradicteur irréductible. Le *vindex* était l'homme de Quirinus. Quand il s'efface devant le *iudex*, la protection des droits absolus passe de Quirinus à Jupiter, dieu des serments. C'est sous son regard que se déroule la procédure de *sacramentum*. Cependant le dieu du corps civique conserve une place éphémère au début de l'instance. Quirinus est évoqué dans la clause *ex iure Quiritium*, qui place les droits absolus sous sa sauvegarde. Mais celle-ci est provisoire et le juge dira ensuite lequel des deux plaideurs a prononcé un serment juste (*sacramentum iustum*). Quirinus n'est pas absent non plus de la *festuca* qui remplace sa lance. Mais sur l'ordre du magistrat, les plaideurs devront lâcher chacun sa baguette. Quirinus ne fait, de façon voilée, qu'une brève apparition au début du procès. Il a vite fait de se retirer au profit de Jupiter, par qui jurent ensuite les parties. Il est le dieu qui veille sur les serments. Devant le magistrat, l'instance passe rapidement de la *vindicta* au *sacramentum* et par là même d'un dieu à un autre. Elle rend un bref hommage au dieu du corps civique, grâce auquel les différends avaient commencé par se conclure, et place ensuite l'affaire sous l'autorité du dieu souverain. La succession *in iure* des rites de la revendication, d'abord *vindicta*, puis *sacramentum*, évoque les différentes phases par lesquelles passa l'histoire de la protection des droits absolus.

Le *sacramentum in personam* est sans doute aussi ancien que son homologue *in rem*. Mais Quirinus ne peut pas servir à nous éclairer sur la répression des délits avant l'introduction de cette procédure. Elle n'utilise pas la *festuca* et le corps civique n'a pas ici de garantie à apporter. Seul un délit flagrant peut à la rigueur faire songer au témoignage que fournissent les Quirites au profit des droits absolus. La sanction se passe dans ce cas de juge et remonte à des temps qui ignorent la justice civile. En ces temps-là, la perquisition *lance et licio*, qui permet de tenir le voleur pour manifeste (Gaius 3, 192), montre la volonté de trouver des équivalents à la flagrance. Sur le recours à l'ordalie avant la généralisation du *sacramentum*, on n'a guère d'indices. On a fait trop d'hypothèses sur le régime des délits avant la naissance de la justice civile, pour qu'il soit utile d'y revenir.

Le régime des preuves n'est pas le même dans le *sacramentum in rem* ou *in personam*. Au cours de ce dernier, les délits ne sont établis qu'à l'aide de quelques témoins. Au contraire, comme l'indique l'exemple typique du procès de Virginie chez Tite-Live, c'est en principe le corps civique qui contribue à fournir la preuve des droits absolus. Ces droits correspondent à des situations durables, connues de tous. Ainsi dans le procès *in rem*, la propriété absolue se fait reconnaître par l'usucapion. Il va de soi que, en temps ordinaire, dans ce type de procès tous les citoyens ne sont pas mobilisés comme témoins. Une certaine assistance devait suffire. Mais la clause *ex iure Quiritium* place les droits absolus sous la garantie de la communauté. En tout ou partie, celle-ci assiste spontanément au procès, sans être répartie en unités constituées. Il arrive aussi qu'elle soit convoquée à l'assemblée curiate pour homologuer un acte de droit privé, le testament ou l'adoption d'un *sui iuris*. Qu'il s'agisse de la justice civile ou de ces actes à grand spectacle, le droit privé dans ses principales manifestations a ceci de commun avec le droit public et le culte qu'il s'adresse à l'ensemble des Quirites. Les comices calates du testament ne votent pas, ils ne sont pas une assemblée délibérante, et le testateur qui énonce ses dernières volontés n'a pas qualité pour leur présenter une *rogatio*. Au contraire, sous le nom *d'adrogatio*, l'adoption est votée par les curies, mais ce ne sont pas des comices calates, incompatibles avec un suffrage⁶². Toutefois, dans un cas comme dans l'autre ce sont des comices sacerdotaux. En vue du testament, la présidence (*comitiare*) était assurée à l'époque archaïque par le roi des sacrifices, comme l'indique le sigle du calendrier QRCF⁶³, autrement dit *quando rex comitiavit fas*, qui marque dans le calendrier le 24 mars et le 24 mai, les deux seuls jours où le citoyen pouvait tester devant le peuple. La présidence passa ensuite aux pontifes (Gell. 15, 27, 1-3). Ce sont eux aussi dans les temps historiques qui président les comices de l'adrogation (Tac. *hist.* 1, 15 *lege curiata apud pontifices*). Ceci est confirmé par une médaille de plomb qui commémore une adoption impériale sous les Antonins : d'un côté l'adrogeant et l'adrogé debout sont accompagnés de la légende *ADOPTIO*⁶⁴. De l'autre, trois pontifes assis sont l'image simplifiée du collège tout entier ; les faisceaux posés à côté d'eux renvoient aux *lictors curiati*⁶⁵, qui ont pour fonction de convoquer les comices pontificaux. Comme l'établis-

⁶² Voir ma *Loi à Rome*, 1978, p. 83.

⁶³ Voir mon commentaire dans *RHD*, 58, 1980, p. 5-11.

⁶⁴ Rostowzew *Tessarum Sylloge* n. 98 ; Daremberg-Saglio, v. *pontifices* IV, 1, p. 577 fig. 5758 ; pour une explication de cette médaille, ma *Loi à Rome*, p. 83.

⁶⁵ Sur ces lictors, ma *Loi à Rome*, p. 84 n. 137. Ils sont à distinguer des lictors qui assistent certains prêtres et ne sont dotés que de deux verges.

sent les inscriptions, ces licteurs étaient affectés aux *sacra populi Romani Quiritium*⁶⁶. Mommsen⁶⁷ en a justement conclu que le testament et l'adrogation appartenaient à ces mêmes *sacra*. La finalité de ces actes est civile; mais comme la *detestatio sacrorum*, elle aussi comitiale mais distincte de l'adrogation, et comme l'inauguration de certains prêtres devant les curies, testament et adoption d'un *sui iuris* relèvent aussi du droit sacré. A cela, ne fait nullement obstacle que des effets civils s'ensuivent, comme par exemple aussi pour la *confarreatio* qui fait naître la *manus*.

En somme, en droit privé tout le champ archaïque de la justice civile (*sacramentum* et *manus iniectio*) est d'origine sacrale, et on peut en dire autant du *ius Quiritium*, qui se recommande de Quirinus : les droits absolus sont placés sous la protection du corps civique et du dieu qui le patronne. Le testament et l'adrogation se déroulent devant les comices sacerdotaux et font naître des droits absolus qui bénéficient de ces mêmes protections populaire et divine. Dans certaines de ses principales manifestations, judiciaires ou non, le droit privé intéresse l'ensemble des Quirites, présents au moins partiellement *in iure* ou convoqués globalement dans les curies. Curieusement, la *sponsio* se passe de témoins solennels, parce que ce sont les dieux qui jouent ce rôle pour cet acte, à ses débuts sacramentel. Par contre, la *confarreatio* exige la présence de dix témoins, auxquels s'ajoutent le grand Pontife et le flamme de Jupiter. Elle requiert non seulement un nombre élevé de témoins mais la participation des principaux parmi les prêtres majeurs. Pour l'ensemble des institutions qui viennent d'être passées en revue, il ne faut pas s'égarer sur la relation du sacré et du profane. Les effets de ces actes qui se placent sous la tutelle des dieux et parfois des prêtres, sont en général purement civils. Le procès tend à faire reconnaître une situation juridique entre particuliers. Les droits absolus *ex iure Quiritium* sont sous la tutelle de Quirinus, mais n'en sont pas moins privés. Le testament comitial établit la condition d'*heres* de l'institué⁶⁸, et les *sacra* familiaux ne sont qu'un accessoire. L'adrogation crée une filiation, et les effets cultuels ne sont qu'un corollaire. La *sponsio* fait naître une créance, et la *confarreatio* la *manus*. Il n'y a aucun paradoxe à ce qu'un acte d'aspect sacré ait un objet profane. C'est le propre du serment, qu'il soit déclaratif ou promissoire, et cela se vérifie sous ces deux aspects soit dans le procès par *sacramentum* soit dans l'engagement par *sponsio*. A l'intérieur du droit sacré⁶⁹ proprement dit, quand le droit civil n'est pas en cause, à

⁶⁶ Mommsen, *Staatsrecht*, I, p. 389.

⁶⁷ *Staatsrecht*, II, p. 38.

⁶⁸ Voir mon étude dans les *Hommages à R. Schilling*, 1983, p. 159-173.

⁶⁹ Sur les actes du droit sacré, Berger, *RE*, X, 1294, v. *ius sacrum*.

côté d'actes dont la finalité est tout entière orientée vers les dieux, comme la *dedicatio* ou l'*evocatio*, il y en a d'autres qui tendent à régler une situation purement humaine, publique ou privée, comme le *votum*. Et la plupart des prières, si elles font appel à une intervention divine, n'en ont pas moins pour but le bien-être matériel des hommes.

Le bilan qui précède rattache à la religion la justice civile et un nombre non négligeable d'institutions privées, mais il n'en fait pas la somme. En dehors de tout vain souci d'exhaustivité, qu'il suffise de remarquer que l'acte *per aes et libram*, sous toutes ses formes, reste en dehors de ce dossier. Là est l'obstacle fondamental qui s'oppose à vouloir extraire à tout prix le droit archaïque du sacré. Il ne suffit pas de constater qu'un acte est formaliste pour qu'il ait une source religieuse. Là résidait l'erreur de P. Noailles (*Du droit sacré au droit civil*, 1949). Ce savant précis fit forte impression sur ses auditeurs et ses lecteurs par l'élégance de ses exposés. Mais si la technique des formes dans l'ensemble obéit aux mêmes méthodes dans les rites du culte et les actes du droit, à elle seule elle ne parvient pas à introduire dans ces derniers l'intervention du surnaturel. Inversement, il n'est pas satisfaisant avec Fr. Schulz⁷⁰ et d'autres de tenir pour une sorte de hasard historique que les mêmes prêtres, les pontifes, aient régi la religion et le droit, sans que, sauf diverses exceptions, celui-ci n'ait rien à devoir à celle-là. Plutôt qu'à un hasard, il y a lieu de penser à une racine commune, et l'on vient de vérifier que cela se vérifie dans un nombre assez impressionnant de cas. Cependant pas toujours, et de loin. L'immense domaine de l'acte *per aes et libram* ne laisse percevoir aucune parcelle de religiosité⁷¹; aucune divinité n'y apporte son concours. Pour cet acte, faut-il songer à la magie, comme on l'a fait parfois?

Divers savants ont supposé que l'ancien droit romain était issu de rites magiques. Par exemple, c'est de la sorte que les rites de mainmise ou de toucher (avec une baguette) ont reçu une tentative d'explication⁷². L'intérêt de cette démarche est de présenter un schéma évolutif plus simple que le passage du droit sacré au droit civil. La laïcisation des institutions religieuses suppose une phase critique qui expulse non seulement les divinités mais aussi les *carmina* qui leur étaient adressés. Au contraire, dit-on, les gestes magiques, lorsqu'ils perdent

⁷⁰ *History of roman legal science*, 1946, p. 11 suiv.; cf. Kaser, *R. Privatrecht*, I, p. 27; Wieacker, *Hom. Dekkers*, 1982, p. 213 suiv.

⁷¹ Mitteis, *R. Privatrecht*, p. 26.

⁷² Wagenvoort, *Roman dynamism* 1947, p. 115 suiv.; Kaser, *Das altröm. Ius*, 1949, p. 115 suiv.; du même, *R. Privatrecht*, I, p. 28 n. 36; Santoro, *Annali del seminario giuridico della università di Palermo*, 30, 1967, p. 129 suiv.

leur efficacité surnaturelle, restent à peu près pareils à eux-mêmes; leur effet devient simplement civil et les paroles qui avaient une valeur «créatrice» se dépouillent de leur puissance magique pour devenir uniquement des formules juridiques (p. ex. la formule vindicatoire, Gaius 4, 16). Dans ce système explicatif, on se trouve dispensé de la lourde charge de mettre à la porte du droit les divinités qui lui auraient servi de support. Les gestes et les mots ne changeraient pas ou peu, ils se videraient simplement de leur potentiel magique, sans que la forme soit sensiblement altérée. La commodité de ce genre d'explication est séduisante, mais la permanence de formes, qui auraient commencé par être magiques pour devenir ensuite juridiques, n'est guère évidente surtout si on songe à leur simplicité (dans la *vindicatio*, par exemple), peu compatible avec les procédés souvent ingénieux de la magie. Et s'il est vrai que dans cette doctrine il n'y a pas de dieux à évacuer, on ne peut pas en dire autant des forces obscures de l'animisme, à moins d'admettre que le seul geste ou la seule parole, dans les actes bien connus du droit archaïque, puissent avoir une efficacité surnaturelle. On s'engage alors dans une périlleuse théorie générale de la magie⁷³.

Il faut résister à la tentation qui tendrait à exagérer la part de la magie dans les origines de l'ancien droit privé romain. Elle est nulle, chaque fois qu'une telle institution dérive de la religion. Les mécanismes magiques n'interviennent pas, quand une divinité exerce sa tutelle sur une situation juridique. Tout au plus, peut-on parfois observer des similitudes entre certains rites religieux et magiques. Mais le propre de la religion est de s'adresser à des personnes divines reconnues par la cité et rarement à des esprits souvent innomés. Or, dans les pages qui précèdent, on a dressé en justice civile et droit privé une liste assez longue d'institutions placées, à leur naissance, sous la protection des dieux, en particulier de Quirinus. Pour ces institutions, la magie est exclue. Mais cette liste s'arrête devant l'acte *per aes et libram*, auquel aucune divinité ne prend part⁷⁴. On éprouve un certain malaise à admettre qu'un acte si important, aux variétés si nombreuses, soit sorti à l'état pur de la laïcité, comme si les pontifes n'avaient eu qu'à en modeler la forme en l'absence de toute composante surnaturelle. Là où le recours à la religion échoue, celui à la

⁷³ Plin. N. H. 28, 10 suiv. disserte sur la puissance du mot en religion et magie : voir Koves-Zulauf, *Reden und Schweigen. R. Religion bei Plinius maior*, 1972; Bäumer, *Hermes*, 1984, p. 84-99.

⁷⁴ On a déjà remarqué que dans la mancipation la formule vindicatoire, avec la clause *ex iure Quiritium*, laquelle renvoie à Quirinus, n'est pas archaïque. C'est une addition placée en tête de l'acte, à l'époque où se généralise à Rome le principe de la propriété absolue : voir *supra* note 53; RIDA, 1980, p. 140 suiv.

magie ne manque pas de paraître trop facile et même artificiel. Mais c'est dans cette voie qu'il convient de s'engager pour une raison précise : l'emploi du métal comme précédent de la monnaie. L'aspect sacré de celle-ci à ses débuts a été souvent mis en lumière, ainsi que des « signes prémonétaires »⁷⁵. Pour Rome, d'illustres savants ont décelé le rôle magique de l'*aes* dans le *nexum* et l'*emptio* librale ; et si leur brillante intuition n'a pas eu la suite qu'elle méritait, c'est que leur démonstration est restée incomplète, sans utiliser les preuves assez nombreuses qui la confirment.

II. Lévy-Bruhl⁷⁶ et Leifer⁷⁷ ont développé l'idée que dans l'acte libral le *rodusculum* représente la personne de son propriétaire, et à partir de ce point de départ ces deux savants ont, chacun à sa manière, élaboré une construction magico-juridique du *nexum* et de la mancipation. Ils ont mêlé beaucoup d'invraisemblance à la justesse de leur inspiration première, si bien qu'elle a été vite perdue pour la science. Leur principal contradicteur, Kaser⁷⁸, leur a objecté, en apparence victorieusement, que rien ne permettait de distinguer le *Persönlichkeitszeichen*, qu'ils reconnaissaient dans le petit lingot d'airain, du *nummus unus* de l'acte libral. Autrement dit, le *rodusculum* ne servait à rien d'autre qu'à un versement fictif. C'est très précisément sur ce point que la démonstration des regrettés romanistes est restée inachevée et la contradiction facile. Oui, le *rodusculum* est l'objet d'un versement fictif, mais il sert à remettre, sous l'aspect d'une somme imaginaire, à l'autre partie un symbole de la personne du remettant, il ne remplace pas un versement effectif, celui-ci a lieu à peu près simultanément. Deux remises vont de pair : celle de l'*aes* symbolique et celle d'une *pecunia* bien réelle, qui est au point de vue économique l'objet de l'opération. La démonstration sera terminée, quand il sera vérifié que dans la mancipation *nummo uno*, en l'absence d'un versement véritable parce que l'acte sert alors à une fiducie ou une donation, il faut distinguer l'*aes* symbolique du sesterce unique, lui aussi symbolique, qui est en monnaie d'argent.

Dans une précédente étude⁷⁹, je me suis efforcé de montrer que l'*aes nexum* n'est pas la somme prêtée mais le *rodusculum* que le créancier remet à l'emprunteur en même temps que le montant du prêt, que Varron distingue du lingot symbolique et appelle *pecunia* (*lingua lat.* 7, 105). Dans ce texte, l'*aes nexum* ne se confond pas avec

⁷⁵ Voir en particulier : Laum, *Heiliges Geld*, 1924 ; Gernet, *Anthropologie de la Grèce antique*, 1968, p. 93 suiv.

⁷⁶ *Quelques problèmes de très ancien droit romain*, 1934, p. 143 suiv.

⁷⁷ *ZS*, 1937, p. 161 suiv.

⁷⁸ *Eigentum und Besitz*, 1956, p. 117 suiv.

⁷⁹ *RIDA*, 1981, p. 129 suiv.

cette *pecunia*, comme chez Festus (162 L) qui simplifie les choses jusqu'à l'amalgame sans les comprendre. Varron précise que le débiteur, qui a reçu la *pecunia*, est en outre *ut ab aere obaeratus*: c'est une fiction (*ut*), sa personne est grevée par le lingot qui, représentant le créancier, s'attache à lui comme à sa proie. Il n'en devient pas propriétaire (*neque suum fit*), comme de la *pecunia*. Ce lingot est matériellement lié à son corps : *obligatur*, au sens propre, et c'est ce qui donne à l'acte le nom de *nexum*. Un même lien attache l'*aes nexum*, ou lingot, à l'emprunteur *nexus*: il s'agit sans doute d'un collier auquel est suspendu le *rodisculum*. La pesée fictive de ce dernier s'accompagne de la pesée réelle du montant d'airain qui fait l'objet de la dette. Ce type de prêt disparaît vers la fin du IV^e siècle, approximativement à l'époque où va entrer en circulation la monnaie comptée. Cette lecture du célèbre passage de Varron trouve sa confirmation dans le rituel de la *solutio per aes et libram*, qui sert à rembourser le créancier et à cette fin reprend les mêmes formes en les renversant, par un jeu bien connu de correspondances entre actes à effets contrastés. Gaius rappelle que cette forme solennelle de paiement, utilisée assez vite comme remise de dette, avait eu par excellence la fonction d'éteindre les dettes contractées par l'airain et la balance : 3, 173 *quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit*.

La formule prononcée par le débiteur au cours de cette *solutio* commence par indiquer la *causa* de la dette, un jugement dans l'exemple pris par Gaius, puis se poursuit en décrivant le rituel libral : 3, 174... *eo nomine me a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam*. Les mots *me a te solvo* remontent à une époque reculée où l'on ne parlait pas encore de *solvere pecuniam*, il s'agissait au contraire de libérer (*solvere*) le débiteur. S'il est exact qu'il portait le *rodisculum* attaché autour de son cou, cette *solutio* consistait à dénouer ce lien et détacher le minuscule lingot qui, pesé fictivement, était restitué au créancier. Le débiteur était libéré de cet *aes nexum* qui, lié à son corps, faisait de lui un *nexus*, soumis symboliquement à la personne du créancier représentée par ce petit morceau d'airain. Le principal renseignement que fournit la formule de la *solutio*, c'est que la pesée fictive du *rodisculum* autrefois n'était pas la seule; elle se doublait de la pesée réelle du montant d'airain de la dette, la *pecunia* que Varron distingue de l'*aes nexum*. La pesée fictive du lingot symbolique a la première place : *me a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*. Comme dans la mancipation (Gaius 1, 119), les mots *hoc aere* se rapportent à une pesée qui est une simple formalité. Dans les *verba* de la *solutio*, on passe aussitôt après à la pesée réelle : *hanc tibi libram primam postremamque expendo*. Le débiteur déclare payer sa dette de la première *libra* à la dernière. Il ne s'agit plus d'un lingot de

petite taille, mais de vraies livres d'airain pesées l'une après l'autre⁸⁰. On a raison de rapprocher ces paroles de celles que prononce le fétial lors de la conclusion du *foedus* : Liv. 1, 24, 7 *ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt* . . . Le texte du traité, consigné sur des tablettes de cire, a été lu du commencement à la fin⁸¹. D'un formulaire à l'autre l'expression *prima postrema* signifie que dans chaque cas on est allé d'un bout à l'autre de l'opération. La totalité des livres a été pesée, de même que l'ensemble d'un texte a été lu intégralement. C'est seulement lorsque ce type de *solutio* sera utilisée comme remise de dette que dans le compte-rendu de Gaius une seule et même unité les figurera toutes de la première à la dernière, sous la forme simplifiée d'un as.

Les deux textes de Varron et Gaius, l'un sur le *nexum*, l'autre sur le paiement libral, se correspondent trait pour trait. Chacun fait intervenir dans le rituel qui lui est propre à la fois un petit lingot symbolique, fictivement pesé, et une somme d'airain, qui est le montant réel de la dette, faisant l'objet d'une pesée sincère. Au moment de la conclusion du prêt, *aes nexum* d'une part et *pecunia* d'autre part sont remis à l'emprunteur. Au moment de la *solutio*, le même *aes* symbolique est restitué et une *pecunia* égale au montant du prêt est remboursée. L'*aes* magique était le signe de l'assujettissement du *nexus*. Cet asservissement disparaît en même temps que ce signe est rétrocédé, quand l'opération se dénoue par une double pesée, l'une fictive, l'autre véritable.

Il n'y a pas à s'étonner que un même acte, *nexum* ou *solutio*, comporte deux pesées; chacune a une fonction qui lui est propre. La pesée réelle rend l'emprunteur propriétaire de la *pecunia*, elle a une fonction économique, mais elle est inapte, à elle seule, à le rendre débiteur. Le principe de l'obligation *re*, qui anime le *mutuum*, n'est pas inhérent au *nexum*. Le *nexus* ne devient débiteur que par un rite; et ce rite consiste à peser un petit lingot qui figure le créancier : cette pesée fictive a un effet magico-juridique. Le *rodusculum* représente la personne du créancier, qui s'identifie à l'objet symbolique de sa créance. Ce morceau d'airain, remis à l'emprunteur, comme s'il s'agissait de l'ensemble de la *pecunia* (*ut ab aere obaeratus*) est attaché à son corps (*aes nexum*) et c'est ainsi qu'il devient *nexus*.

Dans la mancipation, les choses se présentent différemment, il s'agit à l'origine d'une vente au comptant. Un prix en airain est pesé. Y-a-t-il place en outre pour un lingot magique? Le transfert de pro-

⁸⁰ Monier, *Studi De Francisci* I (1956) p. 33-35; cf. Beseler, *ZS*, 1922, p. 538; 1925, p. 434.

⁸¹ À propos de ces tablettes on a noté le parallèle avec le testament : en particulier, Ogilvie, *Commentary on Livy*, p. 111.

priété de la chose vendue n'en a que faire. Mais le vendeur en cas d'éviction est tenu à garantie. Le même acte transfère la propriété de la chose vendue et oblige le vendeur. Ce double effet a longtemps paru contraire à la simplicité des actes juridiques de l'ancien droit. Mais on ne peut pas se passer de l'obligation de garantie du vendeur. La mancipation ne fait acquérir qu'une propriété relative qui n'a pas d'autre support que l'assistance de *l'auctor*, si la chose est revendiquée par un tiers. Au bout du délai d'usucapion, l'acheteur obtiendra la propriété absolue de la chose. En attendant, son droit relatif dépend de la garantie du vendeur. Si ce dernier n'avait pas été propriétaire, l'acquéreur sera évincé par le tiers qui réclame son bien. Or la mancipation comportait le paiement du prix : la logique de l'opération exige qu'en cas d'éviction il soit restitué. Il doit même l'être au double. Mais dans la mancipation aucune clause ne prévoit cela, et il est superflu de supposer qu'il en ait jamais existé une à cet effet. Si elle avait existé, il eut suffi, comme on l'a remarqué, de ne pas la prononcer pour écarter l'obligation de garantie. En fait, dans ce but on recourt à d'autres artifices. Cependant, il est peu admissible que *l'auctoritas* de l'aliénateur puisse naître sans forme. Son silence au cours de l'acte (en dehors de la prononciation de clauses accessoires, *leges mancipii*) ne saurait être doué d'une pareille efficacité. S'il est exact que dans le *nexum* c'est un lingot magique qui oblige l'emprunteur, il n'est pas absurde de se demander si dans la mancipation on ne retrouve pas quelque chose d'analogue. Pour qu'une telle hypothèse ait une chance d'aboutir, il faut être en mesure de montrer que la mancipation a toujours comporté un *aes* symbolique engageant la personne de l'aliénateur, parallèlement à la remise du prix de la chose. Ce dualisme se manifestera en toute clarté dans le cas où ce prix est ramené à un *nummus unus* d'un autre métal.

Dans la formule du *mancipio accipiens*, la clause *hoc aere aeneaque libra* est fortement attestée par Gaius (1, 119; 2, 104; 3, 167) et en outre par Varron (*Lingua lat.* 9, 83). Peu importe que dans la *mancipatio familiae* les mots *aeneaque libra* soient peut-être facultatifs, comme le suggère Gaius (2, 104)⁸². La mention *hoc aere* est une pièce fondamentale de la formule, et sa reproduction d'un auteur à l'autre exclut l'idée que ces mots n'appartiennent qu'au formulaire et soient destinés à être remplacés dans la pratique par le prix en monnaie de la vente. A s'en tenir à la description constante de l'acte, ces mots sont présents dans toute mancipation, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le prix est sincère ou ne l'est pas, comme c'est le cas quand le transfert libral est utilisé dans le droit des personnes. La

⁸² Dans Gaius 3, 167 les mots *aeneaque libra*, présents dans le palimpseste de Vérone, sont absents dans *PSI*, 1182.

vérification est aisée : aux mots *hoc aere* correspond le geste exprimé dans l'adage «*rudusculo libram ferito*» (Varro 5, 163; Fest. 322 L). La parole et le geste vont de pair : les mots *hoc aere* accompagnent la pesée symbolique du petit lingot, remplacé souvent dans l'usage par commodité par un as (Gaius 3, 174; Varro, 9, 83; Fest. 322 L *asse tangitur libra*). Il y a mieux. On a déjà remarqué que dans la *solutio per aes et libram* figure aussi la clause *hoc aere aeneaque libra* : elle y désigne une pesée symbolique qui précède la pesée réelle de la somme, telle qu'elle est décrite dans la phrase suivante : *hanc tibi libram primam postremamque expendo* (Gaius, 3, 174). Peu importe que la pesée des livres soit devenue un jour fictive, quand ce type de *solutio* s'est transformée en remise de dette. Dans sa structure première, la *solutio* librale associait la remise d'un lingot symbolique à celle des livres qui faisaient l'objet d'une pesée véritable. En somme, chaque fois qu'on connaît sous une forme ou sous une autre les *verba* de l'acte libral, ils comportent la clause *hoc aere aeneaque libra* pour désigner la pesée et la remise du *rodusculum*, remplacé souvent pour simplifier les choses par un as.

L'explication à première vue la plus naturelle de cette pesée symbolique est de la tenir pour le substitut d'une pesée réelle d'*aes*, pratiquée en un temps où la monnaie n'existait pas encore. Cette conviction n'a pas permis de percevoir que la mancipation dans sa forme archaïque combinait, comme le *nexum* et la *solutio* librale, deux pesées, l'une purement rituelle, l'autre remplissant une authentique fonction économique. C'est dans la mancipation *sestercio nummo uno*⁸³, que les traces du régime archaïque se manifestent avec le plus

⁸³ Sur la formule *sestercio nummo uno* dans la mancipation voir en particulier : *Formula Baetica* (FIRA, III n. 92); *Tab. Herc.* 65, P. P. 1954, p. 64). La formule se retrouve pour la donation : FIRA, III n. 93, 95, et pour le testament : FIRA, III n. 50. Sur un cas très particulier de ce type de mancipation en droit public : Vitruv. I, 4, 12 (Karlowa, *R. Rechtsgeschichte*, II, p. 18, 377); cf. Liv. *per.* 55. Sur l'*addictio* pour un sesterce : Varro, 6, 61; Cic. *Rab. Post.* 45. Ces pratiques remontent à l'époque où le sesterce est pris comme unité de compte (Crawford, *Roman republican coinage*, 1974, II, p. 621 suiv.; 632 sur le mot *nummus*). Karlowa p. 379 remarque qu'on n'a pas conservé de trace de mancipation pour un as. Mais une tablette d'Herculanum (P. P., 1955, p. 470-471; FIRA, III, Ap. p. 613-614) contient deux fois à propos d'une mancipation les mots *asse aere* dans lesquels les éditeurs reconnaissent l'équivalent de *nummo uno*; cf. Corbino, P. P., 1975, p. 463-467. Mais alors l'unité de compte serait l'as et non le sesterce. *Aere* paraît renvoyer au *rodusculum*. Il me semble que cette petite formule simplifie les choses en voulant dire que l'as joue à la fois, comme c'est souvent le cas, le rôle de *rodusculum* et, en outre, joue à la place du sesterce unique, le rôle d'unité de compte. Sur la distinction de la clause *hoc aere* et du prix en monnaie de la vente, Arangio-Ruiz, *Compravendita*, 1954, p. 193 n. 2. Voir ce même ouvrage p. 191 suiv. sur le problème de la mention

d'évidence. On a recours à ce type d'acte, lorsque l'aliénateur désire grâce à un prix dérisoire se décharger de l'obligation de garantie d'éviction. On perçoit alors en toute clarté la coexistence de deux prix, tous deux ici d'ailleurs fictifs, l'un sous forme de lingot (*hoc aere*), l'autre en monnaie, un sesterce unique, depuis qu'il sert d'unité de compte. Ces deux prix ne se laissent pas ramener à un seul. Dans la pratique, le lingot est remplacé par un as d'airain. Or, jusqu'à la veille de l'empire, le sesterce est en argent. La différence de métal exclut toute confusion. La mancipation *sestercio nummo uno* montre, avec toute la clarté désirable, que le *rodusculum* (ou l'as qui en tient lieu) ne saurait remplir la fonction économique de prix d'une vente. Cette fonction appartient au sesterce unique, lorsque le prix est artificiellement réduit à sa plus simple expression. Si le *rodusculum* ou l'as qui le remplace avait été le substitut du prix, on s'en serait tenu là, et point n'eut été besoin d'ajouter à cet *aes* ou as un sesterce d'argent. *Aes* symbolique et sesterce coexistent, parcequ'ils ont des fonctions différentes. Le *nummus unus* d'argent, moyennant un artifice, est le prix économique, alors que le lingot (ou as) est le prix magique qui oblige l'aliénateur à garantir l'éviction. Pareillement dans le *nexum* le même symbole oblige l'emprunteur à rembourser la somme. Dans les deux cas, il s'agit d'un rite magico-juridique : le petit lingot représente celui qui le remet et grève celui qui le reçoit. Varron en était encore conscient pour le *nexum*. Pour la mancipation, le sens premier du *rodusculum* s'est effacé dans l'esprit de Gaius. À cela a contribué son remplacement par un as.

En cas d'éviction, l'obligation de garantie de l'aliénateur se solde par le remboursement du prix au double. Il n'y a pas dans le multiple l'ombre d'une obligation délictuelle, comme on le dit souvent. Tout simplement, il s'explique par l'évaluation forfaitaire des intérêts de la somme, lesquels sont dans les XII tables (8, 18) de 100% (*unciarium fenus*) en un an⁸⁴, précisément le délai d'usucapion (XII t. 6, 3; délai porté à deux ans pour les immeubles), que l'acquéreur n'est pas arrivé à franchir avant d'être évincé, il récupère le prix et les intérêts pour un an. L'action *auctoritatis* contre l'aliénateur n'est pas pénale. Elle n'est pas infamante et elle est passivement transmissible⁸⁵. Le cumul⁸⁶ en cas de pluralité d'*auctores* (Ulp. D. 21, 2, 51, 4) trouve sa source non dans un délit, mais dans le rite magique qui oblige chacun pour le tout. Il y a si peu de délit dans toute cette affaire que si le

du prix en monnaie dans l'acte de la mancipation (Paul, *vat. 50 emptus mihi esto pretio*).

⁸⁴ Kaser *R. Privatrecht*, I, p. 168.

⁸⁵ Kaser *Eigentum und Besitz*, p. 128.

⁸⁶ Liebs *Klagenkonkurrenz*, 1972, p. 186.

transfert n'est pas formel, il n'est pas question de cette responsabilité au double. Elle naît du rite.

* * *

Au terme de ce rapide examen des principales institutions publiques ou privées de la Rome archaïque, la conclusion est claire. Qu'il s'agisse des auspices et de leurs corollaires dans la vie politique (interrègne, patriciat, *auctoritas patrum*), qu'il s'agisse de la consécration du coupable avec ou sans jugement en droit criminel, qu'il s'agisse du procès par *sacramentum* ou de la *devotio* qui achève la *manus iniectio* dans la justice civile, qu'il s'agisse de la *confarreatio*, de la *sponsio*, des actes de droit privé qui se déroulent devant les comices sacerdotaux, qu'il s'agisse du *ius Quiritium* qui place sous le patronage de Quirinus les droits absolus, comme la propriété, la liberté, la puissance paternelle, la *manus* etc., – dans cette longue série d'institutions appartenant au double registre soit du public soit du privé on n'a aucune peine, à la racine de chacune, à déceler la présence du sacré et souvent même à identifier la divinité tutélaire. L'acte *per aes et libram*, sous tous ses aspects, ne s'intègre pas dans cette liste. Mais ce serait une erreur de croire que son formalisme est d'emblée purement laïc et que tout au plus il imite, à travers le ministère des pontifes, la technique des actes du droit sacré, sans rien lui devoir d'autre. Le rituel libral, dans ses diverses finalités, emploie toujours un *rodusculum* (plus tard remplacé souvent par un as) qui, de Varron à Gaius, laisse chaque fois percevoir une ancienne fonction magique. Ce lingot symbolique engage ou dégage la personne qui le reçoit ou le restitue. Et sans lui la mancipation n'offrirait aucun support, en cas d'éviction, à l'obligation de garantie de l'aliénateur. À ce compte, l'acte *per aes et libram* sort de l'isolement laïc où on l'a souvent enfermé. Religion et magie concourent à placer les principales institutions du droit archaïque, public ou privé, sous la dépendance du surnaturel. Ce droit n'est pas seulement sacerdotal, sous le contrôle soit des pontifes soit des augures, il est aussi sacré. Ce constat, dans la mesure où il est exact, pourra servir de nouveau point de départ à l'étude du mot *ius* et permettra de confirmer l'étymologie religieuse qu'on lui reconnaît de nos jours.

II

Dans la Rome archaïque, le droit est un langage, soit qu'il prenne l'aspect de textes normatifs, soit qu'il revête celui de formules orales, prononcées par les magistrats ou les particuliers. Ce langage a la pro-

priété soit de régir par écrit la vie de la cité dans les archives sacerdotales et les lois sacrées (p. ex. les *leges templorum*), soit sur le mode oral d'organiser, de créer ou même de supprimer des situations juridiques, aussi bien publiques que privées. Ce langage s'appelle *ius*, il est doué d'efficacité. Il a un vocabulaire et des formes qui lui sont propres, que l'on ne retrouve pas ou guère ailleurs. Méritent une attention particulière deux formes de cette langue, l'impératif et la première personne de l'indicatif. C'est par prédilection selon ces modes que se construit la phrase juridique du droit civil archaïque. Or, il en va de même des formulations du droit sacré. Cette similitude pose un problème. Les prêtres, en particulier les pontifes, ont-ils simplement employé les mêmes méthodes stylistiques dans deux domaines dont ils avaient le contrôle, sans qu'il y ait de relation de l'un à l'autre? Ou bien y a-t-il une filiation entre ces deux types de langage? Et le droit sacré a-t-il servi dans son expression de modèle au droit civil? La double compétence des prêtres n'est pas un hasard, et il y a lieu de rechercher l'articulation entre l'une et l'autre.

L'impératif, commençons par lui, est commun aux textes normatifs du droit sacré et du droit civil, comme il l'est aussi aux *carmina* religieux et aux actes juridiques. Qu'on ne dise pas qu'en droit ce mode serait chose banale. Ce n'est pas celui des codes modernes, et à Rome ce n'est pas celui des édits des magistrats, des sénatusconsultes, des constitutions impériales. Qu'on ne dise pas non plus que l'impératif serait à Rome le type d'expression de la souveraineté populaire. Elle est chose relativement récente; et les lois archaïques, en particulier les XII tables, ne relèvent pas d'elle; encore moins la *lex dicta* des magistrats, pareillement rédigée, par exemple la *lex templi* ou *luci*. Encore moins aussi les formules à l'impératif des *carmina* religieux ou des actes juridiques. D'ailleurs, l'impératif en *-to* à la troisième personne, commun aux textes normatifs comme à ces différentes formules orales (par exemple celle de l'augure sur *l'arx*: Varro, *lingua lat.* 7, 8) est presque une spécialité de ces langues techniques, il est rare ailleurs, alors que à la deuxième personne il a une certaine fréquence chez Caton et dans la comédie latine⁸⁷.

S'agissant des normes, l'impératif s'étend aux lois royales, aux versets des livres sacerdotaux, au rituel des Tables Eugubines, aux *leges templi* ou *luci*, enfin aux lois républicaines. La liste que l'on vient de dresser laisse transparaître une progression chronologique qui va du droit sacré au droit civil. Bien connus sont les impératifs des lois royales: *sacer esto*, *aram Iunonis ne tangito*, *paricidas esto* etc.

⁸⁷ Sur ce problème, Hofmann-Szantyr, *Lateinische Syntax und Stilistik*, 1972, p. 340; cf. Vairel-Carron, *Exclamation, ordre et défense*, 1975, p. 230, 269, 284, 290 304; voir aussi ma *Loi à Rome*, 1978, p. 23.

Ces textes, plus ou moins modernisés dans la forme, sont mis au compte des rois pour accroître leur prestige. Ce sont des versets pontificaux, comme chacun sait. Quand on lit les différents recueils que la science contemporaine a dressés des fragments des *libri sacerdotum*, il ne faut pas s'étonner de retrouver le même style. Les *libri pontificum*, même quand ils se passent de l'autorité des rois usent, à côté d'autres modes⁸⁸, avec prédilection de l'impératif pour énoncer leurs préceptes : *pontifex minor ex stramentis napuras nectito* (Fest. 160 L); *si quis forte tauro Iovi fecerit, piaculum dato* (Macrob. Sat. 3, 10, 7); *exta porriciunto* (Macrob. Sat. 3, 2, 3). Les *libri augurales* ne s'expriment pas autrement : *viros vocare feriis non oportet, si vocavit, piaculum esto* (Macrob. Sat. I, 16, 19). L'emploi de l'impératif dans les textes sacrés n'est pas une singularité de Rome, on le retrouve en Ombrie dans les Tables Eugubines, qui elles aussi à la manière des XII tables omettent d'indiquer le sujet⁸⁹. Ce rituel ombrien formule ses instructions aussi bien à la deuxième qu'à la troisième personne de l'impératif en *-tu*, correspondant à l'impératif en *-to* du latin; il fait appel exceptionnellement au subjonctif⁹⁰. Même si dans l'ensemble de ces textes la forme a subi des rajeunissements, on a affaire à un vieux fond de littérature sacrée, qui à Rome dans le titre des commentaires jurisprudentiels s'appelle *ius pontificium*, de Fabius Pictor le juriste à Labéon ou Capiton. Grâce à ces commentaires (*libri iuris pontificii* ou *de iure pontificio*), on apprend que le mot *ius* était la qualification technique des textes normatifs des archives sacerdotales. Les fragments qui en ont survécu enseignent, en outre, que l'impératif est par excellence leur mode d'expression. Ce n'est pas un hasard, si c'est aussi celui des lois républicaines. La filiation se laisse discerner sans peine. La *lex dicta* des rois est le trait d'union. Le *ius* commença par être secret. A l'époque royale, il est au moins divulgué dans les *leges templorum*. La *lex arae Dianae in Aventino*, datée de Servius Tullius, servait de prototype aux statuts des autres temples, comme ils le rappellent eux-mêmes (Bruns n. 106, 107)⁹¹. Au plus tard à partir de ce roi, la *lex dicta* (Bruns n. 107 *legem dixit*) des temples est à l'impératif; le sont aussi les *leges lucorum* (Bruns n. 104). La lecture officielle de la *lex templi* est associée à la formule de la *dedicatio*, cela forme un tout, c'est un ensemble de droit sacré. Dès les temps royaux, la loi des temples est affichée (D. H. 4, 26, 5)⁹². De

⁸⁸ Rohde *Die Kultsatzungen der r. Pontifices* 1936 p. 26 sur Plin. n. h. 18, 14; Varro *lingua lat.* 6, 21.

⁸⁹ Poultney *The bronze tables of Iguvium*, 1959, p. 21.

⁹⁰ Vairel-Carron *op. cit.* à la n. 87 p. 274-280.

⁹¹ Wissova, *R. K.* p. 39.

⁹² R. Thomsen, *King Servius Tullius*, 1980, p. 302 suiv.

bonne heure, les traités sont lus aussi (Liv. I, 24, 7) et affichés (Cic. *Balb.* 53), et ils sont rédigés à l'impératif, comme le montre par exemple le *foedus Cassianum* (Fest. 166 L *habeto*; D. H. 6, 95, 2). Leur texte est appelé *lex* (Liv. *cit.*) et régit deux peuples grâce à la foi du serment des fétiaux de l'un et de l'autre⁹³. Les *leges rogatae* de la République ont suivi l'exemple des *leges dictae* des rois (on connaît au moins celles des temples) et de la loi des traités. Elles sont pareillement lues, affichées, composées à l'impératif. Des versets sacerdotaux, tenus secrets, aux diverses sortes de lois, *dictae* ou *rogatae*, ce mode est celui du *ius*, aussi bien sacré que civil. Plus tard, les magistrats dans leurs édits et le sénat dans ses avis tiendront un autre langage. L'impératif porte la marque de l'archaïsme, mais se perpétue dans la législation républicaine.

Est-il à Rome, d'abord dans l'expression des normes sacrées puis des XII tables, une imitation du style des lois grecques? La question mérite au moins d'être posée. L'influence grecque à Rome dans les temps royaux, médiate ou directe, a été étudiée avec soin par les historiens de la religion, beaucoup moins par ceux du droit. Cependant, des traces assez profondes ont été relevées. Le mot *poena* est un emprunt au grec. On commence à s'aviser que le verbe *spondere* a la même origine, comme le savaient les Romains eux-mêmes (Fest. 440 L *sponsum et sponsam ex graeco dictam*⁹⁴). Dans le domaine des fiançailles, il a comme correspondant ἐπισπένδειν dans la loi de Gortyne, et la *sponsio* internationale est une réplique des σπονδαί. Les restrictions du luxe funéraire, consignées dans les XII tables et vérifiées par l'archéologie, ont été inspirées par la Grèce, comme l'avait enregistré la tradition⁹⁵. La loi des XII tables a reproduit des tournures stylistiques des lois grecques⁹⁶. Il est peut-être prématuré, avant que ce parallèle ait été suffisamment exploité, d'affirmer que l'impératif du code décemviral ou des versets sacerdotaux est une copie de celui que mène la législation grecque en concurrence avec l'infinitif jussif⁹⁷.

⁹³ Sur la *lex* des traités, ma *Loi à Rome*, p. 19 suiv.; p. 28 suiv.

⁹⁴ Willetts, *The law code of Gortyn*, 1967, p. 20-22, 68, 76; cf. Prosdocimi dans *Popoli et civiltà dell'Italia antica*, Rome, 1978, VI, p. 503; et mes remarques dans *RIDA*, 1980, p. 227 suiv.; cf. Van Effenterre, *BCH*, 1973, p. 31.

⁹⁵ Colonna, P. P., 1977, p. 158-161.

⁹⁶ Wieacker dans *Fondation Hardt, Entretiens 13, Les origines de la République romaine*, p. 351; du même, sur les rapports des XII Tables avec les lois de Solon, *Studi Volterra*, 3, p. 757 suiv.; Siewert, *Chiron*, 8, p. 331 suiv.

⁹⁷ Sur le style des lois grecques: Buck, *The greek dialects*, 1955 p. 140; Willetts, p. 7; Gagarin, *Drakon and early athenian homicide law*, 1981, p. 156; voir aussi pour d'autres exemples: Martina, *Solon*, 1968, n. 359 b, 417, 437 etc.; Meiggs et Lewis, *A selection of greek historical inscriptions to the end of the fifth century BC*, 1969, n. 8 (I) loi de Chios, 575-550 etc.

Ce dernier rare à Rome, avait peu de chances de s'implanter dans la langue juridique. L'impératif est commun aux lois grecques et romaines, aussi haut que l'on remonte. Il y a peu de probabilité que ce soit une coïncidence. Mais il est difficile d'en dire plus, tant que le style des deux législations n'aura pas été soumis à une comparaison plus attentive. L'enquête devrait s'étendre aux actes de la pratique, qui usent à Rome et en Grèce pareillement de ce mode⁹⁸.

À Rome, l'impératif dans les actes de la pratique n'est pas une singularité entre vifs de la mancipation : *emptus esto* (Gaius 1, 119). C'est à travers lui que le testateur fait connaître ses dernières volontés aussi bien pour l'institution d'héritier : *heres esto*, que pour les dispositions annexes : *liber esto* (Gaius 2, 185), *tutor esto* (Gaius 1, 149), *capito, sumito, sibi habeto* (Gaius 2, 193). Comme je me suis efforcé de le montrer ailleurs⁹⁹, ces tournures remontent au testament comitial, alors que l'emploi de la première personne (*heredem esse iubeo, tutorem do, do lego*) apparaît seulement avec le testament libral. Gaius (2, 117) reconnaît que l'emploi de *iubeo* ici a dû être accepté par l'usage (*iam conprobata*). *Legare*, dénomiatif de *lex*, signifie d'abord *legem dicere* et il est suivi du datif (XII t. 5, 3-Gaius 2, 224 : *uti legassit suae rei*), il s'agit de *lex suae rei dicta*. *Legare*, suivi de l'accusatif, dans le sens de « léguer » est plus récent. Ce serait une erreur de croire que l'impératif des actes de la pratique ait fait son apparition avec le *ius civile*. On a déjà observé sa présence dans les versets normatifs des archives sacerdotales. Quand il est prononcé par des particuliers, soit entre vifs soit à cause de mort, il ne faut pas oublier que ces actes ont une origine sacrale. Le testament comitial, selon une remarque précédemment citée de Mommsen, relève des *sacra populi Romani Quiritium*. Et l'acte *per aes et libram* n'oblige le *nexus* ou l'aliénateur (quant à la garantie d'éviction) qu'à travers la remise d'un petit lingot magique qui engage leur personne. Or l'impératif appartient aussi bien à la langue de la magie qu'à celle des *carmina* religieux.

Quant à la magie, qu'il suffise de citer la formule : *terra pestem teneto, salus hic maneto in meis pedibus*, rapportée par Varron (r. r. 1,

⁹⁸ Pour les actes de la pratique en Grèce, voir en particulier : Buck n. 70 (p. 267), acte de dépôt du V^e siècle, pour les actes d'affranchissement, Dareste-Haussoulier, *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, II, p. 238, n. 5; 239, n. 6; 240, n. 7; 243, n. 9; 265-267. Je remercie M. Karabelias pour l'aide qu'il m'a apportée sur ces aspects du droit grec. Ajoutons ceci : Tite-Live (5, 16, 9-11) rapporte à l'impératif une réponse de l'oracle de Delphes; Ogilvie (*Commentary on Livy*, p. 644 suiv.) pense qu'il s'agit d'une traduction du grec. Pour un parallèle stylistique des formules religieuses, grecques et romaines, Latte, *R. Religionsgeschichte*, p. 62.

⁹⁹ *Hommages à R. Schilling*, 1983, p. 169.

2, 27)¹⁰⁰. L'emploi de l'impératif est aussi la marque des formules les plus anciennes de la religion. Au plus ancien fond du culte, appartient le *carmen* par lequel l'augure délimite sur le sol de l'*arx* le *templum in terris*, l'*auguraculum*, selon un rite aussi ancien que la cité et que l'on a raison sans doute de rattacher à la préhistoire de la science augurale¹⁰¹. Il a fallu toute la perspicacité de Norden¹⁰² pour donner une lecture satisfaisante de ce document de la plus vieille langue latine, rapporté par Varron (*lingua lat.* 7, 8) :

1 *templa tescaque m(eae) fines ita sunt*
quoad ego easte lingua nuncupavero
ollaner arbos quirquir est quam me sentio dixisse
templum tescumque m(ea) f(inis) esto in sinistrum
5 *ollaber arbos quirquir est quod me sentio dixisse*
templum tescumque m(ea) f(inis) esto dextrum
inter ea conregione conspicione cortumione
utique ea erectissime sensi

Ces versets de prose rythmée ont ceci de remarquable, de ne faire appel à aucune divinité en vue du tracé du quadrilatère augural. La parole de l'augure, à elle seule suffit à cette tâche sans intervention surnaturelle. De même, au terme de la minutieuse procédure de déclaration de guerre, divisée en plusieurs phases agencées selon des délais variés, le fétial conclut le tout par une formule qui n'invoque aucun dieu et s'achève par les mots : *bellum indico facioque* (Liv. 1, 32, 14). Dans un cas comme dans l'autre, les *verba* du prêtre se passent du recours à une divinité. Le fétial, au préalable, dans les précédentes phases du rituel a pris les dieux à témoins¹⁰³. Mais ce n'est même pas le cas pour l'augure sur l'*arx*, son *carmen* n'a été précédé par aucun autre. La délimitation du *templum* est l'œuvre des seules paroles du prêtre, sans participation divine. L'espace environnant est appelé *tesca*, et le quadrilatère augural est désigné par le pluriel *templa*, parce qu'il est divisé en deux : une médiane rappelée dans la formule par les mots : *inter ea conregione*, qui signifient « en ligne droite » (Paul. Fest. 28 L *conregione, e regione*), sépare (*inter ea*) le *templum* de gauche du *templum* de droite, tous deux indiqués au singulier par l'augure en fonction des arbres qui leur servent respectivement de repère. La médiane se poursuit à l'infini (*conspicione*) d'est en ouest

¹⁰⁰ Norden *Die antike Kunstprosa* réimp. 1958 II, p. 820.

¹⁰¹ Latte, R. *Religionsgeschichte*, p. 423.

¹⁰² Norden *Aus altrömischen Priesterbüchern*, 1939 p. 3-109 en particulier p. 97.

¹⁰³ Voir mes remarques dans *MEFRA*, 1984, p. 211 suiv.

pour diviser en deux le champ visuel, qui s'étend devant l'*auguraculum* de la citadelle¹⁰⁴.

Dans cette formule augurale comme dans les versets normatifs des lois royales et des archives sacerdotales, l'impact de la phrase se concentre dans l'impératif du verbe. Qu'il s'agisse de préceptes généraux d'origine religieuse, dénués de base légale, ou d'un *carmen* d'application ponctuelle, l'efficacité de l'impératif est la même. Dans les *verba* de l'augure comme dans les versets normatifs de droit sacré, ce mode sans participation d'un dieu développe à lui seul sa force contraignante et son efficacité. Il serait excessif de parler de magie, il s'agit de religion. Il suffit de constater que la langue sacrée trouve dans ce moyen d'expression la force de s'imposer, aussi bien par écrit dans les archives des collèges des prêtres que oralement dans les formules de leur ministère. On vient d'observer des textes qui ne contiennent aucun appel à la divinité, si bien que l'impératif ne doit son pouvoir à aucun concours du surnaturel. Cela permet de mieux comprendre son rôle dans les *carmina* archaïques qui invoquent un dieu. Ce mode n'emprunte pas alors sa force à la grâce divine, c'est le contraire qui se produit : grâce à l'impératif, l'orant exerce une contrainte sur la divinité. On rejoint de la sorte une proposition de certains spécialistes de la religion romaine, comme Wissova (RK, p. 397) et Latte (R. *Religionsgeschichte*, p. 43, 198, 392)¹⁰⁵, qui pensent que dans les temps anciens la prière astreint le dieu. C'est ce que Pline l'Ancien (n. h. 28, 12) appelle la *vis carminum*¹⁰⁶. Il restait à noter que l'impératif est l'instrument de cette contrainte. Dans les *carmina* les plus anciens, c'est lui qui assure le succès de la requête.

Les formules du *ius fetiale*, rapportées par Tite-Live (1, 24; 1, 32), ont un vocabulaire souvent rajeuni et mis au goût du jour pour permettre leur emploi en des temps plus récents. Mais cet *aggiornamento* du vocabulaire respecte la texture d'actes qui restent fidèles à leur vocation première. Le serment du *foedus*, prononcé par le *pater patratus*, porte la marque d'un profond archaïsme. Jupiter est invité à foudroyer les parjures de la même manière que le fétial tue le porc du sacrifice avec un silex qui représente la foudre. On reconnaît sans peine dans ce mécanisme surnaturel un exemple de magie sympathique. Sous le couvert d'une langue modernisée la structure primitive de l'acte reste intacte : Liv. 1, 24, 7-8 *Iuppiter, audi, pater patratus populi*

¹⁰⁴ J'ai fait une analyse juridique de cette formule dans *REL*, 47, 1970, p. 258 suiv.; sur le même thème, Coarelli, *Il foro romano, Periodo arcaico*, I, Rome, 1983, p. 100 suiv.

¹⁰⁵ Cf. Appell, *De Romanorum precationibus*, 1909, p. 73, 215.

¹⁰⁶ Sur ce texte, Koves-Zulauf, *Reden und Schweigen. Römische Religion bei Plinius Maior*, 1972, p. 37 suiv.; Bäumer, *Hermes*, 1984, p. 84 suiv.

Albani, audi tu, populus Albanus : ut illa palam prima, postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet. Si prior defexit publico consilio dolo malo, tum illo die, Iuppiter, populum Romanum sic ferito, ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito, quanto magis potes pollesque. La liberté du dieu n'est pas respectée, Jupiter est placé sous la contrainte d'un enchaînement magique. Un des traits les plus archaïques de ce serment, c'est l'impératif *ferito*, qui ligote le dieu. Il n'est pas libre de sanctionner ou non la foi jurée, il est tenu de le faire.

Le *carmen Arvale*, miraculeusement sauvé du naufrage des textes archaïques par un compte-rendu des Arvales pour l'année 218 ap. J.-C., a été rendu compréhensible grâce à Norden¹⁰⁷. Il appartient à la plus ancienne langue latine. C'est un hymne qui se décompose en versets, prononcés chacun trois fois, selon un procédé répétitif obsédant. À la fin le mot *triumpe* est chanté cinq fois.

1 *Enos Lases iuvate*
neve lue rue Marmar sins incurrere in pleoris
satur fu, fere Mars, limen sali, sta berber
*Semunis alternei advocapit*¹⁰⁸ *conctos,*
 5 *enos Marmor iuato,*
triumpe triumpe triumpe triumpe triumpe

«Lares, aidez-nous. Ne laisse pas pestilence et corruption, Mars, fondre sur la masse(?). Sois rassasié, sauvage Mars; saute à la frontière, prends position. Vous invoquerez tour à tour les Semones, tous ensemble. Aide-nous, Mars. Triumpe...»¹⁰⁹.

Ce *carmen* s'adresse principalement à Mars, dieu protecteur de l'*ager Romanus*; mais il fait appel en même temps aux Lares, qui veillent aussi sur le terroir, et aux *Semones*, dieux de la semence. Tous ces dieux sont invoqués contre les dangers qui assaillent la campagne romaine, moins sans doute contre les incursions de l'ennemi que les fléaux qui peuvent anéantir les cultures. Ces dieux et surtout Mars sont priés de monter face à eux une garde surnaturelle¹¹⁰. Mais il s'agit plus d'une injonction que d'une prière et la répétition des versets la rend de plus en plus pressante. Elle s'exprime avec insistance à

¹⁰⁷ Norden, *Aus altrömischen Priesterbüchern*, 1939, p. 109-280.

¹⁰⁸ On admet en général que *advocapit* correspond à *advocabite*; voir Versnel, *Triumphus*, 1970, p. 44.

¹⁰⁹ Cette traduction est inspirée à la fois de celle de Schilling, *Les dieux de Rome*, 1981, p. 117, et de celle de Versnel, p. 42.

¹¹⁰ Dumézil, *La religion romaine archaïque* 1974, p. 240.

l'impératif. La liberté de ces dieux n'est pas plus respectée que celle de Jupiter dans le *foedus*. Ils sont mobilisés contre le péril extérieur des démons aussi abruptement que l'armée contre l'envahisseur.

Le bilan qui vient d'être dressé groupe les différentes variétés d'impératif dans les textes de la religion romaine et du droit sacré. Ce bilan est instructif et autorise des inductions sur l'emploi du même mode en droit civil. Ce qui est le plus éclairant, ce sont les ordres adressés à une divinité. Par eux, une contrainte est exercée sur les puissances surnaturelles, qui se trouvent soumises à l'emprise de l'orant. À partir de là, on n'a aucune peine à comprendre l'efficacité des injonctions qui ont plus modestement des hommes comme destinataires, fussent-ils magistrats ou prêtres. Les versets normatifs des archives sacerdotales ou des lois royales exercent sur eux, à travers l'impératif, la même contrainte que la prière sur les dieux. Les lois des temples, au moins depuis celui de Diane, et celles des bois sacrés ne parlent pas un autre langage, et c'est lui qui a servi de modèle aux lois de la république. Il arrive que des formules orales de droit sacré n'invoquent aucune divinité, comme c'est le cas de celle qui permet à l'augure de délimiter le *templum* de l'*arx*. Une situation de droit sacré est alors établie par le jeu de l'impératif sans l'entremise d'un dieu. L'impératif met alors en œuvre, par sa seule puissance, son efficacité créatrice. Tous ces textes remontent au tuf le plus ancien de la langue latine. C'est en droit sacré qu'il faut chercher l'archétype des formules de droit civil qui à leur tour, emploient l'impératif soit entre vifs dans l'acte libral sous la forme «*mihi emptus esto*», soit dans le testament comitial en vue de l'institution d'héritier, «*heres esto*», et dans les dispositions connexes. Il ne s'agit pas d'un simple décalque opéré par les formules civiles sur la langue sacerdotale, comme ce fut le cas pour la phrase des lois républicaines. Ces actes juridiques se situent dans la mouvance du sacré. Le testament comitial se déroule devant les comices pontificaux. L'acte libral utilise un lingot magique. Il s'ensuit que leur *verba* se conforment au style des disciplines surnaturelles.

À côté de l'impératif, la première personne de l'indicatif est l'autre emploi favori du verbe dans les formules juridiques, aussi bien en droit sacré qu'en droit civil. Encore une fois, c'est dans le verbe que se concentre toute la force de la phrase, les autres mots ne font que dépendre de lui. Reste à savoir si encore une fois la langue sacrée a servi de prototype à celle du droit civil. De peu de secours pour cette brève enquête sont les termes propres aux prières : *precor*, *veneror*, *veniam peto*, *te obsecro*¹¹¹. *Voveo* est un terme de droit sacré qu'il faut

¹¹¹ Voir le recueil de prières de Pighi, *La poesia religiosa romana*, 1958, ainsi que le livre d'Appell déjà cité à la n. 105.

rapprocher de *spondeo*, puisqu'il existe une *voti sponsio* (Cic. *leg.* 2, 41). On est d'accord pour admettre que *spondeo* a commencé par être un mot sacramentel, que l'interrogation *spondesne?* a pour but de déclencher. Les *tria verba sollemnia* (Macrobian. *sat.* 1, 16, 14) de la procédure civile : «*do, dico, addico*» font pendant à la formule de la dédicace des temples : «*do, dico, dedico*». Les deux formules sont de même facture. Il est vrai que le dédicant prononce cumulativement les trois mots, alors qu'en *iure* le magistrat diversifie selon les cas chacun des *verba sollemnia*, selon le but qu'il poursuit (par exemple *dare iudicem*, *dicere vindicias* etc.). Mais, de part et d'autre, ces formules sont réservées aux titulaires de *l'imperium*, soit qu'il s'agisse d'administrer la justice ou de dédier un temple¹¹², ce qui est aussi un acte de souveraineté. Ces deux séries verbales relèvent, en des domaines distincts, de la compétence du magistrat supérieur et ont été conçues visiblement selon la même inspiration par l'emploi de termes, au moins par deux fois identiques, le troisième ne différant que par le préverbe. L'inspiration est claire, c'est celle des *Reimspiele*, que l'on retrouve en magie également par série de trois : *daries dardaries asiadaries* ou *ista pista sista* (Cato *agr.* 160)¹¹³. Magie, religion, droit emploient les mêmes procédés stylistiques. Les *verba* du magistrat judiciaire, qui fut d'abord le consul, et la formule de la dédicace des temples sortent de la même officine pontificale et ont été imaginés selon la même méthode, en utilisant le même matériel verbal. Les deux séquences tendent presque à l'identité.

En somme, qu'il s'agisse de l'impératif ou de la première personne de l'indicatif, religion et droit parlent le même langage. Au minimum, on peut se contenter de dire que, ces deux disciplines étant sous le même contrôle sacerdotal, cette similitude s'explique sans peine. Mais cette explication n'est pas toujours suffisante, et il est possible d'aller plus loin. Les lois républicaines ont la même phrase que l'ensemble des textes normatifs qui remontent aux temps royaux. C'est aussi sur le modèle des *carmina* religieux ou magiques qu'ont été conçues les formules d'actes juridiques, qui comme le testament comitial ou l'acte *per aes et libram* ont commencé par relever de la science du sacré. Et on vient de voir que *spondeo* fut d'abord un terme sacramentel. C'est seulement pour les *tria verba sollemnia* de la juridiction qu'on a pu revendiquer, à défaut d'une filiation, au moins une identité de facture avec les *verba* de la dédicace des temples.

¹¹² Liv. 9, 46, 6 *cum more maiorum negaret (pontifex maximus) nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare*; Wissova, *RE*, IV v. *consecratio*, 897; IV v. *dedicatio*, 2357. Aux magistrats *cum imperio* s'ajoutaient dans cette fonction ceux qui ont reçu à cet effet un mandat du peuple.

¹¹³ Norden, *Die antike Kunstprosa*, II, p. 821.

* * *

Après ce qui précède, on est mieux placé pour discerner le sens premier du mot *ius*. Les linguistes lui prêtent une étymologie qui le fait provenir du fond le plus ancien du lexique religieux¹¹⁴. Comme il arrive assez souvent, c'est à l'autre extrémité du monde indo-européen qu'il faut chercher des correspondances. Le védique *yos* (*yoh*) signifie « prospérité, bonheur, santé », conférés par les dieux¹¹⁵ et figure dans les formules de souhait¹¹⁶. L'iranien *yaos* est conservé dans les locutions formulaires en combinaison avec le verbe *dā-* « placer, faire rendre », si bien que par *yaos* + *dā*, il faut entendre « purifier, mettre en parfait état »¹¹⁷, « *heilkräftig machen* »¹¹⁸.

Une autre proposition des linguistes explique *ius* à l'aide de *iuro*. Ils traduisent *ius* par « formule »¹¹⁹. Entre le verbe et le substantif, on postule une identité de sens qui se manifeste dans *ius iurandum*, qui est le résidu de *ius iurare* sorti de l'usage¹²⁰. De formule religieuse, on est passé à formule de droit. Lisons Benvéniste : « On est fondé à considérer que *ius*, en général, est bien une formule et non pas un concept abstrait ; *iura* est le recueil des sentences de droit. Cf. Plaute : *omnium legum atque iurum fitor* (*Epidicus*, 522-523). Ces *iura*, comme les *dikai* ou comme les *thémistes*, sont des formules qui énoncent une décision d'autorité ; et partout où ces termes sont pris dans leur sens strict, nous retrouvons, aussi bien pour les *thémistes* et les *dikai* que pour *ius* et *iura*, la notion de textes fixés, de formules établies et dont la possession est le privilège de certains individus, de certaines familles, de certaines corporations. Le type même de ces *iura* est représenté par le code le plus ancien de Rome, la loi des XII tables, composée à l'origine de sentences formulant l'état de *ius* et prononçant : *ita ius esto* » (*Vocabulaire*, II, p. 114).

Acceptons les propositions des linguistes à une condition. Entre le sens de prospérité accordée par les dieux, tel qu'il est recommandé par l'indo-iranien, et le sens de formule en latin, suggéré par *iurare*,

¹¹⁴ Ernout-Meillet, *Dict. étym. de la langue latine*, 4^e éd. p. 330 ; Walde-Hofmann *Lat. etym. Wörterbuch*, I (1938) p. 733 ; Benvéniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, 1969, II, p. 111-122.

¹¹⁵ Dumézil, *Idées romaines*, 1969, p. 38.

¹¹⁶ Benvéniste, *op. cit.*, p. 112.

¹¹⁷ Dumézil, p. 35.

¹¹⁸ Mayrhofer *Kurzgefasstes etymologisches Wörterbuch des Altindischen*, III (1976), v. *yóh*, p. 28. Même traduction dans Walde-Hofmann, I, p. 733.

¹¹⁹ Ernout-Meillet, *cit.* Benvéniste II p. 112.

¹²⁰ Ernout-Meillet, p. 329 ; Devoto, *Scritti minori*, I, p. 100, 117 ; du même, *Origini indoeuropee*, 1962, p. 267, 325.

ius iurandum, *ius dicere*, la relation n'est pas évidente, et il a fallu se contenter d'acrobaties pour en trouver une¹²¹. Si une telle relation pouvait se manifester en toute simplicité, il n'y aurait qu'à se féliciter de la contribution de la linguistique à la solution d'un problème qui préoccupe les juristes de longue date. Or cette relation est à la portée de la main.

L'un des traits du serment est de porter bonheur¹²², s'il dit vrai; Servius le rappelle: *Aen.* 2, 154 *exsecratio autem est adversorum deprecatio, ius iurandum vero optare prospera*. Cette remarque n'est pas inspirée par le seul usage des jurons: Paul. Fest. 122 L *Mecastor et mehercules ius iurandum erat, quasi diceretur, ita me Castor, ita me Hercules, ut subaudiatur iuvet*. Polybe rapporte l'antique formule du serment *per lapidem*, elle commence par un vœu: «si je respecte mon serment, que tout me soit heureux; mais si je venais à penser ou à agir différemment, que tous les autres soient sauvés dans leurs propres patries, cultes et tombeaux, que moi seul je sois jeté au loin comme cette pierre à l'instant» (Pol. 3, 25, 8, à propos des traités internationaux; trad. Foucault). Ces textes permettent de comprendre sans peine comment les mêmes mots: *ius*, *iurare*, *ius iurandum*, peuvent à la fois désigner une formule, et plus particulièrement celle du serment, et en même temps se rattacher à une racine indo-européenne qui exprime l'idée de prospérité comme don des dieux. Le serment leur demande cette prospérité comme une récompense pour celui qui dit la vérité ou tiendra sa promesse. L'idée de formule va de pair avec celles de bonheur et santé¹²³. La relation entre les deux propositions des linguistes va de soi. Ces propositions se révèlent exactes¹²⁴.

Les confirmations ne manquent pas. On peut relever d'autres exemples où le serment procure une bénédiction divine. Ainsi on relève chez Plaute (*Bacc.* 895) dans la bouche du jureur l'invocation: *dique omnes ament(me)*, alors que l'interlocuteur s'esclaffe: *ut iurat!*

¹²¹ Benvéniste (II p. 114 suiv., 119) a souligné cette difficulté à propos de la relation entre *ius* et *iurare*. Devoto (*Origini*, p. 325) propose de remonter à une idée indo-européenne de «*formula portafortuna*».

¹²² Sur cet aspect du serment: Steinwenter, *RE*, v. *iusiurandum*, X 1253; Tondo, *SDHI*, 1963, p. 60 n. 2.

¹²³ Pour une autre conception du sens premier de *ius*: Behrends dans *Sympotica Fr. Wieacker*, 1970, p. 11-58; Kaser, *R. Privatrecht*, I, p. 25; Wieacker, *Fest. H. Hübner*, 1984, p. 357-376; *Sodalitas*, 1984, p. 3105-3123. Sur les principales applications du mot *ius*, Kaser, *Essays Beinart*, 2, 1979, p. 63-81 (reprinted from *Acta Iuridica*, 1977).

¹²⁴ Le *iusiurandum* a en outre ceci de commun avec certaines prières: il souhaite prospérité au jureur, s'il dit vrai, et accable le parjure, de même que certaines prières souhaitent aussi prospérité à l'orant à Rome et malheur à l'ennemi (Liv. 8, 9, 4-8; 29, 27, 1-5; Macrob. *sat.* 3, 9, 6-7).

servat me ille suis periuriis (898). L'inscription dite de Duenos apporte une illustration beaucoup plus ancienne. On date habituellement le vase qui la porte de la fin du VI^e siècle ou du début du V^e avant notre ère¹²⁵. Comme dans beaucoup d'inscriptions archaïques, c'est l'objet, ici le vase, qui parle. La première phrase n'offre guère de difficulté¹²⁶ : *iovesat deivos qui med mitat*. On n'a eu aucune peine à reconnaître *iurat* dans *iovesat*, la forme correspondante *iovestod* du cippe déterré au *Lapis Niger* devant être interprétée comme *iusto*. *Deivos* s'entend comme *deos*. Habituellement on dit *iurare per Iovem* (Paul Fest. 102 L) par exemple, mais l'accusatif seul après *iurare* se dit aussi (Cic. *fam.* 7, 12, 2 *Iovem lapidem*; Virg. *Aen.* 6, 323). *Mitat* est l'indicatif présent d'un verbe *mitare*, attesté sur une autre inscription¹²⁷, lequel se trouve avec *mittere* dans la même relation que *dicare* avec *dicere*¹²⁸. Le sens en latin classique est : *qui me mittit*. Il s'agit d'une remise faite par un donateur ou peut-être par le vendeur¹²⁹. C'est lui qui jure. Une illumination de Peruzzi¹³⁰ permet de percevoir que le personnage : « *qui med mitat* », le remettant, n'est pas le véritable jureur, mais qu'il est réputé prononcer à haute voix le serment au nom du vase qui parle à la première personne, *med*. Le remettant lui sert de porte-parole. Ainsi, la formule du serment dûment récitée, ou passant pour l'être, sera en mesure, grâce à l'élocution, de développer son efficacité au profit de celui qui reçoit le vase. Les interprètes ont parfaitement compris que le texte du serment venait ensuite, en quelque sorte, entre guillemets. Mais on ignore quand il commence. La partie centrale de l'inscription est en grande partie incompréhensible¹³¹ et on ne sait si elle fait partie du serment ou sert simplement à l'annoncer. À la fin, on retrouve la première personne : *duenos med feked*. On pense habituellement que les guillemets se sont déjà refermés, que le texte du serment est terminé et que le vase reprend alors la parole. C'est une profonde erreur. La dernière phrase fait partie du serment et l'achève. Le remettant continue à parler à haute voix, en

¹²⁵ ILLRP 2 (note); Warmington, *Remains of old Latin*, IV, p. 54; Pisani, *Testi latini arcaici e volgare*, 3^e éd., 1975, p. 6; pour un essai de nouvelle lecture, Radke, *Archaisches Latein*, 1981, p. 79 suiv.

¹²⁶ Voir notamment Prat, *REL*, 53, 1975, p. 318 suiv.

¹²⁷ ILLRP, 5.

¹²⁸ Prat, p. 320; Mancini *SE* 49, 1981 p. 365 suiv.

¹²⁹ Pisani, p. 7 en faveur du vendeur.

¹³⁰ Peruzzi, *PP*, 1958, p. 345. Toutefois nous n'acceptons pas le sens que cet auteur donne à *mitare* : « retourner ». Pour lui on retourne le vase pour lire l'inscription.

¹³¹ Pour un essai d'explication, Dumézil, *Idées romaines*, 1969, p. 13 suiv.; *Mariages indo-européens*, 1979, p. 95 suiv.

principe au nom du vase et use dans le serment à sa place de la première personne. Ce qui vérifie ceci, c'est que cette dernière phrase, comme c'est l'usage archaïque pour le *ius iurandum*, énonce un bon présage.

La remise du vase sert de porte-bonheur : *duenos med feked en manom*. Dans cette phrase aucun mot ne fait difficulté. *Duenos* deviendra *bonus*¹³²; *med feked* équivaut à *me fecit*; *manom* est expliqué par Varron: *lingua lat. 6, 4 bonum antiqui dicebant manum* (Paul Fest. 151 L *quod manum bonum dicebant*). Le sens est donc : *bonus me fecit in felicem exitum*¹³³. *Duenos* n'est pas un nom propre, comme on l'a parfois cru. C'est un potier, un honnête homme qui œuvre dans un but salubre. La conclusion du serment confirme cette heureuse destination : *einom duenoi ne med malo(m) statod*. *Einom* est une conjonction de coordination¹³⁴, ayant la même fonction que *enim* qui dans les textes anciens figure en début de phrase (Plaut. *Mil.* 429), sans que toutefois il puisse y avoir évolution phonétique d'une forme à l'autre. On rapproche habituellement celle-ci de l'osque *inim*, de l'ombrien *enom*. La fonction est la même. *Med* correspond à l'ablatif *me* et signifie : *causa mea*¹³⁵, sans besoin de préposition¹³⁶. *Statod* est la troisième personne du singulier de l'impératif futur de *stare*¹³⁷ : c'est-à-dire *stato*. Le sujet est *malo(m)*, avec absence graphique de *m*, ce qui est chose normale¹³⁸. Le sens est clair : *ergo bono ne e me malum stato*. Le vase, après avoir affirmé son rôle de porte-bonheur, le confirme en écartant l'éventualité de tout mal qui pourrait résulter de sa remise à l'encontre de l'honnête homme auquel il échoira. Les deux propositions complémentaires sont étroitement articulées l'une sur l'autre. Ces formules présomptueuses sont condensées dans un serment qu'est réputé prononcer à haute voix, pour le compte du vase, le remettant, donateur ou vendeur, au profit de celui qui le reçoit.

Si on récapitule, on s'aperçoit que l'inscription dite de *duenos* rassemble trois choses, dont à première vue l'association n'est pas évidente. D'abord le serment que le texte place en tête : *iovesat (iurat)* autrement dit le *ius iurandum*, l'acte de *ius iurare*, ce qui conduit tout

¹³² Ernout-Meillet, v. *bonus*, p. 73.

¹³³ Pisani, p. 9.

¹³⁴ Prat, p. 325; Peruzzi, p. 339; pour une autre solution, Dumézil, *Mariages*, p. 97.

¹³⁵ Peruzzi, p. 338.

¹³⁶ Pisani, p. 9.

¹³⁷ Peruzzi, p. 339.

¹³⁸ Pisani, p. 9; Prosdocimi, *SE*, 47 p. 182 qui envisage aussi d'autres hypothèses; Morandi, *Epigrafia italica*, Rome, 1982, p. 52, qui accepte *malom*.

droit à l'idée de *ius*, comme le confirme Naevius : *ius sacratum Iovis iurandum sagmine* (Fest. 426 L). Ensuite l'impératif : *statod*, qui est le pivot du serment. Enfin le bonheur et la prospérité que la formule procure au bénéficiaire. On savait que le *ius* s'exprime volontiers à l'impératif. En outre est vérifiée la relation étymologique entre *ius* et prospérité. Lorsque les linguistes ont défini *ius* comme formule et lui ont à travers ses correspondants en indo-iranien (*yoh*, *yaoz*) attribué une racine ayant le sens de bonheur, ils ont avancé deux propositions en apparence mal appareillées, mais qui se rejoignent et trouvent leur accord dans l'inscription de *duenos*.

À travers le cas particulier du *ius iurandum*, on s'aperçoit que le *ius* est la formule qui engendre la prospérité. Pour ce faire, elle use de l'impératif, qui exerce une contrainte sur les dieux. Or prospérité et impératif sont aussi réunis dans le *carmen arvale*, déjà cité. Ses versets ne méritent-ils pas le nom de *ius*, au même titre que le serment qui a les mêmes caractéristiques ? Ce sont dans les deux cas des formules sacrales qui parlent le même langage, pour faire plier les dieux et obtenir d'eux satisfaction. Il n'y a guère à distinguer la prospérité recherchée à l'aide du serment de celle que poursuit la prière. C'est la même et c'est elle qui est à la racine du mot *ius*. Il désigne la formule qui tend à cet état. Le serment n'est pas un cas isolé. Les *carmina* qui poursuivent le même but, en usant des mêmes moyens d'expression, peuvent difficilement se voir refuser la même qualification. *Ius*, impératif, prospérité forment un tout qui du serment à la prière ne diffère que par ses modalités. L'instrument, l'impératif, est le même et s'impose pareillement aux dieux. Identique est aussi le but, la prospérité que l'indo-iranien révèle à la racine du mot. La formule qui la procure s'appelle, sans doute, aussi bien *ius*, selon qu'elle revêt l'aspect de la *precatio* ou du serment. Or, le serment est lui-même une prière (Liv. 9, 5, 3 *precatioe res transigitur*), et on parle de *carmen* dans les deux cas (Liv. 1, 32, 8 *paucis verbis carminis concipiendique iuris iurandi mutatis*). Entre *ius iurandum* et *carmen* il y a une parenté qui ne s'efface pas ; elle illustre la fonction générale qui fut un jour celle du *ius*, comme formule demandant aux dieux prospérité.

L'impératif est la marque des *carmina* archaïques. Il survit assez largement dans les prières des Tables Eugubines (VI a, VI b, VII a), mais à Rome dans les temps historiques, sauf dans l'invocation *macte esto* (Cato agr. 132), il s'efface¹³⁹ au profit de tournures plus respectueuses de la volonté divine, comme cela se vérifie dans les prières catoniennes (p. ex. agr. 139, 141) ou la célèbre prière prononcée par l'Africain en 204 (Liv. 29, 27, 1-5 ; cf. Macrob. Sat. 3, 9, 7-11). On

¹³⁹ Occasionnellement on trouve la formule : *recte factum esto* (Macrob. sat. 3, 9, 119).

observe une accumulation expressive de termes corrélatifs, doublés ou triplés, bien plus fréquente que par le passé, qui contraste avec la sécheresse des *carmina* les plus anciens¹⁴⁰. Ces textes de facture plus récente ne reçoivent pas le nom de *ius*, comme ce fut sans doute autrefois le cas des prières à l'impératif qui les précédèrent. Ce mot a cessé de désigner la *precatio* qui revêt maintenant des formes différentes et n'a plus le même esprit. En particulier, aux *carmina* les plus anciens à l'impératif s'opposent des formules de supplication déférente comme *veneror*, *veniam peto*, telles qu'on les trouve dans le texte relativement récent de la *devotio*¹⁴¹ du général en chef, qui s'immole en vue de la victoire, ou dans le texte de l'*evocatio* apocryphe¹⁴² des dieux de Carthage en 146. On peut discuter sur les circonstances historiques qui amenèrent la rédaction de telles formules. Ce qu'il faut retenir, c'est que par le respect de la divinité, par le jeu accumulé de termes corrélatifs et surtout par l'absence de l'impératif elles sont dans une opposition radicale avec les *carmina* archaïques, qui relèvent d'une autre mentalité et emploient un autre style¹⁴³. La mutation des prières, dans le fond, dans la forme et dans le rythme, s'accompagne d'un élargissement du lexique sacerdotal qu'elles utilisaient. Pour s'en convaincre, il suffit de comparer la langue sèche et pauvre des *carmina* archaïques à l'efflorescence verbale des prières plus récentes. Ainsi voit-on s'introduire dans ce nouveau lexique les termes suscités : *veneror*, *venia*, qui font partie désormais de la langue pontificale (Serv. Aen. I, 519 *verbum pontificale*, à propos de *venia*), alors que ces deux mots n'ont pas de correspondants dans les prières des

¹⁴⁰ Luiselli, *Il problema della più antica prosa latina*, 1969, p. 162 suiv. ; dans un autre sens, Benvéniste, *Vocabulaire*, II, p. 156 suiv.

¹⁴¹ Liv. 8, 9, 6-8 : la *devotio* de Décimus Mus en 340 est légendaire comme on l'a clairement établi (voir en particulier Heurgon, *Capoue préromaine*, 1942, p. 268 ; Eisenhut, dans *Kl. Pauly*, I, 1501, pour un état de la question : la seule *devotio* authentique paraît être celle de 295, Liv., 10, 28). Pour une critique de l'authenticité des termes de la formule reproduite par Tite-Live pour l'année 340 : Latte, *R. Religionsgeschichte*, p. 5 n. 1 p. 204 n. 1 ; Luiselli p. 176-178. Récemment sur la nature de ce rite : Versnel dans *Entretiens sur l'Antiquité classique*, 27, *Le sacrifice dans l'antiquité*, 1981, p. 145-163. Sur les mots de la *precatio* : *veneror*, *veniam peto*, voir l'analyse pénétrante de Schilling, *Religion romaine de Vénus*, 2^e éd., 1982, p. 41-59. Mais le texte n'est pas archaïque, comme le confirme la présence du mot *auxilia*, selon une juste remarque souvent faite. Récemment sur la *devotio*. Guittard, dans *CRAI*, 1984, p. 581 suiv.

¹⁴² Macrobian. *sat.* 3, 9, 7-8. Voir Latte, p. 125 n. 2 ; cf. Dumézil, *Religion romaine archaïque*, 1974, p. 425 suiv.

¹⁴³ Sur d'autres aspects de la prière voir : Wagenvoort, *Pietas*, 1980, p. 197 suiv. ; Guittard, dans *Recherches sur les religions dans l'antiquité classique* (publiées par R. Bloch), 1980, p. 395 suiv. ; Versnel, *Faith hope and worship*, 1981, p. 1 suiv.

Tables Eugubines¹⁴⁴, qui conservent la marque archaïque de l'impératif.

On comprend sans peine que les invocations d'un style nouveau, qui n'exercent plus de contrainte abrupte sur la divinité à l'aide de formulations arides et autoritaires, ne reçoivent pas la qualification de *ius*. *Ius* en tant que formule se laissait identifier aussi bien dans le *ius iurandum* que dans les *carmina* les plus anciens, la langue étant dans les deux cas la même. Le style des nouvelles prières est étranger à celui du droit. Et c'est seulement dans les expressions comme *ius iurandum*, *iura*, *ius dicere*, que le mot *ius* conserve le sens de formule. Le texte des *precationes* de facture plus récente ne reçoit plus cette qualification. Mais si *ius* n'est plus le texte de l'invocation adressée aux dieux, il est devenu le droit et notamment le droit sacré. À ce titre, il régit les prières et leur emploi, comme cela se vérifie dans l'une d'elles chez Caton : agr. 139 *uti tibi ius est porco piaculo facere*... *Precatio* et sacrifice forment un tout (Plin. n. h. 28, 10 *quippe victimas caedi sine precatone non videtur referre*), et dans cette formule catonienne *tibi* ne se rapporte pas à *ius* mais à *facere*, comme dans une prière voisine à *fieri* (agr 132 *quod tibi fieri oportet*). Par *ius est* dans le *carmen* du chapitre 139, il faut entendre non une prérogative du dieu, non une sorte de droit subjectif, mais les règles qui entourent le recours à la prière et au sacrifice concomitant. Les archives sacerdotales codifient le droit sacré et en particulier les prières. De ce point de vue, celles-ci sont sous la dépendance du *ius* au sens nouveau du mot.

En Étrurie, l'unique citation que l'on possède du livre sacré, *liber qui inscribitur «terrae iuris Etruriae»* (Serv. Aen. 1, 2)¹⁴⁵, a trait au serment comme pièce de choix d'un droit rebelle à la laïcisation, comme on l'a remarqué¹⁴⁶. Dans la transposition latine de telles institutions, la formule sacramentelle reste au service du *ius*, selon le titre attribué au recueil étrusque.

* * *

À Rome, dans un droit civil de bonne heure laïcisé *ius* a vite acquis, comme en droit sacré, le sens de droit et n'a conservé que dans certaines expressions celui de formule. Ce passage à un sens nouveau est chose faite dans la rédaction des XII tables, où on relève

¹⁴⁴ Schilling, *Religion romaine de Vénus*, p. 51.

¹⁴⁵ Pour une lecture correcte du texte voir l'*Editio Harvardiana* 1946.

¹⁴⁶ Mazzarino, *Iura* 1961, p. 26, qui note le rôle du serment en Étrurie; cf. Pfiffig *Religio Etrusca*, 1975, p. 114, qui rattache ce *liber* à la délimitation du sol.

des tournures comme: *iure caesus esto* (8, 12), *rebusque iure iudicatis* (3, 1), *ita ius esto* (5, 3; 6, 1). La clause «*ex iure Quiritium*» de la *vindicatio* (Gaius 4, 16) fait partie de cet ensemble. De même, par *ius-tus* il faut entendre: conforme au droit. Cet adjectif apparaît déjà dans le célèbre cippe du forum (*iovestod*), ancien mais difficile à dater. Anciennes sont aussi les expressions: *sacramentum iustum*, *iustae nuptiae*, *iusta auspicia*, *iustum imperium* (Liv. 22, 1, 5, au point de vue auspicial), *dies iusti* (XII t. 3, 1). Par *iusta facere*, on désigne l'accomplissement des rites funéraires, prescrits par le droit sacré. A ce propos, il convient de rappeler les expressions *iusta funebria* (Liv. 1, 20, 7; Caes. B. G. 6, 19, 4) ou *iustum funus* (Cic. *prov. cons.* 45). C'est seulement à titre dérivé que *iusta facere* a pris le sens plus subjectif de devoirs que l'on rend aux morts¹⁴⁷.

Ius, mis à part le verbe *iurare* qui en dérive, conserve le sens de formule dans quelques emplois topiques. On a raison de penser qu'il survit parfois dans le pluriel *iura*. *Iura dare* n'est pas une expression technique mais littéraire, surtout poétique, teintée d'archaïsme, grâce à laquelle on traduit commodément l'idéologie du roi-législateur (par ex. Liv. 1, 8, 1 *iura dedit*) et celle du roi-juge (p. ex. Virg. *Aen.* 7, 246 *cum iura vocatis more daret populis*). Ces *iura* que le roi octroie sont les versets normatifs de ses lois; ce sont aussi les sentences qu'il rend et qui sont appelées à faire jurisprudence à titre de précédents. Sous ce dernier aspect, l'image de la Grèce n'est pas loin¹⁴⁸. À Rome, les anciens rois sont réputés avoir distribué un faisceau de formules juridiques, soit sous forme de lois, soit sous forme de jugements aussitôt dotés de la même autorité¹⁴⁹. Dans *l'Epidicus* de Plaute, le législateur est *legum atque iurum fitor* (523)¹⁵⁰. Son œuvre est un ensemble de *leges* et de *iura*, c'est-à-dire d'articles ou de versets. Les deux mots, *lex* et *ius*, sont ici interchangeables, et *ius* conserve son sens archaïque, alors que souvent ailleurs par rapport à la loi il n'en est que le contenu, au sens abstrait de droit, ou même le complément, lorsqu'il s'agit du droit non écrit qui s'ajoute à elle.

C'est la procédure civile qu'il faut interroger de préférence. C'est chez elle que *ius* survit le mieux dans son acception première, qu'il

¹⁴⁷ Sur *iusta facere*, Behrends dans *Symptotica Fr. Wieacker*, 1970, p. 17 suiv.; cf. Tondo, *Labeo*, 1970 p. 80-90.

¹⁴⁸ Bonner et Smith, *The administration of justice from Homer to Aristotle*, 1930, I, p. 9 suiv.

¹⁴⁹ Sur *iura* comme formules de droit, Benvéniste, *Vocabulaire*, II, p. 114. Sur *iura dare*: Coli (*SDHI*, Rome 1951), *Regnum*, p. 114 suiv.; Gioffredi, *Diritto e processo*, 1955, p. 69 suiv.; Kaser, *R. Zivilprozessrecht*, 1966, p. 28 n. 25.

¹⁵⁰ Sur ce texte Benvéniste, II, p. 114. Pour d'autres associations de *iura et leges* Plaut. *Epid.* 292 *iura qui et leges tenet*; Most. 126 *docent litteras, iura, leges*.

s'agisse des plaideurs, du juge ou du magistrat. Dans le *sacramentum in rem*, lorsque le premier plaideur (*qui prior vindicaverat*) questionne l'autre sur la *causa* de sa *vindictio*, ce dernier répond : *ius feci, sicut vindictam imposui* (Gaius 4, 16). Ces quelques mots n'ont pas fini d'embarrasser les interprètes. *Ius facere* est apparu comme une expression insolite, à laquelle on a préféré autrefois la lecture : *iure feci*; et même quand on a renoncé à celle-ci, on a été souvent fidèle à la signification plus que banale qu'elle propose¹⁵¹. Il n'est guère plus profitable d'opposer *ius facere* à *iniuriam facere* par référence au verset décemviral : 8, 4 *si iniuriam alteri faxsit, XXV poenae sunt*. L'*iniuria* comme violence légère n'est nullement, dans ce sens précis, l'antithèse de *ius*. Dans la langue de l'ancien droit, c'est *iniuria vindicare* dans le dialogue des plaideurs (Gaius 4, 16) qui s'oppose à *ius facere*. *Iniuria* a alors son sens général de négation du droit (*quod non iure fit*).

Peut-être aurait-on pu penser à un vers d'Ennius cité par Nonius Marcellus (812 L; 505 M), qui dans le manuscrit contient les mots *aecum accius fecisse*, que l'on a parfois compris comme *ac ius fecisse* ou bien comme *ac ius fuisse*. Les spécialistes d'Ennius sont partagés. Vahlen (*Ennianae Poesis Reliquiae*, scen. 148) lit : *ius atque aecum fecisse*, pour respecter l'ordre habituel des mots (scen. 189). War-mington (*Remains of old Latin*, I, p. 270) lit : *aecum ac ius fecisse*. Jocelyn (*The tragedies of Ennius*, 1967, p. 100, 289) pour des raisons de prosodie corrige en *aecum ac iustum fecisse*. Tant que l'on n'y verra pas plus clair, ce vers n'est guère utilisable, et pour comprendre la réponse du plaideur en *legis actio* il faut s'en tenir aux éléments du dialogue devant le magistrat.

Lorsque le second plaideur dit : *ius feci*, il renvoie à la clause «*ex iure Quiritium*» de la formule vindicatoire, qu'il a prononcé comme l'autre plaideur mais après lui : *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*. Lui aussi, à l'exemple du demandeur a déjà rappelé qu'il a prononcé ces mots : *sicut dixi*, a-t-il déclaré au début de l'affaire. En disant maintenant *ius feci*, il procède une deuxième fois à ce rappel. A cet instant, il évoque simultanément la formule vindicatoire, prononcée précédemment, et le geste qui l'a accompagnée alors : *sicut vindictam imposui*. Or, *vindictam imponere* n'a en latin qu'un sens : placer la baguette sur l'objet de la *vindictio*. C'est ainsi que Gaius entend les choses, et il n'y a pas à dire qu'il s'est trompé. Dans l'affranchissement par la vindicte, cette expression, aussi haut que l'on remonte, désigne ce rite (Hor. *sat.* 2, 7, 76 *ter vindicta quaterque imposita*). Dans ce type d'affranchissement, *vindicta* a toujours

¹⁵¹ Sur la question, Noailles, *Fas et ius*, p. 78; Wolf dans *Römisches Recht in der europäischen Tradition*, 1985, p. 23.

signifié baguette¹⁵², et il ne saurait être question de lui prêter un sens abstrait dans le *sacramentum in rem*. Dans ces deux procédures, les mêmes mots désignent la même chose, d'autant plus que l'une est la copie de l'autre; l'affranchissement par la vindicte ne fait que reproduire sur le mode gracieux les formes de cette action de la loi, lorsqu'elle est mise au service du procès de liberté. Aussi bien, lorsque le plaideur dans sa réplique associe *ius facere* et *vindictam imponere*, il ne fait que rappeler qu'au début du procès il a uni le geste à la parole. Il affirme à présent qu'il a prononcé alors une formule véridique : *ius feci*, la formule vindicatoire. Et il n'omet pas d'ajouter que cette déclaration solennelle avait été ponctuée par un rite, lorsque la baguette avait été placée sur l'objet du litige. Ainsi compris, *ius facere* est une expression qui cesse de surprendre; pour s'en convaincre, il suffit de la rapprocher d'une autre analogue : *verba facere*.

Si ces remarques sont exactes, elles peuvent contribuer à éclairer la fonction du *iudex* au début de sa carrière. Le mot se décompose en *ius* et *dicere*, mais on s'égare si on entend par là «dire le droit». Les choses n'ont pas commencé de la sorte. La racine *dik*, comme en grec δείκνυμι, a pour sens «montrer». *Iudex* est «celui qui montre le droit» (Ernout-Meillet, 4^e éd., p. 172), de même que *vindex* (*vim dicere*)¹⁵³ est celui qui montre et dénonce la violence d'un tiers à l'encontre de sa victime. À la rigueur, on pourrait pour *iudex* s'en tenir à l'idée de montrer le droit au profit de l'un des plaideurs. Mais le sens paraît plus précis. Le plaideur qui déclare : *ius feci*, manifeste qu'il a prononcé la bonne formule. *Ius* a sans doute, la même valeur dans le composé *iudex*. Le juge est celui qui indique laquelle des formules prononcées par les deux parties est la bonne. D'un mot à l'autre, la continuité paraît parfaite dans le très ancien droit.

Du temps où le roi et ensuite le magistrat supérieur jugeaient, provient la qualification de *iudex* qu'a conservé le consul (Varro, *lingua lat.* 6, 88; Cic. *leg.* 3, 8; Liv. 3, 44, 9; 3, 55, 11). Sur une monnaie d'environ 70 av. J.-C., *iudex* est encore appelé le roi Tatius ou Numa (Sydenham n. 905; Crawford n. 404). On savait qu'avant la bipartition du procès civil les rois avaient joué le rôle de juge, en dépit d'une attribution légendaire de cette bipartition à Servius Tullius (D. H. 4, 25). Dans l'expression peu étudiée, *iudicium imperium* ou *imperium iudicium* (*Lex repet.* 72; *lex agr.* 87; Sall. *Cat.* 29, 3; Cic. *leg. agr.* 2, 34)¹⁵⁴, survit en style technique la qualification archaïque de la double compétence de la magistrature supérieure: *imperium* militaire au

¹⁵² Plaut. *Curc.* 212 *vindictam para*; Cic. *Rab. perd.* 16 *vindicta una liberat*.

¹⁵³ Cette étymologie de *vindex* a déjà été indiquée plus haut; ajoutons Wesener, *RE Sup.* 14 (1974), s. v. *vindex*, 886.

¹⁵⁴ J'ai étudié cette expression : *MEFRA*, 1977, p. 28 suiv.

sens pur du mot¹⁵⁵, et pouvoir civil défini par sa manifestation la plus haute, *iudicium*, la juridiction, que le consul perdit vite en justice civile au profit du *iudex unus*, et conserva plus longtemps en vue de la repression des délits politiques, jusqu'au moment où l'institution de la *provocatio ad populum* le dissuada de prononcer des sentences capitales, pour ne pas subir l'affront de les voir casser par le peuple. Dans la vieille expression *iudicium imperium*, le *iudicium* a commencé par être le pouvoir du *iudex* ou premier personnage de la cité. Le roi et les consuls jugeaient les affaires civiles, avant que se généralise la bipartition du procès. Lorsque le magistrat supérieur perdit au civil le pouvoir de juger, il conserva le titre de *iudex* devenu pour les procès privés purement nominal, alors qu'il gardait toute sa valeur¹⁵⁶ au criminel, tant que le consul conserva la juridiction capitale. Entre ce titre de *iudex* porté par le consul et l'activité *ius dicere*, que le magistrat exerce dans la première phase du procès civil, il n'y a aucune relation, quoi qu'on ait pu dire¹⁵⁷. Ce *ius dicere* de l'époque historique n'a rien de commun avec les mêmes termes qui ont autrefois servi à composer le mot *iudex*. Dans cette locution plus récente *ius dicere*, *dicere* n'a plus le sens premier de montrer et signifie simplement dire. Mais quoi?

Dans les lois républicaines, *ius dicere* se présente avec ambiguïté. Ou bien est désignée par là, en général, l'activité que le magistrat exerce *in iure* (*Lex plaetoria de iurisdictione*, Bruns n. 1, *Lex papiria de sacramentis*, Bruns n. 4). Ou bien dans diverses lois, en des énumérations où cette locution est en tête, elle paraît définir un acte précis du magistrat, distinct de la suite, en particulier de la *datio iudicis* et du *iussus iudicandi*¹⁵⁸. Bekker¹⁵⁹ n'a eu aucune peine à reconnaître en *ius dicere* une déclaration faite par le magistrat au début du procès, mais dont le contenu reste à préciser. Cette place préliminaire correspond à l'ordre des énumérations des lois républicaines. Cela exclut l'hypothèse facile que dans les premiers temps de la bipartition l'acte de *ius dicere* ait pu se situer à la fin du procès et ait été la proclamation par le magistrat du jugement élaboré par le juge. Le *iudex privatus* proclame lui même son jugement, et cette hypothèse se heurte à

¹⁵⁵ Sur le sens premier d'*imperium* Heuss ZS, 64, 1944, p. 57 suiv., mais tous les corollaires de ce savant ne sont pas acceptables : Kaser, *Das altrömische Ius*, p. 349 suiv.

¹⁵⁶ De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, 1937, p. 17 n. 2.

¹⁵⁷ Sur ce problème, Heuss, p. 89.

¹⁵⁸ Voir les textes cités par De Martino, *Giurisdizione*, p. 57 suiv. p. 142 ; Luzatto, *Procedura civile romana*, 1948 II, p. 196 ; sur la question, Pugliese, *Processo civile romano*, I (1962), p. 151 suiv.

¹⁵⁹ Bekker, ZS, 27, 1906, p. 1-12.

une autre difficulté. Autre chose est le *ius dicere* du magistrat à l'entrée du procès, et autre chose le *iudicatum* (XII t. 3, 3) du juge à la fin. Malgré la parenté des mots, les choses sont profondément différentes, et il n'y a pas à chercher entre elles de conciliation.

On a proposé de voir en *ius dicere* l'énoncé par le magistrat de la règle de droit qui convient au procès. Et par là même on s'est rapproché de la solution du problème. Toutefois, il est peu probable que au début de l'affaire soit proclamée la règle qui sera appliquée à la fin. Dans l'ancien droit, les règles de droit sont rares et ce sera le rôle de la jurisprudence non du magistrat, de les préciser. Par contre, c'est la fonction du magistrat de mettre la justice au service des plaideurs ou éventuellement de refuser l'action. Les XII tables contiennent, en leur temps, la somme des actions civiles¹⁶⁰, et le magistrat les délivre¹⁶¹. Il n'a pas au début du procès à se prononcer sur le fond du droit, ce sera la mission du juge. Par *ius dicere*, il s'agit plutôt d'énoncer le précepte légal qui autorise l'action. Sans doute, ce sera très précisément la récitation d'un verset décemviral propre à chaque action. À ce compte, *dicere* a son sens courant de dire, et *ius* continue à désigner une formule, celle de la loi. Ce *ius dicere* du procès décemviral en deux phases n'a rien à voir avec le *ius dicere* des temps plus anciens qui transparaît dans la composition du mot *iudex*, du temps où cette bipartition n'existait pas encore. Quand le roi ou le consul au début de la république, l'un et l'autre *iudex*, jugeait, il départageait les plaideurs non en disant le droit, mais en montrant, au sens premier de *dicere*, de quel côté il se trouvait, c'est-à-dire en indiquant laquelle des formules (*ius*) des deux plaideurs était véridique. Le *ius dicere* décemviral est tout autre chose, il ne conclut pas le procès, il l'ouvre. Il n'est plus ici question de jugement, mais d'une déclaration préliminaire qui lui prépare la voie. Le seul point commun entre le mot *iudex*, pris dans son sens étymologique, et l'acte de *ius dicere*, désormais étranger au juge, c'est que d'une étape à l'autre *ius* conserve son sens de formule, mais il ne s'agit pas de la même.

* * *

En conclusion, le fond et la forme coïncident dans le développement des institutions archaïques. Un relevé méthodique a permis de leur reconnaître une source sacrée ou à la rigueur magique, qu'il

¹⁶⁰ Voir mes *Actions civiles*, 1954, chap. I; Kaser, *Studi Donatuti*, 1973, II, p. 541 suiv.; ZS, 1984, p. 20 suiv.

¹⁶¹ Sur l'acte d'*actionem dare* à l'époque ancienne, Kaser, *R. Zivilprozessrecht*, p. 29, 57.

s'agisse de droit public, criminel ou privé (I). En outre (II), la langue du droit est, elle aussi, issue de la religion : l'impératif des lois républicaines a pour prototype celui des versets normatifs des archives sacerdotales ou des *leges templorum*. Dans les actes juridiques, ce même mode ou la première personne de l'indicatif trouvent des correspondances dans les *carmina* du culte ou les formules des actes de droit sacré. Le mot *ius* lui-même appartient étymologiquement au plus ancien lexique religieux, comme cela se manifeste en particulier dans le verbe *iurare* et dans le mot *ius iurandum*. Dans la langue archaïque, *ius* est la formule et ce sens survit encore en procédure civile (*ius feci*; *ius dicere*). Le sens plus récent de droit est commun au vocabulaire sacerdotal et aux XII tables.

III

Au milieu du V^e siècle, le code décemviral est pour l'essentiel laïc. Les exceptions à ce principe sont rares et faciles à justifier. La laïcisation du droit privé et de la justice civile était à cette époque un fait accompli. La *sponsio* et la *legis actio per sacramentum*, par exemple, se sont libérées de leurs attaches religieuses. C'est en droit pénal que l'on observe quelques dérogations au principe de laïcité qui domine les XII tables. Si elles font place à certains délits religieux entraînant la consécration du coupable, le *malum carmen* (8, 1) ou chant magique mettant une vie humaine en péril, les sortilèges contre les moissons (8, 8) et le vol nocturne de la moisson sur pied, lequel est une offense à Cérès (8, 9), c'est que ce code dresse la somme des crimes punis de mort en droit commun. Pareillement, en cas de meurtre involontaire, la loi (8, 24 a) rappelle le bélier qui sert à assouvir la vengeance des proches du défunt, parce que cette disposition complète celle qui sanctionne le meurtre volontaire, connue simplement par une allusion de Pline l'Ancien (*n. h.* 18, 3, 12). On ne relève dans les XII tables qu'un seul cas de sacerté, qui atteint le patron infidèle à ses devoirs envers le client (8, 21). Cela s'explique par l'importance que les décemvirs accordent aussi à d'autres points de vue au patronat (5, 8).

La table X, d'après sa reconstitution classique, traite des funérailles, mais ne contient pas de droit sacré. Elle ignore le culte des morts et le droit des tombeaux. Son but est de limiter le luxe funéraire, et, ce faisant, elle confirme l'austérité du droit antérieur, telle qu'elle se manifeste grâce à l'archéologie dans le Latium¹⁶², par contraste avec

¹⁶² Wieacker, *RIDA*, 1956, p. 475; Colonna, *PP*, 1977, p. 158 suiv.; J. O. Meyer *Pre-republican Rome*, 1982, p. 163 suiv.

le faste des tombes étrusques. Cette même table contient des mesures de police dont l'origine sacrale est effacée. Elle interdit *in urbe* inhumation et incinération (10, 1), moins par souci de pureté religieuse que pour préserver l'hygiène et la sécurité du lieu (Isid. *orig.* 15, 11, 1). De même, pour écarter les risques d'incendie, le bûcher du mort doit être dressé à plus de 60 pieds des habitations (10, 9).

Les décemvirs ont rédigé un code laïc et n'ont fait que de rares emprunts au droit sacré, qu'ils ont laissé à sa place dans les archives sacerdotales. De celles-ci, à une date inconnue, on a groupé quelques extraits, qui ont formé un recueil placé sous l'autorité des rois. Des lois de Numa sont citées au II^e siècle par Cassius Hemina (ap. Plin. *n. h.* 32, 2, 20) et par Calpurnius Piso consul en 133 (ap. Iohan. Lyd. *mens.* p. 179 Wünsch)¹⁶³. Et Tite-Live (6, 1, 10) s'inquiète du sort des lois royales au lendemain de la catastrophe gauloise, sans qu'on puisse mesurer la portée de son propos. Le recueil, publié à la fin de l'ère césarienne sous le nom de *Ius Papirianum*¹⁶⁴, énumérait, comme l'a bien vu Mommsen¹⁶⁵, un peu oublié aujourd'hui sur ce point, les devoirs religieux des particuliers, abstraction faite du culte privé. Leur violation donnait lieu soit à un *piaculum* soit à l'*impietas* du coupable. Ces dispositions étaient de diverses sortes. Ou bien, comme à propos de la sépulture du foudroyé ou de la femme enceinte, elles ne concernaient que la religion; ou bien elles apportaient des compléments au droit civil en entourant de correctifs l'exercice des puissances domestiques¹⁶⁶, par exemple au sujet de l'exposition des enfants ou la répudiation de la femme. Ce recueil pontifical faisait pendant aux XII tables, et ces deux monuments de taille inégale définissaient la condition des citoyens sur les deux registres du droit civil et du droit sacré. Parfois mais rarement, il arrive que les mêmes mesures figurent à la fois dans le code décemviral et dans les lois royales. Tel est le cas pour la vente du fils, la condition des vestales en droit privé, le sort des enfants monstrueux, la sacerté du patron coupable de *fraus*, l'*aries* qui rachète le meurtre involontaire. Ces deux recueils ont le même style, et cette similitude a pu rendre chancelante l'attribution de certains versets à l'un ou à l'autre¹⁶⁷.

À un autre point de vue, le droit des XII tables est laïc. Le mot *ius* n'y a plus la moindre résonance sacrale. Soit qu'il désigne le droit,

¹⁶³ Gabba, *Athenaeum*, 1960, p. 200-207; Mazzarino, *Atti del II congresso della società ital. di storia del diritto*, 1971, p. 448 suiv.

¹⁶⁴ Mommsen, *Staatsrecht*, II, p. 43; Schanz, *Geschichte der r. Literatur*, 1907, I, p. 43; Carcopino, *MEFR*, 1937, p. 352.

¹⁶⁵ *Staatsrecht*, II, p. 42.

¹⁶⁶ Kaser R. *Privatrecht*, I, p. 61.

¹⁶⁷ Wieacker *Hom. Dekkers*, 1982, p. 214 n. 5.

soit qu'il désigne une formule juridique, en matière civile il n'a plus rien à voir avec la religion. Le droit civil dès avant les décemvirs est séparé du droit sacré. Et si le mot *ius* s'applique à l'un et à l'autre, entre eux il n'y a plus guère d'interférence. Mais dans un domaine comme dans l'autre au premier âge républicain, *ius* a deux aspects : il est le droit, mais il reste aussi dans une certaine mesure la formule. S'agissant de religion, ce deuxième sens survit longtemps dans le verbe *iurare* et dans *ius iurandum*. Pareillement, les deux sens coexistent dans la langue des anciennes institutions civiles. Quand par exemple les décemvirs écrivent : *iure caesus esto*, ou quand sous l'empire de leur loi les plaideurs revendiquent *ex iure Quiritium*, on a affaire au droit sous sa forme civile. À côté de ce sens prédominant, *ius* a conservé celui de formule, sinon dans les versets qui ont survécu des XII tables, du moins dans certaines expressions qui en dépendent, comme *ius dicere* ou *ius feci*. *Ius dicere* c'est sans doute, avons-nous dit, la récitation par le magistrat du verset décemviral sur lequel se fonde l'action du demandeur. *Ius* dans le sens de formule éclaire une partie fort importante des XII tables. Les mêmes versets qui sont récités par le magistrat servent à autoriser les *verba* des plaideurs. Tout un lot de dispositions décemvirales sont propres aux actions civiles. En outre, la loi prévoit les principaux actes juridiques, qui jusque-là ne reposaient que sur un droit non écrit. Qu'il s'agisse des *verba* de la justice civile ou de ceux des *negotia*, la loi confère l'empreinte de la légitimité aux uns et aux autres. Le mot *ius* dans le sens de formule concerne à un double point de vue les XII tables. D'abord, comme le note Benvéniste¹⁶⁸, l'ensemble de leurs dispositions forment un « recueil » de *iura*, dans le sens où la langue littéraire parle de *iura dare* pour l'activité législative des rois. Cette loi est un recueil de versets rédigés dans un style lapidaire. Ensuite, les formules que prononcent les citoyens, aussi bien en justice que à l'occasion d'un acte privé, méritent également le nom de *ius*, comme cela se manifeste dans la déclaration : *ius feci*, si bien qu'on peut parler de *iura* tant à propos des versets de loi que des paroles qu'elle autorise dans la bouche des citoyens.

Les XII tables légitiment les principaux actes juridiques, et cette légitimation s'étend à ceux qui en sont dérivés, sans que l'on sache toujours au juste si l'acte dérivé est contemporain de la loi ou lui est postérieur. La loi prévoit l'acte *per aes et libram* sous la forme du *nexum* et de la mancipation (6, 1), le testament (5, 3), l'*in iure cessio* (6, 5 b), la *sponsio* (Gaius 4, 17 a), tout en faisant place aux *vades* (1,

¹⁶⁸ Benvéniste, *Vocabulaire*, II, p. 114.

10)¹⁶⁹. Au *nexum* se rattache la *nexi liberatio*, elle est contenue dans le mot *nexum* de la loi (Fest. 160 L). Et, sous une forme plus récente, la *solutio per aes et libram* se recommande des XII tables à l'aide de la clause *secundum legem publicam* (Gaius 3, 174). La *coemptio* et la *mancipatio familiae* sont aussi des variétés de l'acte libral. L'*acceptilatio* est un dérivé de la *sponsio*. L'affranchissement par la vindicte est un dérivé de l'*in iure cessio*. D'une manière générale, les actes formels trouvent directement ou indirectement un support dans la loi. Les exceptions sont faciles à comprendre. La *confarreatio* est un acte de droit sacré et, comme tel, absent d'un code laïc. L'*adrogatio* tire sa force d'un vote des curies, elle n'a pas besoin d'un appui dans le code décemviral.

Lorsque ce code légitime les actes juridiques, il ne s'attache pas à leurs éléments gestuels et à la présence des témoins. Ces aspects de l'acte sont sous-entendus dans sa dénomination (p. ex. *mancipium*, *nexum*). Ce que la loi légitime avant tout, c'est la formule prononcée par les parties. Pour une raison bien simple : cette formule est le *ius* par excellence. À cette méthode du législateur, déroge le traitement qu'il réserve à la *sponsio* (Gaius 4, 17 a). Au lieu de s'inquiéter de ses *verba*, il se contente de mettre à son service la procédure simplifiée de *iudicis arbitrive postulatio*. Il était inutile de se préoccuper de la promesse «*spondeo*», parce que le terme a une origine sacramentelle et pour cette raison se suffit à lui-même. Au contraire, les décemvirs à propos de l'acte *per aes et libram* et du testament comitial en deux versets célèbres concentrent leur attention sur les formules. *Uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, disent-ils pour l'acte libral, légitimé par cet adage. Paul rappelle cette légitimation en ajoutant qu'une autre concernait l'*in iure cessio* : *Vat. 50 et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat*. S'agissant de la mancipation, ce que la loi confirme c'est la formule de l'acquéreur. Une interprétation abusive dénatura la fonction de l'adage¹⁷⁰ en le faisant porter sur les *leges mancipii* de l'aliénateur (D. 2, 14, 48), encore qu'elles n'aient en général qu'une valeur déclarative, et surtout sur la *nuncupatio* du testament libral (Cic. *de orat.* 1, 245), prononcée par le disposant. Mais cette utilisation du texte légal à des fins nouvelles ne parvint pas à effacer le sens premier. Lorsque Paul déclare que la loi *confirme* la mancipation, il a en vue la formule principale prononcée par l'acquéreur, et non les clauses accessoires, introduites par l'aliénateur, ou le testament que la jurisprudence greffa sur l'*emptio familiae*.

¹⁶⁹ Sur les actes dérivés, créés par l'*interpretatio* pontificale, voir Polay, *Acta classica Univ. scient. Debrecen.*, 1983, p. 49 suiv.

¹⁷⁰ Voir mon résumé du problème dans *RIDA*, 1981, p. 139.

L'adage : *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* (5, 3), définit la liberté de tester, comme le rappelle Quintus Mucius à travers son commentateur Pomponius (D. 50, 16, 120). *Legare* est le dénominatif de *lex* et signifie *legem dicere* : le testament est la *lex dicta* qui règle le sort du patrimoine, *suae rei*, au datif. *Super pecunia tutelave* est une incise qui précise sur quoi portent les dernières volontés. «Léguer» est un sens plus récent de *legare*, qui commande non pas un datif comme dans les XII tables (*suae rei*), mais l'accusatif. Dans cette loi, il ne s'agit pas de *Legatentestament* lié à la mancipation, mais de testament comitial sous forme de *lex* que prononce le disposant devant les curies¹⁷¹. Comme toute loi, celle-ci est rédigée à l'impératif : *heres esto, tutor esto* (Gaius, I, 149), *liber esto* (Gaius, 2, 185), *sumito, capito* (Gaius 2, 193). La présence des curies n'est pas de trop pour prendre acte d'une loi individuelle qui déroge à l'ordre légal de la succession *ab intestat*. Le sigle QRCF, autrement dit *quando rex comitiavit fas*, marque dans le calendrier les deux seuls jours de l'année, 24 mars et 24 mai, où le testament comitial est possible¹⁷². Quand le roi d'abord, et à sa place en des temps plus récents les pontifes, en ont fini avec l'acte de *comitiare*, la partie faste de ces *dies fissi* commence. Par *comitiare* il faut entendre la présidence de l'assemblée. Les comices calates ont été tenus pendant la partie néfaste de ces deux journées. Cela ne se conçoit qu'en l'absence de vote populaire, lequel requiert un temps faste. Mais il n'y a aucune incompatibilité entre temps néfaste et comices, dès l'instant qu'ils ne sont pas délibérants. De même, aux nones, qui sont tantôt fastes tantôt néfastes, a lieu régulièrement l'assemblée calate devant laquelle le roi des sacrifices annonce les fêtes du mois.

En somme, dans les deux adages : *uti lingua nuncupassit* et *uti legassit*, les décemvirs ont pratiqué la même méthode. Dans les deux cas, ils n'ont retenu de l'acte que la formule, et omis de préciser ses autres éléments, en particulier la participation des témoins, fussent-ils cinq ou le total des curies. Les décemvirs ont légitimé l'acte *per aes et libram* et le testament comitial à l'aide des mêmes mots : *ita ius esto*, qui garantissent l'efficacité de la formule : soit la *lex dicta* du testateur, soit la *nuncupatio* de l'acquéreur. Et à travers la formule c'est l'acte tout entier que reconnaît la loi.

À l'égard des *verba* prononcés par les plaideurs au cours de la justice civile, le comportement des décemvirs est le même. Ils prennent soin de les légitimer. Le bilan décemviral des actes juridiques a

¹⁷¹ En faveur de cette interprétation voir mon article dans *Hom. Schilling* 1983, p. 159; Albanese, dans *Poteri Negotia, Aziones nella esperienza romana arcaica*, 1984, p. 118.

¹⁷² Voir mon étude, *RHD*, 58, p. 5 suiv.

pour pendant celui des *legis actiones*. Comme leur nom l'indique¹⁷³, elles reposent sur la loi, ainsi que le remarque Gaius (4, 11), et à cette remarque il en ajoute une autre, qui a causé souvent une inutile perplexité : *quia ipsarum legum verbis accomodatae erant (actiones)*¹⁷⁴, et il donne l'exemple d'un procès que perdit un plaideur parce qu'il avait parlé de *vites* au lieu d'*arbores*. Il existe une correspondance entre les termes de la loi et les *verba* des plaideurs. Les XII tables légitiment simultanément les actions et les formules prononcées *in iure*. Les deux choses vont de pair, et entre les deux remarques de Gaius il n'y a pas à choisir pour savoir laquelle explique le mieux l'expression *legis actio*. Les décemvirs restent fidèles à leur propos de ne tenir pour valables dans la bouche des citoyens que les *verba* qu'ils ont eux-mêmes autorisés, qu'il s'agisse de justice civile ou de *negotia*. Mais ni dans un domaine ni dans l'autre, cela ne signifie que la loi dicte aux parties les paroles qu'ils doivent prononcer. Elles sont simplement autorisées mais non publiées par le législateur, et on exige d'elles seulement une certaine conformité avec les termes de la loi. Ce que les décemvirs ont en vue c'est que le *ius* en tant que formule ait toujours une assise légale.

La justice civile était au cœur de la querelle patricio-plébéienne, et pour limiter l'arbitraire des magistrats patriciens il importait que la loi fit connaître aux plaideurs les voies de droit dont ils pouvaient disposer. Les XII tables ne se contentaient pas de décrire les *modi lege agendi*, elles contenaient aussi les actions qui étaient intentées à l'aide de ces procédures. Toutes les actions civiles sont alors *ex lege*, et on s'interroge pour savoir si après les XII tables ce principe toléra quelques exceptions, sinon dans le cadre de la *legis actio* au moins au début de la procédure formulaire¹⁷⁵. À propos des actions *in personam*, le code décemviral n'offre aucune ambiguïté, il en contient le bilan¹⁷⁶. Mais les *vindicationes* appellent quelques éclaircissements. Elles s'intentaient à l'aide de la procédure du *sacramentum*, dont la

¹⁷³ Sur l'origine de l'expression *legis actio*, Kaser, *Studi Donatuti*, II, p. 544. On discute pour savoir de combien cette expression est postérieure aux XII tables.

¹⁷⁴ Sur la question Kaser *cit.*, p. 541; Gioffredi, *Nuovi studi di diritto greco e romano*, 1980, p. 184 suiv.; du même *Studi Sanfilippo* III p. 327. Il convient à côté de Gaius de citer aussi Pomponius D. 1, 2, 2, 6 *deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent*.

¹⁷⁵ Il s'agirait de l'*actio operarum* et de l'action *ad exhibendum*; cf. Kaser, *Studi Donatuti*, II, p. 542 suiv.; on s'interroge aussi sur la sanction la plus ancienne du *mutuum*. Pour ces actions d'origine incertaine il est arbitraire de supposer l'emploi de la *legis actio*, voir Kaser, *ZS*, 1984, p. 22-23.

¹⁷⁶ Kunkel, *Fest. Koschaker*, II, p. 4 n. 4; voir mes *Actions civiles*, 1954, p. 12 suiv.

loi avait précisé les principales formalités (6, 5 a *si qui in iure manum conserunt*). C'était l'*actio generalis* (Gaius 4, 13), qu'employaient les plaideurs chaque fois que la loi n'en avait pas indiqué une autre. Aussi à propos de chacune des différentes *vindicationes* était-il inutile que la loi fit un renvoi à cette *legis actio*. Les décemvirs n'avaient même pas pris la peine de prévoir chaque *vindicatio*, ils se bornaient à définir les situations juridiques correspondantes. Pour la *rei vindicatio*, il leur suffisait d'avoir fait connaître les principales sources de la propriété : usucapion (6, 3), mancipation (6, 1), dispositions testamentaires (5, 3), succession *ab intestat* (5, 4). Le régime de la propriété était aussi celui des servitudes archaïques, qui étaient des *res mancipi*. D'une manière générale, au lieu de déployer tout l'éventail des *vindicationes*, les décemvirs font la somme des droits absolus qu'elles protègent. Dans ce domaine, l'attention du législateur s'était portée sur le fond du droit, non sur les actions en justice. Il avait suffi une fois pour toutes de décrire l'*actio generalis*. La loi ne parlait pas ensuite de chaque *vindicatio*, mais elle contenait le bilan de chacun des droits absolus au service desquels était mise la procédure du *sacramentum*.

Absolus sont les droits que l'on revendique en justice *ex iure Quiritium*. Ils sont opposables à tous, comme l'exprime cette clause absente des actions *in personam*. L'exemple le mieux connu est la propriété¹⁷⁷. On vient de voir que les XII tables lui faisaient une large place et rappelaient ses principales sources. La puissance paternelle et la liberté, également revendiquées *ex iure Quiritium*¹⁷⁸, sont aussi reconnues par le code décemviral. Il ne se contente pas de limiter l'arbitraire du *paterfamilias* à propos de la vente du fils (4, 2) ou du sort des nouveau-nés (4, 1); en outre, en fixant la durée de la grossesse à 10 mois (4, 4), il prend la puissance paternelle à sa source, la filiation, de même qu'il a défini les sources de la propriété. La liberté est aussi garantie par la loi. Les XII tables accueillent la *causa liberalis* et en indiquent deux particularités, l'une à propos du montant du *sacramentum* (2, 1), l'autre relative aux *vindiciae* (6, 6). Dans ce cas, les décemvirs ont préféré en raison de ces particularités régler plu-

¹⁷⁷ Dans l'ancien droit, seule la propriété issue de l'usucapion était absolue, non celle qu'on tient d'un *auctor*. Mais dès l'époque médio-républicaine, la propriété fondée sur la mancipation est réputée également absolue, et la formule vindicatoire avec la clause *ex iure Quiritium* vient se greffer sur la déclaration du *mancipio accipiens*, alors que dans d'ancien droit elle en était absente : sur ce problème voir récemment mes remarques dans *RIDA*, 1981, p. 140 suiv.; cf. *MEFRA*, 1984, p. 219 suiv.

¹⁷⁸ Cic. *Caec.* 96; D. 6, I, 1, 2; voir Mitteis, *R. Privatrecht*, p. 67 n. 15.

tôt la *vindicatio in libertatem* que rappeler les sources bien connues de l'état d'homme libre.

La liste des droits revendiqués *ex iure Quiritium* est certainement plus longue. La *manus* est incluse dans le verset décemviral sur l'usucapion, et la loi ménage l'échappatoire du *trinoctium* (6, 4). L'*usus* matrimonial dispense le mari dans sa *vindicatio* d'invoquer la *coemptio* elle-même reconnue implicitement dans le verset sur l'acte libral. L'*hereditatis petitio* de l'ancien droit était une *vindicatio*, qui s'apparente à celle de la propriété. Or, les XII tables organisent avec précision la vocation successorale de l'*heres* aussi bien ab intestat (5, 4) que testamentaire dans le testament comitial (5, 3). La tutelle donne aussi lieu à une *vindicatio*, que l'on identifie à travers l'*in iure cessio tutelae* (Gaius 1, 168). Or, sous sa forme légitime (5, 1 et 6) ou testamentaire (5, 3), elle retient l'attention des décemvirs. La conclusion est simple : tous les droits absolus¹⁷⁹ donnant lieu à une *vindicatio ex iure Quiritium*¹⁸⁰ sont reconnus dans les XII tables. La loi n'a pas pris la peine de prévoir pour chacun d'eux une action correspondante, elle s'est bornée à légitimer le *sacramentum* comme *actio generalis*. Cette procédure protège l'ensemble des droits absolus inventoriés par les décemvirs¹⁸¹. Cette somme, qu'ils ont dressée, justifie les diverses *vindications* et a pour pendant celle des actions *in personam*.

À tous ces bilans s'en ajoute encore un : les XII tables énumèrent limitativement comme le note Cicéron¹⁸², les crimes de droit commun donnant lieu à une exécution capitale. Les délits contre les moissons occupent une place à part : le vol nocturne des moissons sur pied est puni par la *sacratio* à Cérès du délinquant (8, 9). De même, les sortilèges contre les *fruges* (8, 8) donnent lieu à un *supplicium* qui a sans doute la même finalité (Aug. *Civ. dei* 8, 19). En dehors de ces délits, dont le châtimement dévoue le coupable à la divinité offensée, la liste relativement brève des exécutions capitales dans les XII tables répond

¹⁷⁹ Dans le très ancien droit, le fils *in mancipio* ne fait pas l'objet d'un droit absolu, parce que on le tient simplement d'un *auctor* et que sur lui aucune usucapion n'est possible ; voir RIDA, 1981, p. 156 suiv.

¹⁸⁰ Quand tardivement Ulpien (D. 1, 6, 8 pr ; D. 29, 2, 8 pr) rattache la puissance paternelle et la tutelle aux *mores*, il veut simplement souligner leur caractère national : voir Kaser, *Fest. Flume*, p. 111.

¹⁸¹ La légitimation des droits absolus par les XII tables ne signifie pas qu'avant cette loi ils reposaient sur la coutume. Leur base est tout autre : c'est la garantie du corps civique. De même, lorsque les curies prêtent leur assistance au testament, la coutume n'y est pour rien. C'est le peuple par sa garantie collective qui, sans l'aide des *mores*, assure le respect des droits absolus et du testament.

¹⁸² Cic. *rep.* 4, 10, 12 *duodecim tabulae cum perpauca res capite sanxissent*.

à un principe unitaire : la loi réprime le meurtre et les crimes qui lui sont assimilés.

1) Le verset décemviral sur le meurtre volontaire n'est connu que par une allusion de Pline l'Ancien (*n. h.* 18, 3, 12 *gravius quam in homicidio*). Les XII tables (9, 4) confient la répression aux *quaestores parricidii*. On possède en outre le verset complémentaire (8, 24 a) sur l'homicide par imprudence.

2) L'incendie volontaire est puni de mort par les décemvirs (8, 10), lorsqu'il est allumé dans la maison ou à côté, parce qu'il met des vies humaines en péril.

3) L'auteur d'un chant magique (*malum carmen*) qui menace la vie de la victime est frappé de la même peine (8, 1 a). *L'occantatio* est autre chose, elle est le charivari injurieux, puni d'une simple bastonnade (Hor. *epist.* 2, 1, 154 *formidine fustis*; Cornutus *ad Pers. sat.* 1, 137 *lege XII tab. cautum est ut fustibus feriretur*). Cependant, parfois dans l'antiquité on a cru, à la suite d'une série de confusions, que *l'occantatio*, prise pour le *carmen famosum*, était soumise à la même peine que le *malum carmen*, entendu lui aussi par erreur pour un chant diffamatoire (Cic. *rep.* 4, 10, 12). La science contemporaine a dissipé ces malentendus¹⁸³ et dissocié ces deux délits, le *malum carmen* donnant seul lieu à une exécution capitale.

4) Le faux témoignage est puni de la précipitation de la Roche Tarpéienne (8, 23). L'assimilation au meurtre va de soi, lorsqu'il s'agit d'un procès capital. Mais la peine est la même à propos d'un procès civil, car le *iudicatus* peut être coupé en morceaux.

5) Le *iudex-arbitrarius* qui s'est laissé corrompre est aussi puni de mort (9, 3). *L'arbiter*, par exemple dans *l'arbitrium liti aestimandae*, est appelé comme le *iudex* à prononcer une condamnation pécuniaire¹⁸⁴. Si le défendeur n'est pas en mesure de s'acquitter, il peut être mis à mort par l'adversaire. L'assimilation au meurtre a prévalu pour les mêmes raisons qui frappent de cette peine le faux témoignage.

6) Les décemvirs prévoient enfin la peine capitale contre celui : *qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit* (9, 5 : Marc. D. 48, 4, 3). Il ne s'agit pas d'une variété de crime d'état. La loi est muette sur la *perduellio* et ne nomme aucun délit politique. Mais elle assimile au meurtre des agissements qui peuvent entraîner mort d'homme, lorsqu'on excite l'ennemi ou qu'on lui livre un citoyen.

N'entrent pas dans cette liste les crimes d'état que les XII tables omettent de mentionner. Cas pour cas, leur poursuite est laissée à la

¹⁸³ Brecht *RE*, XVII 1752 suiv., v. *Occantatio*; Momigliano, *Quinto contributo*, 2, p. 949; Tupet, *La magie dans la poésie latine*, 1976, p. 168.

¹⁸⁴ Voir mon étude dans *RIDA*, 1980, p. 205-281.

discrétion du magistrat. C'est dans la pratique et non dans la loi que les délits politiques trouvent leur définition. Ils sont poursuivis de plein droit par le magistrat, sans qu'il ait à recevoir à cet égard une habilitation du législateur. La loi royale sur la *perduellio* dite *lex horrendi carminis* (Liv. 1, 26, 5) n'est qu'un formulaire pontifical sur les rites de l'exécution capitale¹⁸⁵. Les décemvirs se sont bornés à faire la somme des crimes de droit commun, et une idée simple domine cette liste : celui qui supprime ou menace une vie humaine doit perdre la sienne¹⁸⁶. C'est pourquoi, abstraction faite des délits contre les moissons qui reçoivent un traitement spécial, la loi ne punit de mort que le meurtre et les crimes qui poursuivent le même but. Elle en confie la répression aux *quaestores parricidii* (9, 4), qui, comme leur nom l'indique, sont le tribunal du meurtre. Pomponius (D. 1, 2, 2, 23) rappelle leur présence au sein des XII tables et définit leur fonction : *qui capitalibus rebus praeessent*. Le titre de ces magistrats délimite leur compétence : ils connaissent du meurtre proprement dit, *parricidium*¹⁸⁷, et des crimes qui lui sont assimilés. Lorsque Pomponius déclare qu'ils connaissent des affaires capitales, il s'agit avant tout de celles qui mettent une vie humaine en péril. Le principe qui inspire la liste limitative des crimes de droit commun dans le code décemviral, est tout simplement le talion¹⁸⁸. Qu'on ne dise pas que ce bilan s'explique par la règle : *nulla poena sine lege*. L'ancien droit ignore cette règle : non seulement la loi ne s'inquiète pas des délits politiques, mais elle ne s'occupe pas plus de l'adultère dont elle laisse la répression à la famille. Elle omet pareillement les délits militaires, dont le châtement revient au général en chef.

Récapitulons. La loi des XII tables contient plusieurs bilans. Elle groupe les *modi lege agendi* et les actions civiles, les principaux actes juridiques, les droits absolus, les crimes de droit commun. À ces bilans s'ajoutent d'autres choses : le patronat, la *cura furiosi*, la *cura prodigi*, les rapports de voisinage etc. Le style lapidaire de la loi ne

¹⁸⁵ On a reconnu depuis longtemps que le début de cette loi royale était un faux; voir mon état de la question dans *Hist.* 1973, p. 412 suiv.

¹⁸⁶ Sur la relation entre le droit criminel des XII tables et la loi royale relative au *paricidas*, voir mon étude dans : *Châtiment dans la cité (Collect. de l'École fr. de Rome, 79)*, 1984, p. 549-571.

¹⁸⁷ Sur l'étymologie et le sens de ce mot, voir mon étude citée à la note précédente.

¹⁸⁸ La même inspiration se retrouve à propos du vol manifeste. Le volé peut le tuer en cas de légitime défense, si le vol est soit nocturne soit à main armée (8, 12-13). En dehors de ces circonstances aggravantes, le voleur manifeste est simplement *addictus* (Gell. 11, 18, 8; Gaius 3, 189), ce qui est une *poena capitalis* dans la langue impériale uniquement dans le sens que le voleur devenait esclave (Gell. 20, 1, 7).

doit pas faire illusion, elle est une véritable codification qui réunit tout un faisceau de problèmes. Ou bien elle les traite exhaustivement comme les *legis actiones* ou les crimes de droit commun; ou bien elle n'en retient que les aspects les plus substantiels, par exemple les principaux actes juridiques et non leurs dérivés. Le groupement de toutes ces matières interdit de dire, comme on l'a fait¹⁸⁹, que les décemvirs n'ont traité que de cas douteux ou simplement apporté des précisions ou des restrictions à des règles générales sous-entendues, comme si leur méthode était purement casuistique. La brièveté des versets n'exclut pas l'ampleur de leurs dispositions. Il suffit de quelques mots pour définir l'usucapion. Mais la méthode n'est pas celle d'un législateur moderne. Pas d'abstractions, pas de systématisation, mais un goût très net pour le concret. À propos des actes juridiques conformément au sens archaïque du mot *ius*, l'accent est mis sur la formule : *uti lingua nuncupassit, ; uti legassit*. Au sujet de la puissance paternelle, on remonte à sa source, la filiation, en précisant la durée de la grossesse. Pour la liberté, ce qui est mis en avant, c'est sa défense, la *causa liberalis*, dont sont indiquées certaines particularités. La précision des décemvirs a parfois donné l'impression qu'ils ne traitaient que de détails. C'est une erreur. Quand est légitimée la formule d'un acte juridique, il l'est aussi dans son entier. À travers l'indication de la durée de la grossesse, c'est la puissance paternelle qui est reconnue, dès qu'elle se manifeste. Et la liberté reçoit la sanction de la loi à travers le régime spécial de la *causa liberalis*. La précision du législateur ne doit pas dissimuler la portée de ses mesures.

Les XII tables pour l'essentiel font la somme du droit civil et du droit criminel, hormis les délits politiques, militaires et familiaux; mais elles ne contiennent pas tout le droit de leur temps. Tite-Live s'est trompé, lorsqu'il écrit : 3, 34, 6 *fons omnis publici privatique iuris*. On a déjà vu que le droit sacré reste exclu; il trouve sa place dans les archives sacerdotales, notamment dans le recueil pontifical placé sous l'autorité des rois. Le droit public, en dépit de quelques apparences est lui aussi absent. Trois versets attribués aux XII tables servent de charte aux comices. Mais ils sont tenus pour suspects, et sont le produit d'additions au texte archaïque. Au premier âge républicain, les institutions fondamentales de la cité se passent d'une reconnaissance légale. Ni le sénat, ni les magistratures, consulat en tête, ne reposent sur une loi¹⁹⁰. Il n'y a pas de constitution écrite. Les assemblées populaires n'ont pas plus besoin que les magistrats ou le sénat d'une légitimation décemvirale. Le verset qui définit le pouvoir

¹⁸⁹ Kaser *Studi Donatuti*, II, p. 523 suiv.

¹⁹⁰ Pour l'absence de loi constitutive des magistratures, voir mes *Recherches sur l'imperium*, chap. 1.

législatif des comices est apocryphe : 12, 5 *ut quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset. Ius ratumque* n'est pas une expression archaïque¹⁹¹, et les décemvirs n'auraient pas pu omettre *l'auctoritas patrum*. Le texte a été imaginé tardivement dans un contexte annalistique (Liv. 7, 17) qui tendait à exploiter le principe que le dernier vote populaire (*postremum*) l'emporte sur les précédents¹⁹².

Un autre verset attribue aux comices centuriates le monopole de la peine capitale : 9, 2 *de capite civis nisi per maximum comitiatum ne ferunto* (Cf. Pol. 6, 14, 6). On a raison de dire qu'une telle règle n'est concevable qu'après l'apparition de la *provocatio ad populum*, qui ne paraît pas antérieure à la loi Valeria de l'an 300. Au point de vue de la forme, les doutes sont encore plus graves. Le *comitatus maximus* n'est pas l'assemblée la plus nombreuse. Dès le V^e siècle, tous les comices groupent l'*universus populus*¹⁹³. À cet égard, les comices curiates et tributes ne se distinguent pas des comices centuriates. Seul le mode de répartition diffère. Le concile de la plèbe exclut les patriciens, mais ne mérite pas le nom de comices. D'après un autre sens du superlatif, le *comitatus maximus* est l'assemblée souveraine des centuries, qui élit les magistrats supérieurs et vote la peine de mort, par opposition aux comices tributes qui sont les *comitia leviora* (Cic. *Planc.* 7) et ne disposent que d'une compétence limitée. L'adage *de capite civis* fait appel à la souveraineté populaire pour justifier que seules les centuries prononcent en dernier ressort la peine capitale. Cette proclamation idéologique ne se conçoit pas à l'époque des décemvirs, mais au plus tôt au III^e siècle¹⁹⁴.

L'adage : 9, 1 *privilegia ne inroganto* ne résiste pas plus à la critique. Cicéron lui prête une antiquité vénérable en le mettant au compte aussi bien des lois sacrées que des XII tables (*de domo* 43; *Sest.* 65). En réalité, la diffusion de cette règle est nulle avant la *lex Clodia de exilio Ciceronis*¹⁹⁵. Tite-Live l'ignore et son silence laisse présumer celui de l'annalistique antérieure. La pratique législative dément cette interdiction. Le peuple votait aussi bien des mesures de faveur (Liv. 39, 19) que de défaveur envers les particuliers, notamment de caractère répressif, comme les plébiscites *de iusto exilio* (Liv. 25, 4, 9; 26, 3, 12) ou les lois instituant une *quaestio extraordinaria* (ex. *rogatio Scribonia* de 149, loi *Fufia* de 61). L'adage inséré subrepticement dans le

¹⁹¹ Kaser, *Das altröm. Ius*, p. 13.

¹⁹² Guarino, *L'ordinamento giuridico* 1980 p. 162; voir ma *Loi à Rome*, 1978, p. 77 n. 101.

¹⁹³ Voir ma communication dans *CRAI*, 1979, p. 698 suiv.

¹⁹⁴ Voir mes remarques dans *Iura*, 1969, p. 280 suiv.; cf. Guarino, *cit.* p. 162.

¹⁹⁵ Bleicken, *Lex Publica* 1975, p. 204.

code décemviral n'eut guère d'effet. Festus, c'est-à-dire vraisemblablement Verrius Flaccus, ne fait aucune difficulté pour admettre la validité de mesures votées *de uno pluribusve hominibus* (v. *rogatio*, 326 L; cf. Gell. 10, 20.)¹⁹⁶.

Si ces critiques sont exactes, les XII tables ne contiennent pas la moindre parcelle de droit public, pas plus qu'elles n'accueillent de droit sacré. Ce dernier est consigné dans les archives sacerdotales et dans le recueil des lois dites royales. Le droit public est pareillement exclu du code décemviral. Les décemvirs n'ont pas rédigé une constitution. Ils ont laissé de côté les magistratures, le sénat, les comices. Ces matières sont régies par une pratique constitutionnelle non écrite et par le droit des auspices, lequel relève de la compétence des augures. Les décemvirs ont délibérément ignoré le droit sacré et le droit public; dans le même esprit ils ont omis les délits politiques, qui ont un aspect de droit public. Mais pour l'essentiel, ils ont décrit le droit civil et le droit pénal quant aux crimes de droit commun et aux compositions pécuniaires. L'inspiration qui les guide est claire. En marge de la constitution, ils fixent la condition du *privatus* dans ses rapports *inter cives*, en y ajoutant sa responsabilité pour meurtre et les crimes assimilés, mais ils font abstraction de ses droits politiques et de ses devoirs religieux. Au milieu du V^e siècle la science du droit est parvenue à un degré d'analyse et de clarification suffisant pour séparer le droit public et le droit sacré d'une part, du droit privé et du droit pénal d'autre part, hormis les crimes d'état. L'objectif des XII tables était d'établir un *corpus* de règles sur le statut privé du citoyen, en l'isolant de la religion et du droit constitutionnel.

Au cours de ces dernières années, la relation du droit privé et du droit pénal au sein des XII tables a été soumise à une révision qui n'a pas toujours été heureuse. Ce code, issu de la querelle patricio-plébéienne, tend à définir la situation du citoyen face à la justice, qu'il s'agisse de procès entre citoyens ou de la répression des crimes de droit commun. Mais il ne s'ensuit pas que ce soit une seule et même justice. Il n'est nullement évident, comme on l'a supposé¹⁹⁷, que la *legis actio per sacramentum* soit mise au service des victimes ou de leurs proches pour poursuivre les auteurs de crimes capitaux. Il n'est pas plus évident que l'exécution du criminel soit après *addictio* une affaire privée. S'il en était ainsi, la justice civile, à l'exception des délits politiques, embrasserait la totalité des procès et absorberait la justice criminelle. Rien n'est moins sûr. Pour l'emploi du *sacramentum* à propos des crimes de droit commun, on n'a proposé que des

¹⁹⁶ Voir ma *Loi à Rome* p. 81. Ducos *Les Romains et la loi*, 1984 p. 59 suiv.

¹⁹⁷ Kunkel *Untersuchungen zur Entwicklung des r. Kriminalverfahren*, 1962, p. 97 suiv. *contra* Pugliese *BIDR* 66 p. 153 suiv.

preuves évanescences¹⁹⁸. D'autre part, la justice civile appartient au magistrat supérieur, alors que le tribunal du meurtre et des crimes assimilés est confié au questeur, comme l'avait souligné Mommsen¹⁹⁹, et on ignore la procédure qui est suivie. En outre, c'est seulement en matière civile que les XII tables autorisent la mise à mort privée du *iudicatus* (*partes secanto*). Dans ce code, l'exécution capitale à la suite d'un crime de droit commun est toujours publique²⁰⁰. La *suspensio* à l'*arbor infelix* (8, 9) est un rite officiel²⁰¹. La peine du feu (8, 10) qui, par le jeu d'une similitude inspirée du talion, frappe l'incendiaire est également publique, comme cela se vérifie dans le récit des neuf tribuns de la plèbe que l'on fit périr de la sorte (Fest. 180 L, Val. Max. 6 3, 2)²⁰². Même légendaire, ce récit est exemplaire. Cette peine s'applique plus tard aussi aux déserteurs (*Bell. Hisp.* 20; D. 48, 19, 8, 2). Dans les XII tables (8, 23), la précipitation de la Roche Tarpéienne, qui punit le faux témoignage, ne se laisse nullement interpréter comme une peine privée. Lorsque en matière politique les tribuns de la plèbe font usage de cette peine, ils ne le font pas à l'origine en tant que *privati*²⁰³, avant d'être reconnus comme magistrats de la cité, mais comme *sacrosancti*, ce qui est un statut de droit public, légalisé en 449 par une *lex Valeria Horatia* (Liv. 3, 55, 6-7)²⁰⁴. La peine du sac qui frappe le parricide comporte un rituel archaïque qui est l'affaire de l'état.

Aucun argument sérieux ne permet de tenir dans les premiers temps de la République la répression des crimes de droit commun comme une variété de la justice civile. Le procès n'est pas confié aux mêmes magistrats; et l'exécution capitale des criminels est, selon des modalités diverses d'un cas à l'autre, un cérémonial public qui n'a rien à voir avec le découpage du débiteur insolvable entre les créanciers. Les XII tables organisent côte à côte la justice civile et la justice criminelle (crimes d'état mis à part), mais ne les confondent pas. Le meurtre et les crimes qui lui sont assimilés dépendent de la compé-

¹⁹⁸ Val Prob. 4, 5 *si negat sacramento quaerito* : ce texte se rapporte tout simplement au *sacramentum in personam* voir mes remarques dans *Sodalitas*, 1984, p. 2786.

¹⁹⁹ Mommsen, *Strafrecht*, p. 155, 615.

²⁰⁰ Selb, *Acta iuridica*, 1978, p. 33.

²⁰¹ Oldfather, *TAPha*, 1908, p. 49 suiv.

²⁰² Mommsen *Staatsrecht*, II, p. 279 n. 1.

²⁰³ Mommsen, *Strafrecht* p. 931 suiv. est égaré ici par l'esprit de système et sa difficulté bien connue à analyser la sacrosainteté tribunitienne.

²⁰⁴ La précipitation de la roche tarpéienne de l'esclave en cas de vol manifeste n'est pas une peine privée, elle est précédée d'une flagellation ordonnée par le magistrat; voir Carelli, *Annali della Facoltà di giurisprudenza, Univ. di Bari*, N. S. 2, 1939, p. 119.

tence des questeurs, et ce tribunal du meurtre suit une procédure qui n'est pas celle des *legis actiones*. On sait seulement d'elle qu'elle n'est pas soumise à l'appel au peuple en un temps où il n'a pas été encore institué par la loi. On est en général d'accord pour admettre que la première loi de *provocatione* est la loi Valeria de l'an 300²⁰⁵. Dans les temps anciens de peu d'intérêt sont les procès légendaires²⁰⁶ conduits par un questeur. Ce sont de médiocres produits de l'annalistique. Ce qui importe, c'est que la *provocatio ad populum* n'intervient jamais contre ce magistrat²⁰⁷. Dans les premiers temps de la République, en l'absence de recours, force est bien d'admettre qu'il statuait en dernier ressort. Il jugeait, comme l'a reconnu Mommsen²⁰⁸, sur mandat du consul, qui se déchargeait ainsi sur lui de la justice criminelle de droit commun, comme il se déchargeait aussi de la justice civile sur le *iudex unus* par un mandat analogue. Dans les deux cas, la sentence était sans appel. Le questeur n'avait pas à défendre la sienne devant les comices centuriates, à une époque où le peuple n'avait pas encore acquis, au nom de la souveraineté populaire, le monopole de la peine de mort. On ne parlait pas alors à ce propos de comices souverains, *comitiatus maximus*, comme on le fit plus tard dans un verset ajouté des XII tables. D'ailleurs, la délégation d'*auspicium* et d'*imperium*, qui eût été nécessaire de la part d'un magistrat supérieur pour que le questeur pût présider les centuries, n'est pas conforme au mécanisme rudimentaire des institutions archaïques. Quand, au III^e siècle, le peuple désormais reconnu souverain peut seul prononcer la peine capitale, la procédure criminelle est transformée. Le questeur ne juge plus, même à charge d'appel devant le peuple. Il porte l'affaire directement devant les comices, qu'il saisit conformément à une procédure qui est décrite dans le document intitulé *commentarium anquisitionis*²⁰⁹, conservé par Varron (*lingua lat.* 6, 90-92). Ce document n'omet

²⁰⁵ La loi Valeria Horatia de 449 (Liv. 3, 55, 5) sur la *provocatio* est apocryphe, elle interdit l'existence de magistratures soustraites à l'appel au peuple. Or, contrairement à cela, tel est le cas de la dictature archaïque. Il n'y a pas à subtiliser en disant que la loi par le mot *creare* ne visait que les magistrats électifs. Le mot *creare* se dit couramment du dictateur (Liv. 2, 18, 4).

²⁰⁶ Mommsen, *Staatsrecht*, II, p. 538 suiv.; Ogilvie, *Commentary on Livy*, 1965, p. 323; Magdelain, *Hist.* 1973, p. 414 (procès de Spurius Cassius); Schatzmann, *Hist.* 1972, p. 189 (procès de Camille).

²⁰⁷ Brecht ZS, 1939, p. 263, 286, 290.

²⁰⁸ Mommsen, *Strafrecht*, p. 155.

²⁰⁹ Premierstein, *RE*, IV, 733, v. *commentarii*, tient ce document comme un édit consulaire adressé au questeur sur la conduite à suivre pour mener le procès. En effet, Varron présente ce document comme un édit (6, 92 *caput edicti*). L'explication de Premierstein est conforme à l'idée que les questeurs commencèrent par être

pas la délégation de pouvoir qui fut imaginée alors pour que le questeur habilité par un consul ou un préteur pût convoquer les centuries.

À partir du moment où au III^e siècle pour les crimes de droit commun, comme pour la *perduellio*, la justice criminelle est rendue par le peuple souverain réuni en centuries, elle n'a plus le moindre contact avec la justice civile. Les XII tables avaient pu rapprocher la répression des crimes de droit commun de la justice civile, tout en les distinguant, en un temps où le meurtre et les crimes assimilés n'étaient pas jugés par les comices. Ce rapprochement avait pour but, en dépit de la différence des procédures, de définir en droit privé et en droit pénal le statut du *privatus*, abstraction faite de son rôle en droit public et en droit sacré. Il n'y avait aucune incompatibilité à ce que la justice civile et la justice criminelle, hormis les crimes d'état, figurent dans le même code. Le peuple n'était compétent ni pour l'une ni pour l'autre. Mais dès l'instant que les crimes de droit commun relèvent, en même temps que la *perduellio*, de la compétence des centuries, tout contact est rompu entre leur répression et la justice civile²¹⁰. La voie est ouverte pour que la science du *ius civile*, qui va naître, ne porte que sur le droit privé et laisse de côté les crimes.

Les XII tables sont à l'origine de classifications qui ont duré autant que le droit romain et qui lui ont même survécu. Elles ont séparé le droit privé du droit sacré et du droit public, mais elles lui ont associé le droit criminel, au moins en ce qui concerne les crimes de droit commun. Au milieu de la République, ces crimes comme les délits politiques sont portés devant le peuple, à partir du moment où en vertu du nouveau principe de la souveraineté populaire seuls les comices peuvent prononcer la peine de mort. Alors le droit privé est à son tour séparé du droit criminel et devient parfaitement autonome. Le terrain est alors prêt pour que l'expression *ius civile*, quelle que soit son origine, acquière le sens limité qui restera le sien. Ce «droit des citoyens» aurait pu embrasser l'ensemble du droit, à s'en tenir au sens général de l'adjectif *civilis*, qui s'étend à la vie politique et aux procès criminels²¹¹. Mais les XII tables avaient commencé par circonscrire le statut privé du citoyen, abstraction faite de ses droits politiques. Plus tard, à l'époque médio-républicaine les crimes de

les auxiliaires des consuls dans l'administration de la justice criminelle de droit commun.

²¹⁰ Il convient à ce propos de rappeler que la critique des procès politiques a permis d'établir que les procès tribunitiens de *perduellio* sont eux aussi chose relativement récente; voir sur ces procès mes remarques dans *Hist.* 1973, p. 415 suiv. Ils se développent au III^e siècle.

²¹¹ Voir mes *Actions civiles*, 1954, p. 3 n. 4.

droit commun sont détachés de ce statut pour être jugés par le peuple. Désormais, est délimité le domaine qui sera bientôt celui des *libri iuris civilis*. Si le *ius civile* a un domaine étroit, ce n'est pas l'adjectif *civilis* qui en est responsable; cela tient à une évolution qui est partie des XII tables : elles ont fixé le statut privé du citoyen; et chemin faisant il s'est délesté des crimes de droit commun. Ainsi a été défini le champs d'action de la jurisprudence et de ses *libri*, qui n'excèdent pas les frontières du droit privé et ignorent les procès comitiaux.

IV

Les XII tables avec leurs différents bilans forment une véritable codification et non, sur le mode casuistique, un recueil composite de cas-limites et de précisions destinées à écarter certaines incertitudes de la pratique. Mais on ignore si dans l'esprit des décemvirs ce code devait être tenu pour exhaustif. On affirme parfois le contraire, comme si à partir des XII tables le droit privé était à moitié légal, à moitié coutumier. Il est bien vrai qu'on ignore quelle place faisait ou non cette loi aux actes non formels²¹², comme la vente au comptant ou le prêt entre amis, si tant est que de telles opérations aient alors appartenu au *ius*. Mais il est inexact que la loi ait, de propos délibéré, collaboré avec la coutume. Quand les décemvirs omettent de définir les éléments constitutifs des délits qu'ils se contentent de nommer, et quand ils ne procèdent pas à une description détaillée des actes juridiques qu'ils légitiment, il ne saurait être question de dire que le même délit et le même acte sont simultanément régis par les XII tables et les *mores*. Tout simplement cette loi de style lapidaire se tait sur ce qui va de soi et ne s'attarde pas à livrer tout le contenu des mots qu'elle emploie.

On a vu que les XII tables sanctionnent les droits absolus à l'aide du procès par *sacramentum* qui joue le rôle d'*actio generalis*. De ces droits elles ont retenu, pour chacun, certains aspects, par exemple sa source, l'usucapion pour la propriété absolue ou la filiation pour la puissance paternelle à propos du délai de grossesse. Mais la loi s'est abstenue de définir le contenu et toutes les particularités des droits absolus. Cela n'autorise nullement à dire que les décemvirs ont laissé ces problèmes à la coutume. Pas plus que les délits et les actes juridiques, les droits absolus ne sont régis, partie par un code, partie par les *mores*²¹³. Ce que à propos de ces prérogatives les XII tables ont

²¹² Kaser *Das altrom. Ius*, p. 308 suiv.

²¹³ Au contraire. Les Romains, au lieu de penser qu'à l'époque décemvirale le droit était régi soit par la loi soit par la coutume, admettaient que les *mores* en tant

passé sous silence, c'est un droit fondamental qui va de soi et s'impose de lui-même. D'une manière générale, ce que le code décemviral n'a pas pris la peine d'inclure dans ses différents bilans ou ses diverses dispositions, tout ce qu'il a omis, est soit évident et bien connu, soit implicite dans ce qui a été dit²¹⁴. La coutume n'a rien à voir là dedans. Il s'agit d'un droit primordial, fondamental, qui reste sous-entendu²¹⁵. Cette conception d'un droit fondamental à la base des institutions privées dispense de recourir aux *mores* pour rendre compte de ce que les décemvirs se sont abstenus de préciser. Ils se sont tus, quand leur silence ne dissimule rien et s'accorde avec ce que chacun sait ou correspond à une déduction incluse dans ce qui a été dit.

Lorsque les Romains voyaient dans les XII tables un code, ils ne se trompaient pas et il n'y a pas d'erreur à leur reprocher. Ils n'ont pas commencé par voir dans cette loi un simple assemblage de dispositions particulières pour changer ensuite d'avis et se décider après un certain temps à reconnaître en elle une codification générale. D'emblée, les bilans établis par les décemvirs se sont imposés comme exhaustifs ou à peu près, et cela a duré assez longtemps. Ceci est particulièrement évident à propos des actes juridiques et des actions civiles. La jurisprudence n'osa créer d'actes juridiques nouveaux que s'ils trouvaient un appui dans la loi, et on n'atteint pas ce résultat sans de lourds artifices, comme le montrent les mécanismes maladroits de l'émancipation et de l'adoption. Il fallut pas mal de temps pour surmonter cet obstacle et introduire des actes nouveaux qui ne devaient rien à la loi. Dans le domaine de la justice, la procédure de *legis actio* resta réservée aux actions *ex lege*; et, quand apparurent plus tard de très rares actions civiles *sine lege*, comme l'action *operarum*, abstraction faite des *iudicia bonae fidei* d'abord prétoriens, il serait téméraire de croire qu'elles purent s'intenter à l'aide d'une action de la loi au lieu de la procédure formulaire²¹⁶. Dès les XII tables, le tarissement

que mœurs complétaient les XII tables, comme le note Cicéron (*leg.* 2, 61) à propos des questions funéraires. Par contre, il arrive parfois sous l'empire que les prudents disent qu'une question relève à la fois de la loi et des *mores* en tant que coutume (Gaius, 4, 26-28 à propos de la *pignoris capio*; Paul 5, 4, 6-8 à propos de l'action *iniuriarum*; cf. Kaser, *Fest. Flume*, p. 111 n. 67). Mais ces développements sont postérieurs au droit archaïque.

²¹⁴ Tel est le cas pour la tutelle des affranchis impubères ou du sexe féminin : voir Kaser, *Studi Donatuti*, II, p. 531.

²¹⁵ Kaser, *ZS*, 1939, p. 59 suiv. Ouand Ulpien (D. 1, 6, 8 pr; D. 29, 2, 8 pr.) rattache la puissance paternelle et la tutelle aux *mores*, j'ai déjà remarqué dans une précédente note qu'il souligne simplement leur caractère national : Kaser, *Fest. Flume*, p. 111.

²¹⁶ Sur ce tout petit groupe d'actions civiles, voir les précieuses remarques de Kaser, *ZS*, 1984, p. 22-23.

que l'on observe dans la création d'actes juridiques ou d'actions civiles sans base légale, révèle un monopole du législateur qui n'est pas apparu longtemps après cette loi mais dès sa publication.

Pomponius ne commet aucune erreur ou exagération en affirmant que la science du droit, du moins privé, trouvait sa source dans les XII tables : D. 1, 2, 2, 6 *ex his fluere coepit ius civile*. À ce propos, pour préciser ce qu'il entend de façon particulière par droit civil, il parle aussi bien d'*interpretatio* (§ 5, 12) que d'*interpretandi scientia*²¹⁷ (§ 6). Les prudents suivent pas à pas le texte de la loi. On ne sait pas au juste à partir de quand cette méthode de travail a été appelée *interpretatio*. À l'origine, l'*interpre*s est le courtier, l'intermédiaire, bientôt celui qui explique. Chez Plaute, *interpretari* se rapporte à l'intelligence des *verba* ou *dicta* peu clairs (*Bacc.* 597, *Cist.* 316, *Poen.* 444 *Pseud.* 26). Ce que l'*interpretatio* désigne techniquement dans certaines disciplines, comme la traduction des langues étrangères ou la rhétorique, c'est l'art de rendre une parole ou une phrase par d'autres ayant le même sens. C'est le mot à mot : *verbum pro verbo* (*Cic. opt. gen.* 14, à propos de la traduction), *alio verbo* (*Auctor ad Heren.* 4, 38, au sujet du procédé rhétorique qui pour éviter une répétition remplace un mot par un autre). Le texte des XII tables était difficile à comprendre et ses commentateurs se sont attachés en premier lieu à clarifier le sens littéral des mots et des phrases. L'art du mot à mot est pour la jurisprudence, elle aussi, ce qu'il faut entendre par *interpretatio*²¹⁸. Il suffit de relire le texte décemviral dans nos recueils d'épigraphie juridique pour observer dans les notes un vaste matériel d'explications littérales, fournies par la jurisprudence ou les antiquaires qui s'en inspirent. Il arrive qu'un verset décemviral entier soit rendu par une paraphrase elle-même à l'impératif. Ainsi Cincius au livre II de *officio iurisconsulti* explique l'adage : *uti lingua nuncupassit*, par : *uti nominarit, locutusve erit, ita ius esto* (*Fest.* 176 L). De même le verset sur l'*iniuria* (8, 4) devient chez Paul. *Coll.* 2, 5, 5 : *qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito*. Lorsque les juristes commentent les livres sacerdotaux, ils n'emploient pas une autre méthode, ils s'attachent aussi au sens littéral des mots (*Fest.* 298 L *proculiunt, promittunt ait significare Antistius de iure pontificali lib.* IX) ou bien traduisent dans une langue claire un précepte pontifical, et alors comme pour les XII tables il arrive qu'un impératif soit rendu par un autre. Tel est par exemple le cas dans le commentaire de la règle : *exta porriciunto*, chez Fabius Pictor le juriste :

²¹⁷ Kaser, *Ausgewählte Schriften*, I, p. 161-163.

²¹⁸ L'essentiel des textes sur l'*interpretatio* a été groupé par Fuhrmann dans *Symptotica Fr. Wieacker*, 1970, p. 80-110 (avec des conclusions contestables); voir mon article dans *Sodalitas*, 1984, p. 2783-2789.

dis danto, in altaria aramve focumve, eove quo exta dari debebunt (Macrob. sat. 3, 2, 3)²¹⁹.

L'impératif est le mode qu'emploient la loi et avec prédilection les *libri* des grands collèges de prêtres (p. ex. Macrob. Sat. 3, 10, 7 *si quis forte tauro Iovi fecerit, piaculum dato*)²²⁰. Il n'est pas surprenant que les commentateurs de ces textes, fidèles au principe du mot à mot, s'en tiennent souvent à ce mode. Il est remarquable que la jurisprudence ancienne, quand elle se détache du commentaire pédestre d'un texte et parle en son propre nom, reste fidèle à l'impératif, au moins dans quelques fragments qui ont survécu. Il en est ainsi de deux adages jurisprudentiels qui servent de compléments aux XII tables : *raudusculo libram ferito*, à propos de l'acte libral (Varro *lingua lat.* 5, 163; Fest. 322 L); *si negat, sacramento quaerito*, à propos des actions de la loi (Val. Prob. 4, 5)²²¹. De même Fabius Pictor dans ses *iuris pontificii libri* écrit de son propre chef : *aquam manibus pedisbusque dato, polybrum sinistra manu teneto* (Non. 873 L). Le parallèle se poursuit entre les commentaires du code décemviral et ceux des livres sacerdotaux. Non seulement ils rendent impératif pour impératif quand ils s'en tiennent à la simple paraphrase du texte, mais ils continuent à user de ce mode quand ils parlent de leur propre autorité. Ils imitent le style législatif ou sacerdotal. Caton dans son *De agricultura* emploie le même procédé.

L'esprit de *l'interpretatio* est clair. En principe, elle s'en tient au texte légal ou sacerdotal et le traduit dans une langue plus accessible. Quand elle complète le texte, elle n'a pas la prétention d'innover, elle feint de ne développer que ce qui est implicite. Elle ne dispose d'aucune parcelle de l'autorité publique, tout se passe comme si elle n'énonçait que ce qui est sous-entendu. Et pour qu'il n'y ait pas de solution de continuité entre les versets légaux ou pontificaux et leur commentaire, la jurisprudence adopte le même style qu'eux, et recourt à l'impératif comme si c'étaient les décemvirs ou les pontifes qui gardaient la parole. Mais elle ne s'emprisonne pas dans ce mode et recourt aussi à l'indicatif, comme le montrent les citations littérales des *iuris pontificii libri* de Fabius Pictor²²². On retrouve cette coexistence de l'indicatif dans les *commentarii consulares* et les *tabulae censoriae* (Varro *lingua lat.* 6, 86-88). L'articulation de ces deux modes dans ces documents se fait selon un schéma assez simple : le chapitre commence à l'impératif et se poursuit à l'indicatif à la manière d'une simple recette.

²¹⁹ Pour un commentaire analogue, Fest. 160 L v. *nectere*.

²²⁰ Voir ma *Loi à Rome*, p. 24.

²²¹ Sur ces adages, voir mes remarques dans *Sodalitas*, p. 2786 suiv.

²²² H. Peter, *Historicorum Romanorum reliquiae*, I, p. 114-116.

Lorsque S. Aelius Paetus, consul en 198, juxtapose dans ses *Tripertita* la loi des XII tables, l'*interpretatio* et la *legis actio*, dans l'esprit du système les deux dernières parties sont des émanations de la première. Le code décemviral a fait une novation du droit antérieur, aussi bien de la science pontificale que de la justice civile qui l'ont précédé. Désormais, la jurisprudence et la procédure dépendent de la loi. C'est ainsi que Pomponius (D. 1, 2, 2, 5-6; 12; 38) comprend les choses, et à ses yeux les *Tripertita* sont le reflet de l'histoire, en ce sens qu'ils subordonnent au code décemviral le droit jurisprudentiel et la procédure qui lui firent suite. Dès l'instant que l'on reconnaît dans les XII tables la codification du droit privé, à laquelle s'ajoutèrent quelques lois de beaucoup moindre portée, il n'y a pas à s'insurger contre ce témoignage comme on le fait souvent, et il suffit de lui apporter cette réserve que cette loi sous-entendait ce que ses auteurs tenaient pour évident. Il n'y a pas non plus à douter que dans les *Tripertita* le commentaire de la loi ait porté le nom d'*interpretatio*²²³, comme l'indique Pomponius (D. 1, 2, 2, 38). Il s'agit d'abord, comme dans d'autres disciplines, de l'art du *verbum pro verbo*. Varron (*lingua lat.* 5, 22) n'innove pas, lorsqu'il parle de *duodecim tabularum interpretes*. Ils paraphrasent la loi et la complètent. Dans l'ouvrage de S. Aelius Paetus le droit jurisprudentiel reçoit le nom d'*interpretatio*, parce qu'il est réputé trouver son point de départ dans les XII tables, quelle que soit l'ampleur du chemin parcouru. La jurisprudence a sa source dans la loi des XII tables : lorsque Pomponius (§ 6) le dit, il est en communion d'esprit avec Aelius. Toutefois, le peu de citations que l'on possède des *Tripertita* ne permet guère d'apprécier jusqu'à quel point ce principe est devenu de plus en plus fictif, à mesure que le commentaire de la loi s'éloignait d'elle et la dépassait²²⁴. A partir du moment où la jurisprudence dans les derniers siècles de la république se libéra de l'exégèse des XII tables pour voler de ses propres ailes, elle devint une source du droit autonome qui n'empruntait plus sa force médiatement de la loi. Mais on est mal assuré pour dater cette transformation, qui ouvre une ère nouvelle.

À l'époque des *Tripertita*, le concept de *ius* embrasse les trois éléments de cet ouvrage. Il n'y a pas lieu de s'attarder sur la *legis actio* qui est rattachée à la loi. Les XII tables ont légitimé la justice civile antérieure, et des lois ultérieures ont complété le système. À s'en tenir aux sources du droit dans les *Tripertita*, elles sont deux : la loi et l'*interpretatio* qui en dépend. Reste à savoir à côté de ces deux sources quelle place faisaient aux autres les prudents. Le problème est ambi-

²²³ Sur la question, Nörr, dans *ANRW*, 1, p. 15, p. 534 suiv.

²²⁴ Nous laissons de côté l'évolution ultérieure du mot *interpretatio* : sur la question voir l'article déjà cité de Fuhrmann et Kaser, *Studi Donatuti*, II, p. 546.

gu. Tout tourne autour d'un mot. Il faut se demander quelle relation l'édit du préteur, les sénatusconsultes et les *mores* entretenaient avec le concept de *ius*. En dehors de la loi et de *l'interpretatio*, quelles autres sources lui reconnaissait-on? Et quelles limites lui imposait-on? Pour répondre à ces questions, il faut distinguer le droit public et le droit privé.

Dans le courant de la république, le mot *ius* a recouvert le domaine du droit public. Et cela n'a pas offert de difficultés. Le *ius auspicii* a été un facile point de départ²²⁵. En outre, les Romains avaient l'illusion de croire que l'origine de leurs institutions s'expliquait sans peine. Dans leur esprit, les rois avaient créé le sénat, les comices, les insignes de *l'imperium*, le calendrier, les sacerdoces. Selon une semblable inspiration, les fondateurs de la république avaient établi le consulat, l'appel au peuple, l'élection des magistrats, etc. Des versets apocryphes des XII tables définissaient le pouvoir des comices. Les lois Valeriae Horatiae de 449 étaient réputées compléter cet ensemble. Dès lors l'œuvre constitutionnelle prêtée aux rois et aux grands hommes de la république naissante semblait justifier sans peine que les institutions fondamentales de la cité méritent à l'égal de celles du droit privé la qualification de *ius*. Conviction difficile à dater. Par contre, on ne disposait pas de la même explication pour la pratique constitutionnelle, en particulier celle du sénat. Pour elle, on se contenta d'invoquer les *mores* pour qu'elle aussi pût se voir étendre le concept de *ius*²²⁶. L'extrême rareté d'écrits jurisprudentiels en droit public eut pour conséquence d'exclure aussi bien toute systématisation que toute limite dans l'emploi de ce terme à propos des institutions de la cité et de leur fonctionnement. Sans la tutelle des prudents, la langue courante put se donner ici libre cours sans aucun souci de technicité.

En droit privé, au contraire, on observe une nette opposition entre la langue littéraire et celle des prudents sur la portée, large pour la première, étroite pour la seconde, du mot *ius*. Cicéron donne une définition très souple et extensive du *ius civile* : *top. 28 ut si quis ius civile dicat id esse, quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat*²²⁷. Dans ce texte dénué de toute rigueur, ce qui importe à l'auteur, c'est moins de faire un catalogue exact des sources du droit que d'énumérer, comme on l'a remarqué²²⁸, les divers moyens d'information dont dispose le rhéteur. Ainsi voit-on figurer dans la liste les

²²⁵ Bleicken, *Lex Publica*, 1975, p. 351 suiv.

²²⁶ Bleicken, p. 364 suiv.

²²⁷ Sur ce texte voir mes *Actions civiles*, 1954, p. 70 suiv.

²²⁸ Kaser *ZS*, 1939, p. 97 ; 1984, p. 75.

jugements, qui ne sont que de simples précédents. Tout autre est l'attitude de la jurisprudence. Pour elle, s'agissant de droit privé, trois sources reconnues par Cicéron font problème : l'édit du préteur, les sénatusconsultes, les *mores*. Il faut prendre cette question dans toute son ampleur. Il ne s'agit pas seulement de savoir si, comme le dit Cicéron, ce sont trois sources du *ius civile*. L'adjectif *civilis* est par lui-même souvent restrictif et chez les prudents s'oppose au droit prétorien. Il faut élargir les perspectives et se demander si, dans les relations privées, ce sont trois sources du *ius*, quelle que soit la qualification qu'on lui donne. Édit du préteur, sénatusconsultes, *mores*, dans chacun de ces trois cas il importe d'abord de savoir s'il est permis de parler de *ius* ; de cette question préalable dépendent ensuite dans chaque cas les dénominations de droit civil ou prétorien.

L'emploi du mot *ius* à propos du préteur commença par être modeste et spécialisé. Il ne s'agit pas de droit proprement dit, mais de juridiction ou procédure. *Ius dicere*, *iurisdictio*, ces expressions ne sont pas réservées aux actions civiles, elles s'appliquent aussi bien aux procédures honoraires (loi Cornelia *ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*, Asc. Corn. p. 59 C; loi Rubria *de Gallia Cisalpina* 20, à propos des actions fictives relatives au *damnum infectum*). De même, en dehors de ces tournures, *ius* à lui seul peut servir à indiquer un moyen prétorien : *Edictum Perpetuum* § 8 (D. 2. 2) : *Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur*²²⁹. Dans le même ordre d'idées, *ius praetorium* dans la langue courante de la fin de la République chez Cicéron (*Verr.* 2, 2, 31; *phil.* 2, 3) et Varron (*lingua lat.* 6, 71) désigne la juridiction prétorienne²³⁰. Déjà chez Cicéron *ius praetorium* en arrive même à être le droit prétorien lui-même (*off.* 1, 32; *Caec.* 34)²³¹. Mais cette expression ne sera reçue dans ce sens en jurisprudence qu'après Hadrien par le biais de la littérature didactique (Gaius 4, 34; D. 29, 4, 18 pr; Pomponius D. 1, 2, 2, 10 et 12), avant de se généraliser à la fin de l'ère classique. De la République aux Sévères, l'évolution est claire : à propos du préteur, on commença à ne parler de *ius* que dans un sens juridictionnel ou procédural. Chez les auteurs littéraires, on accède assez vite à l'idée de droit honoraire, mais ce concept ne s'introduit qu'assez tard en jurisprudence après Hadrien grâce aux professeurs. L'édit du préteur est élevé alors chez les prudents au rang de *ius*. Gaius (1, 2) le classe parmi les *iura populi romani*, et quelques lignes plus bas (1, 6), il le définit comme un *amplissimum ius*. Dans cette évolution, ce qui importe, c'est qu'on est passé du degré primaire de la juridiction et

²²⁹ Sur ce texte, Pugliese, *Processo civile romano*, II (1963), p. 177 suiv.; Metro, *Iura*, 1969, p. 520 suiv.

²³⁰ Kaser, *ZS*, 1984, p. 77; mes *Actions civiles*, p. 65-80.

²³¹ Kaser, *cit.*

de la procédure au degré supérieur du droit. À la *iurisdictio* du préteur, la jurisprudence posthadrienne ajoute tardivement quelque chose de plus qui naît de l'édit : le *ius praetorium*. Pour Cicéron, il était une évidence, il ne l'est devenu pour les prudents qu'au deuxième siècle de notre ère. La science du droit et la rhétorique sont des genres différents qui n'obéissent pas à la même logique. Dans tout ceci ce qui est remarquable, c'est la lenteur des prudents à reconnaître dans l'édit une source de droit²³².

Lorsque Paul écrit : *nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium* (D. 1, 1, 11), il écarte énergiquement les scrupules qui s'étaient pendant longtemps imposés aux prudents. Ce texte est la conclusion doctrinale d'une longue histoire. Au départ, l'édit du préteur n'est que procédure, il n'est qu'un recueil de préceptes juridictionnels et de voies de droit, mais non une source de droit. En fin de course, cette qualité lui est reconnue non seulement par les professeurs mais ensuite par les plus hautes autorités de la jurisprudence. Et Paul affirme que dans l'expression *ius honorarium* le mot *ius* ne fait plus difficulté²³³.

Dans cette évolution, l'aboutissement ne pose aucun problème, on est habitué de nos jours à parler de droit prétorien à côté du droit civil. Ce qui est plus délicat à comprendre, ce sont les raisons qui ont conduit les prudents jusqu'à Hadrien à refuser ce concept. À y regarder de près, elles sont pourtant simples. Le préteur n'est qu'un simple magistrat. Il ne dispose pas du pouvoir législatif, et Cicéron emploie un langage imagé, lorsqu'il appelle l'édit *lex annua* (Verr. 2, 1, 109). En réalité, l'édit n'utilise pas de l'impératif comme la *lex publica* ou comme la jurisprudence elle-même, lorsqu'elle commente un texte législatif ou le complète par des adages qui imitent le style légal (supra). Les propositions de *l'interpretatio* passent pour des corollaires de la loi, et c'est de celle-ci qu'elles prétendent tirer force obligatoire. Au contraire, le préteur parle en son propre nom : ou bien il annonce qu'il délivrera lui-même une voie de droit et s'exprime à la première personne (p. ex. *iudicium dabo*; *pacta conventa servabo*; *ratum non habeto*), ou bien il adresse des injonctions aux justiciables, il intervient alors en vertu de l'autorité qui lui est propre et s'abstient de l'impératif du législateur pour se contenter plus modestement du subjonctif

²³² Wlassak, *Processgesetze*, II, p. 125 suiv., 359; *Krit. Studien z. Theorie d. Rechtsquellen*, p. 103; *Negotiorum Gestio*, p. 154 suiv.

²³³ Sur ce texte Wlassak, *Processgesetze*, II, p. 125 n. 16. Dans ce même texte, Paul après avoir mentionné le *ius civile* distingue, à propos du préteur, le concept de source du droit et la fonction de magistrat qui administre la justice : *praetor quoque ius reddere dicitur*; cf. mes *Actions civiles*, p. 66; dans un autre sens Kaser, *ZS*, 1984, p. 78 n. 360.

(ex. *ne postulent*)²³⁴. Les prudents n'ont pris en considération que sa qualité de magistrat. Initialement à leurs yeux, l'édit n'est qu'une ordonnance judiciaire. Et à son propos, de *ius* il ne peut être question qu'à titre de *iurisdictio*. D'ailleurs, *iurisdictio* est couramment dans la langue jurisprudentielle la fonction qu'exerce le préteur dans son édit, lorsqu'il annonce le programme qu'il mettra en œuvre (ex. Gaius 4, 111 *quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur – actio* –²³⁵). *Iurisdictio* finit même par désigner l'édit²³⁶. Les prudents ont obéi à des mobiles constitutionnels pour refuser longtemps au préteur la qualité de source du *ius*. L'édit n'usurpe pas cette fonction de la loi. Le préteur ne fait que réglementer l'administration de la justice et son rôle créateur ne se manifeste que par l'introduction de voies de droit nouvelles ou éventuellement d'injonctions au subjonctif qu'il formule comme magistrat à l'adresse des justiciables. Dans tout cela rien qui ressemble à la conception traditionnelle du *ius*. On ne discerne que l'exercice de la *iurisdictio*. D'ailleurs, les prudents ne se sont décidés à commenter l'édit qu'assez tard à la fin de la république.

De cette conception restrictive de l'édit du préteur, découlent des conséquences importantes sur la qualification des institutions que ce magistrat a créées médiatement à l'aide de simples voies de droit. Pas plus que l'édit n'est une source du *ius*, pas plus les institutions qu'il introduit ne méritent le nom des institutions civiles correspondantes.

²³⁴ Sur ces aspects de l'édit Karlowa, *R. Rechtsgeschichte*, I, p. 462. À propos des injonctions que le préteur adresse aux justiciables, il arrive que la clause édictale se compose de deux membres, dont le premier est l'injonction elle-même au subjonctif (*ne quis...*) et le second est l'annonce de la voie de droit délivrée contre les contrevenants (Karlowa, I, p. 467 n. 4; Kaser, *Fest. Schulz*, II, p. 33). Il n'y a pas lieu de supposer, comme on l'a dit parfois, que dans la plus ancienne rédaction de l'édit les clauses édictales aient en général commencé par être rédigées selon ce type de composition en deux phrases, la première énonçant au subjonctif un ordre, la deuxième sa sanction. En réalité, le préteur ne formule pas de normes, il use du subjonctif, lorsqu'il règle de façon autoritaire en tant que magistrat la marche du procès ou lorsqu'il prend des mesures de police au sens général du mot : p. ex. E. P. § 12 *ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat*; § 62 *ne quis in suggrunda...*, § 118 *de inspiciendo ventre*. Lorsque le magistrat n'a pas à imposer son autorité, il se contente de délivrer une voie de droit dans une clause édictale en une seule phrase du schéma : *si quis... iudicium dabo*. Déjà les XII tables se contentaient d'une phrase unique pour assortir une situation juridique de la sanction appropriée.

²³⁵ Gaius, 4, 1 18 *vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt (exceptiones)*; voir De Martino, *Giurisdizione*, 1937, p. 159-166; Leifer, *Gewaltgedanken*, 1914, p. 72-74.

²³⁶ Heumann-Seckel, *Lexicon v. iurisdictio* p. 300. Voir les nombreux textes cités par les auteurs indiqués à la note précédente.

On connaît la phrase célèbre de Gaius : 3, 32 *praetor heredes facere non potest*. De même, dans le domaine prétorien on a tardé à parler de *dominium* (Gaius 1, 54; 2, 40) ou d'*obligare, obligatio* (Inst. iust. 3, 13, 1 tiré des *res cottidianae*)²³⁷. L'attitude des prudents est restée longtemps cohérente : ils s'opposèrent à l'utilisation du vocabulaire civil à propos de l'édit ; ce refus alla du général au particulier : non seulement l'édit n'est pas une source du *ius*, mais les institutions qu'il engendre, au lieu de s'appeler de la même manière que leurs homologues du droit civil, portent des dénominations de remplacement assez incolores comme *in bonis habere, bonorum possessio*.

Ce contraste verbal se retrouve en procédure où le mot *ius* a des emplois civils qu'ignorent les voies de droit prétoriennes. Les *formulae in ius conceptae* sont celles, selon la définition de Gaius (4, 45), *in quibus de iure quaeritur*. Gaius donne comme exemples la revendication *ex iure Quiritium* ou les actions qui font valoir une créance à l'aide du mot typiquement civil *oportere*. À cette vaste famille d'actions font pendant les *formulae in factum conceptae*, qui selon les termes de Gaius (4, 46) se contentent de décrire une situation de fait : *nominato eo, quod factum est*. Ces formules prétoriennes n'usent pas du vocabulaire réservé aux actions civiles. Dans ces deux groupes d'action la forme correspond au fond. La formule est soit *in ius* soit *in factum concepta*, selon qu'elle définit dans la langue appropriée une situation juridique ou un état de fait. La catégorie des actions *in factum* va de pair, lorsqu'elle s'est constituée, avec l'inaptitude de l'édit à être une source du *ius*. À propos de ces actions, on observe de nouveau que le prêteur crée non du droit, mais des voies de droit.

Dans le domaine de la procédure, on peut à ce propos rappeler aussi le contraste qui oppose l'extinction d'une action *ipso iure* à son exclusion *per exceptionem*. À travers *l'ipsum ius*, on discerne l'automatisme du droit civil qui à lui seul peut produire parfois un effet définitif, sans que le magistrat ait à intervenir. Au contraire, le prêteur n'est pas en mesure d'énoncer un précepte qui s'appliquerait de plein droit, il délivre une exception. Cette fois encore, il crée une voie de droit, non du droit : l'automatisme du *ius* n'est pas de son ressort²³⁸.

La réticence que manifestèrent les juristes à l'égard de l'édit n'est pas un phénomène isolé. Il fut un temps où ils refusèrent aussi de reconnaître dans les sénatusconsultes une source de droit. Il y a lieu de rapprocher ces deux attitudes assez semblables, elles obéissent à des motifs analogues, et le résultat fut le même. Si Pomponius ne formule aucune restriction, lorsqu'il voit dans les sénatusconsultes un

²³⁷ Kaser, ZS, 1984, p. 14 n. 48.

²³⁸ Sur d'autres aspects de l'expression *ipso iure*, voir Kaser, ZS, 1984, p. 13, 104 suiv.

aspect du *ius* (D. 1, 2, 2, 9 *idque ius appel labatur senatusconsultum*), par contre Gaius (I, 4) rappelle que dans le passé la compétence législative de la haute assemblée souleva des doutes : 1, 4 *senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem obtinet, quamvis fuerit quaesitum*. Ces doutes, Ulpien les écarte péremptoirement en quelques mots qui placent, comme l'avait fait Pomponius, le concept de *ius* au centre du problème : D. 1, 3, 9 (16 ed.) *non ambigitur senatum ius facere posse*²³⁹. La réserve des prudents à l'égard du sénat fut dictée par des motifs constitutionnels comparables à ceux qui déterminèrent leur position face à l'édit. L'édit pendant longtemps ne fut pas reconnu comme source du droit, parce qu'il émanait d'un magistrat et ne faisait que présenter le programme de sa *iurisdictio*. Le sénat, d'autre part, n'était qu'un organe consultatif ; les *senatusconsultes* n'étaient que des avis, dont le poids dépendait de la seule *auctoritas* de la haute assemblée. Ils n'usaient pas de l'impératif propre au législateur²⁴⁰, mais de tournures comme *censere* ou *placere* avec une proposition infinitive ou le subjonctif. La liberté d'action des magistrats était en principe ménagée par la clause : *si eis videatur*²⁴¹. *Iurisdictio* et *consilium*, ces deux fonctions, la première du préteur, l'autre du sénat, étaient initialement aussi dépourvues l'une que l'autre de la faculté de créer du *ius*. On comprend dans les deux cas pourquoi la jurisprudence refusa de l'admettre.

À la fin de la République et au début du principat, les progrès de la haute assemblée dans l'exercice du pouvoir réglementaire avaient créé une situation assez confuse qui rendait alors malaisée une définition des *senatusconsultes*. Ils traitaient d'administration et de police et on les rapprocha alors des lois (Tab. Her. 52, 72 *legibus plebeive scitis senatusconsultis*)²⁴² ; la *lex Ursonensis* par les mots *ius ratumque esto* confirme la validité des résolutions du sénat local (64, 92, 96, 126). Inversement la validité du *senatusconsultum ultimum* fut contestée ; et si on admettait que le sénat pût dissoudre les *collegia*, on laissait à une loi le soin de prévoir la *poena* qui sanctionnait une telle mesure²⁴³. En droit privé, le sénat traite du taux de l'intérêt (Cic. Att.

²³⁹ Ulpien répond aux incertitudes doctrinales évoquées par Gaius, même si son propos est suscité par le cas particulier du SC Trébellien. Cela n'ôte pas à sa remarque sa portée générale, comme le pense à tort Wlassak, *Krit. Studien zur Theorie der Rechtsquellen*, p. 103 suiv.

²⁴⁰ Sur l'emploi exceptionnel de l'impératif dans les *senatusconsultes*, voir ma *Loi à Rome*, p. 27 n. 19.

²⁴¹ Mommsen, *Staatsrecht*, III, 2, p. 1027 n. 2 ; Willems, *Sénat*, II, p. 212-231.

²⁴² Voir aussi *fragm. Atest.* 9 ; *Lex Urs.* 104.

²⁴³ Cic. *ad Quint. fr.* 2, 3, 5 ; Watson, *Law making in the later r. republic*, 1974, p. 29 ; Behrends, *ZS.* 1975, p. 299.

5, 21, 13); et à une date difficile à situer il introduit le quasi-usufruit (D. 7, 5, 1)²⁴⁴. La situation est assez flottante pour que de nos jours les savants voient naître la compétence législative du sénat tantôt sous la république tantôt sous le principat. Cicéron ne paraît pas avoir eu en cette affaire une doctrine très ferme²⁴⁵. Dans ses listes des sources du droit, il lui arrive aussi bien de mentionner les sénatusconsultes (*top.* 28; *part. or.* 130) que de les omettre (*inv.* 2, 22, 65-68; 2, 53, 160; *top.* 31; 90), comme le fait aussi la Rhétorique à Herennius (2, 14, 19).

Les jurisconsultes avaient une raison technique d'adopter l'attitude négative que rapporte Gaius. Des sénatusconsultes ne naissent pas d'actions civiles; les actions *ex senatusconsulto* sont prétoriennes²⁴⁶; un sénatusconsulte n'engendre pas de nullité civile *ipso iure*, à sa place doit intervenir un moyen prétorien²⁴⁷, notamment une exception (cf. SC Macédonien). Tout ceci est conforme à la nature traditionnelle des sénatusconsultes, qui dans leur principe sont des avis ou instructions adressées aux magistrats; ceux-ci sont invités expressément ou non à en assurer l'application. En droit privé, la situation a des aspects qui lui sont propres. Les sénatusconsultes ne furent pas au début du principat une source du *ius civile*, puisqu'ils mettaient en mouvement des voies de droit prétoriennes. Mais ils n'étaient pas plus une source de *ius praetorium*, qui en ce temps là aux yeux des jurisconsultes n'existait pas encore. Plus tard le sénat put toucher au droit civil (cf. SC *Tertullianum*). Il n'est pas indifférent de remarquer que dans les passages déjà cités de Pomponius et Ulpien il est dit que le sénat est une source du *ius* sans préciser lequel, civil ou prétorien, tant le choix eut été ambigu.

Comme l'édit du préteur et comme les sénatusconsultes, les *mores* suscitèrent l'embarras des jurisconsultes. Et celui-ci se reflète dans la littérature contemporaine, qui tantôt réduit à Rome la coutume à peu de chose, tantôt lui accorde une importance de premier plan²⁴⁸. Ces contradictions tiennent à l'état de nos sources; et il faut commencer par voir comment elles se répartissent avant d'adopter une solution unilatérale qui s'arrête à un seul de leurs aspects. Trai-

²⁴⁴ Crifò, *Studi sul quasi-usufrutto romano*, 1977.

²⁴⁵ Bleicken, *Lex Publica*, 1975, p. 238 n. 141.

²⁴⁶ Voir mes *Actions civiles*, p. 82 suiv.; Kaser, *Fest. Flume*, p. 106.

²⁴⁷ Kaser, *Homenaje Alvarez Suarez*, p. 245.

²⁴⁸ Kaser est passé du premier point de vue (ZS, 1939, p. 52-101) au second : *Fest Flume* 1978 p. 110-118. Flume, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, 1975, est très restrictif. Dans un sens positif : D. Nörr, *Fest. Felgentraeger*, 1969, p. 353-365; du même, *Divisio und Partitio*, 1972. Même tendance chez Waldstein dans *De Iustitia et Iure*, *Fest. Lübtow* 1980, p. 106-126. Bleicken, *Lex Publica*, 1975, p. 347-396 fait une vaste synthèse du problème en associant *mos* et *lex*. De même, L. Bove, *La consuetudine in diritto romano*, 1971.

tant de droit privé, la jurisprudence ne fait à la coutume qu'une place extrêmement modeste. Au contraire, les auteurs littéraires font preuve pour elle d'une grande générosité. Non seulement ils l'incluent dans leurs catalogues des sources du droit, mais en droit public ils lui attribuent un rôle décisif. Jusqu'aux Gracques, dans ce domaine le législateur a fait des interventions peu nombreuses²⁴⁹ et a laissé aux *mores* le soin de réglementer la pratique constitutionnelle²⁵⁰. Mais en dépit de ce vaste champ d'action, les *mores* ont leurs limites. Les Romains attribuaient non au droit coutumier mais aux rois, aux fondateurs de la république et dans une certaine mesure aux décemvirs et aux consuls de l'an 449 la création des grandes institutions de la cité : les auspices, les assemblées populaires, le sénat, les collèges sacerdotaux, le consulat, l'appel au peuple, le pouvoir législatif des comices, etc. Cette idéologie des héros fondateurs ne laissait aux *mores* que le fonctionnement des institutions, disons la pratique. Ce culte des grands hommes dissimule encore aujourd'hui l'origine véritable des institutions qui viennent d'être énumérées. Mais cela ne nous autorise pas à faire ce que les Romains eux-mêmes n'ont pas fait, autrement dit attribuer aux *mores* la formation de tous ces organes et ces principes fondamentaux. Une telle image des *mores* ne serait pas romaine. Et c'est par solution de facilité que certains savants placent, à l'exemple d'autres civilisations, la coutume à l'origine de la constitution romaine. On simplifie trop les choses, quand on pense que dans les temps les plus anciens ce qui n'est pas légal est coutumier. On a raison de dire que la problématique des sources du droit n'appartient pas à la mentalité juridique des premiers Romains. En leur temps, les institutions sont ce qu'elles sont et on ne leur cherche pas de cause. Le dilemme loi-coutume n'est pas archaïque.

Quand on minimise ou magnifie aujourd'hui la place de la coutume à Rome, on procède à des simplifications excessives et on ramène à l'unité un problème qui en réalité est double. En droit privé, les jurisconsultes qui seuls ont autorité dans ce domaine, face à l'amateurisme des rhéteurs, n'accordent aux *mores* que la formation de rares institutions et s'abstiennent de leur reconnaître une portée générale. Tous les efforts contemporains pour valoriser en droit privé la coutume, au détriment des autres sources du droit, échouent devant la quasi-indifférence qu'observe à son égard la jurisprudence. En droit public, il en va autrement. Les prudents se préoccupent peu de ce domaine. Ce sont les auteurs littéraires qui avec une grande fréquence décrivent sous le nom de *mores* la pratique constitutionnelle, mais s'arrêtent à elle sans assigner une origine coutumière aux grandes

²⁴⁹ Kunkel, *Kleine Schriften*, 1974, p. 369 suiv.

²⁵⁰ Bleicken, *Lex publica*, p. 364 suiv.

institutions de la cité qui passaient pour l'œuvre d'une série d'illustres fondateurs²⁵¹. Il n'y a de la part des auteurs littéraires aucun abus de langage dans cet emploi du mot, tenu pour responsable non de la naissance des institutions mais de leur fonctionnement. En somme, droit privé et droit public offrent deux aspects contrastés des *mores*. La jurisprudence ne leur accorde que peu de place en droit privé, alors que tout le monde tient leur rôle pour considérable en droit public.

On a placé parfois de faux espoirs dans l'expression *leges et mores* pour mesurer la portée de la coutume à Rome. Il est bien vrai que dans certains textes²⁵² loi et coutume sont associées de la sorte. Mais tel n'est pas le sens le plus ancien de cette expression, et ce n'est pas celui qu'elle a dans la langue juridique. Dans son acception la meilleure, elle rapproche, en donnant un sens large à *leges*, le droit et les mœurs. De bonne heure chez les poètes, dès Plaute, les deux choses sont confrontées et la tradition poétique répète que les mœurs l'emportent sur le droit (Plaut. *Trin.* 1037 *mores leges perduxerunt iam in potestatem suam*; 1043 *leges mori serviunt*, Hor. *carm.* 3, 24, 35 *quid leges sine moribus?* Lucr. 5, 958 *moribus inter se scibant nec legibus uti*)²⁵³.

La *cura legum et morum* accordée à Auguste était conçue comme l'instrument de la réforme des lois et des mœurs, et c'est dans ce sens que l'entendaient aussi bien la traduction grecque des *Res Gestae* (6, 1 ἐπιμελητῆς τῶν τε νόμων καὶ τῶν τρόπων; cf. Dio Cass. 54, 10; 54, 30) que les poètes du régime (Hor. *epist.* 2, 1, 3 *moribus ornes, legibus emendes*; *carm.* 4, 5, 22 *mos et lex maculosum edomuit nefas*; Ovid. *met.* 15, 832-34 *pace data terris animum ad civilia vertet iura suum legesque feret iustissimus auctor exemploque suo mores reget*, ; *trist.* 2, 233 *urbs quoque te et legum lassat tutela tuarum et morum, similes*

²⁵¹ L'idéologie du roi-fondateur qui est responsable de la création d'un nombre important d'institutions fondamentales de la cité reste en marge des lois dites royales groupées dans le recueil du *Ius Papirianum*, lequel a un objet très limité portant sur les devoirs religieux du citoyen, abstraction faite du culte privé.

²⁵² Voici quelques références de textes contenant l'expression *leges et mores*, où le second terme désigne le droit coutumier : *Auctor ad Heren.* 1, 2, 2; 2, 10, 4; 2, 12, 18; 3, 3, 4; Cic. *top.* 31; *de orat.* I, 39; I, 48; 3, 74; *off.* 1, 69; *leg.* 2, 23; *part. orat.* 130-131; *Sest.* 98; *Vat.* 34; *rep.* 2, 64; Liv. 3, 31, 8; 5, 6, 17; 26, 3, 8. On trouve aussi l'association *ius-lex-mos* : p. ex. Cic. *Pis.* 30; *Sest.* 73; *de orat.* 3, 76; Capito ap. Gell. 13, 12, 1. Sur ces tournures : Kunkel, *Kleine Schriften*, p. 381; Bleicken, *Lex Publica*, p. 394 n. 147.

²⁵³ Cic. *Att.* 2, 19, 3 cite le vers d'un poète sans indiquer son nom : *si neque leges neque mores cogunt*.

*quos cupis esse tuis*²⁵⁴). Moralisateur était avant tout l'esprit de la législation entreprise par l'empereur conformément à la mission qui lui avait été confiée²⁵⁵. Auguste se glorifie de cette tentative de restauration de la moralité publique qu'il conduisit par cette voie (R. G. 8, 5 *Legibus novis me auctore latis multa exempla maiorum exolescentia iam ex nostro saeculo reduxi et ipse multarum rerum exempla imitanda posteris tradidi*).

En jurisprudence, où la coutume ne joue qu'un rôle fort limité, le binôme *leges et mores* ne la met pas en contraste avec la loi, mais selon le sens traditionnel de l'expression place côte à côte le droit et les mœurs, et le fait aussi bien à propos des romains (p. ex. au sujet du mariage qui *moribus legibusque constat*, –Ulp. D. 24, 1, 3, 1) que des étrangers (p. ex. à l'occasion du *postliminium* qui est *inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum*, –Paul D. 49, 15, 19²⁵⁶ pr.). Lorsque Gaius écrit en tête de ses Institutes : 1, 1 (D. I, 1, 9) *omnes populi qui legibus et moribus reguntur*²⁵⁷ il désigne l'ensemble des peuples civilisés, aussi bien Rome que les pérégrins, qui règlent leur conduite tant sur le droit que sur les mœurs. Encore une fois, le couple *leges et mores* s'applique en jurisprudence aussi aux autres peuples et cet emploi de l'expression se retrouve en littérature latine²⁵⁸. Que les *mores* soient ici chez Gaius non la coutume mais simplement les mœurs, c'est ce que met en évidence le paragraphe suivant (1, 2) qui la passe totalement sous silence dans son énumération des sources du droit à Rome. Il n'y a aucune contradiction entre le paragraphe premier et le suivant. Gaius n'a pas commencé par mettre la coutume sur le même plan que la loi pour l'oublier aussitôt après. Il s'est contenté en tête de son petit manuel d'affirmer que le droit et les mœurs régissaient également les peuples. Mais sur les mœurs il n'avait pas à revenir au paragraphe second qui dresse la liste des *iura populi Romani*.

²⁵⁴ Sur ces textes, Premierstein, *Vom Werden und Wesen des Prinzipats*, 1937, p. 150 suiv.

²⁵⁵ Cette législation fut menée à bien non en vertu de cette *summa potestas* accordée à Auguste, mais par coquetterie simplement à l'aide de la puissance tribunitienne (RG 6, 2).

²⁵⁶ Gaius 1, 92 renvoie à la pérégrine qui *secundum leges moresque peregrinorum conceperit*. Sur le binôme *leges et mores* en jurisprudence, Kaser, *ZS*, 1939, p. 94. Sur cette opposition dans les textes littéraires, Ducos, *Les Romains et la loi*, 1984, p. 428 suiv.

²⁵⁷ Pour une tentative de renouveler l'interprétation de ce texte, G. Arico Anselmo, *Ius Publicum Ius Privatum*, 1983, p. 127 suiv. (extrait des *Annali del Seminario dell'università di Palermo*, 37).

²⁵⁸ Il est p. ex. fréquent chez Tite-Live : 24, 3, 12; 28, 12, 3; 30, 33, 8; 37, 54, 22, 45, 24, 3.

Comme le catalogue des sources du droit chez Gaius (1, 2), ceux de Pomponius (D. 1, 2, 2, 5-12) et de Papinien (D. 1, 1, 7) ignorent la coutume. La concordance entre ces trois juristes est remarquable, et cette exclusion a une valeur doctrinale. Pour échapper à cette conclusion, on a imaginé de dire que ces catalogues n'énuméraient que les sources écrites et de ce fait laissaient de côté la coutume. En réalité, ces listes n'annoncent rien de semblable, et Pomponius (§ 5; 12) au contraire dans la sienne déclare que le droit jurisprudentiel est *sine scripto*²⁵⁹. D'ailleurs, la distinction du *ius scriptum* ou *non scriptum* n'a à l'époque classique qu'une importance tout à fait secondaire²⁶⁰, et il serait singulier qu'elle servît de critère aux prudents lorsqu'ils font l'inventaire des sources du droit²⁶¹.

Sur ces sources, les rhéteurs ne professent pas la même doctrine, et le contraste est à cet égard bien connu. Parmi elles, ils incluent non seulement la coutume²⁶² mais aussi les jugements ou l'équité, toutes choses qu'excluent les catalogues jurisprudentiels. Ces énumérations rhétoriques n'ont au point de vue juridique aucune valeur; il s'agit simplement de puiser des arguments partout où on peut les trouver et notamment d'exploiter les précédents et les usages.

Les prudents sont d'une manière générale restés fidèles à leur doctrine et ne tolèrent que de rares dérogations au principe que les *mores* ne sont pas une source du droit²⁶³ privé. Ces dérogations sont essentiellement la substitution pupillaire (Ulp. D. 28, 6, 2 pr. *moribus introductum est*), l'interdiction des donations entre époux (Ulp. D. 24,

²⁵⁹ Sur ce point, Waldstein, dans *De Iustitia et Iure*, Fest. Lubtow, 1980, p. 110. suiv.

²⁶⁰ Shulz, *History of roman legal science*, 1946, p. 73, 137; Kaser, Fest. Flume, p. 104 suiv.

²⁶¹ Pomponius, on vient de le voir, dit que le droit jurisprudentiel est *sine scripto*. Il ne fait à ce propos aucune allusion aux *responsa* qui en vertu de la réglementation impériale du *ius respondendi* doivent être écrits et scellés. Pomponius ne considère pas que la forme écrite des *responsa* justifie la présence de la jurisprudence dans son catalogue des sources du droit. Gaius dans le sien mentionne les *responsa* mais ne rappelle pas leur forme écrite (1, 7). Aucun juriste ne justifie l'existence du droit jurisprudentiel par la forme matérielle des *responsa*. Sur ce problème, Kaser, Fest. Flume, p. 117 n. 94. Pomponius (D. 1, 2, 2, 49) ne fait état de l'emploi de l'écrit pour les *responsa* qu'à propos du *ius respondendi*. Dans son développement sur les sources du droit, il n'en fait pas mention.

²⁶² *Auctor ad Heren.* 2, 13, 19; *Cic. inv.* 2, 22, 67; 2, 54, 162; *part. orat.* 130. top. 28, 31; de *orat.* I, 212.

²⁶³ Il convient de laisser ici de côté la présence du *mos maiorum* dans les textes jurisprudentiels relatifs à des matières de droit public comme la *iurisdictio mandata* etc. Sur ces matières, Kaser, ZS, 1939, p. 84 suiv. En droit public, la coutume n'offre pas de difficulté.

1, 1 *moribus apud nos receptum est*), les empêchements à mariage (Pomp. D. 23, 2, 8 *moribus*; Paul D. 23, 2, 39, 1 *moribus prohibemur*). Quand il est dit que la tutelle relève du *mos civitatis* (Ulp. D. 29, 2, 8 pr), c'est simplement son caractère national non sa source qui est mis en évidence. Même remarque pour la puissance paternelle (Ulp. D. 1, 8, 6 pr), laquelle est un *ius proprium civium Romanorum* (Gaius, 1, 55). Quand à côté de la *pignoris capio* légitime, Gaius (4, 27) parle d'une autre *introducitur moribus*, il s'agit non de droit privé, mais de droit militaire où le rôle de la coutume n'est pas plus surprenant que dans l'ensemble du droit public. Quand les Sentences de Paul (5, 4, 6-7) parlent d'une *actio iniuriarum* qui serait *more introducta*, il s'agit simplement d'action prétorienne²⁶⁴. Quand les Règles d'Ulpien (11, 24) parlent d'un tuteur qui est donné *moribus*, on a affaire au *tutor prae-torius* (Gaius 1, 184), que le magistrat nomme en vertu de son autorité²⁶⁵. Quand Ulpien (D. 27, 10, 1 pr) déclare qu'avant les XII tables l'*interdictio prodigi* fut introduite *moribus*, il parle d'un temps sur lequel il ne dispose d'aucune information. En somme, l'extrême rareté d'institutions coutumières en droit privé va de pair avec l'absence des *mores* dans les catalogues jurisprudentiels des sources du droit. Les prudents refusent de leur faire une place parmi les autres sources, mais procèdent en droit privé à la reconnaissance ponctuelle de quelques rares institutions coutumières.

Tout ceci forme un ensemble parfaitement cohérent : une règle et quelques exceptions. Cependant, un texte de Julien (dig. 84 D, 1, 3, 32) apporte une note discordante. À propos du commentaire de la loi Papia Poppea, il aborde le problème des coutumes provinciales, lesquelles sont tolérées par Rome. Le texte leur reconnaît une valeur subsidiaire par rapport au silence de la loi Papia qu'il commente, sans doute comme le pensait Lenel (Pal.), sur un point précis effacé au Digeste (vraisemblablement *de vacatione et excusatione munerum*). De façon surprenante, sur cet examen d'un aspect très particulier de cette loi se greffe un excursus doctrinal sur la coutume, à laquelle au-delà même des usages provinciaux est attribuée la valeur générale de source de droit. Pour formuler une proposition de cette ampleur, il est difficile d'imaginer dans l'œuvre de Julien un emplacement plus mal choisi. On n'a pas manqué de faire remarquer que cette doctrine semblable à celle des rhéteurs est en contradiction avec la pensée des prudents. Le texte a été souvent soupçonné d'interpolation²⁶⁶. Son authenticité a été défendue récemment par ceux qui tentent de valori-

²⁶⁴ Kaser, p. 91.

²⁶⁵ Mitteis, *R. Privatrecht*, p. 41 n. 4.

²⁶⁶ Voir notamment : Schmiedel, *Consuetudo* 1966 p. 42 suiv.; Flume, *Gewohnheitsrecht*, 1975, p. 32.

ser à Rome le droit coutumier²⁶⁷. Même si le texte émane de Julien, il représente une opinion isolée en jurisprudence et formulée de façon purement occasionnelle comme une parenthèse maladroite dans un développement sur un point précis d'une loi romaine.

On n'a pas manqué de s'étonner du faible rôle que joue en droit privé la coutume à Rome²⁶⁸. Il est d'autant plus surprenant qu'après les XII tables la loi intervient assez peu dans ce domaine. La réponse n'a pas été difficile à trouver. L'édit du préteur et le droit jurisprudentiel absorbent aussitôt les nouveautés de la pratique. On pourrait presque dire qu'elles n'ont pas le temps d'être placées sous le nom de *mos*.

Ce mot, qui à ses débuts²⁶⁹ désigne le comportement individuel (cf. *morosus*), n'avait aucune vocation à l'époque archaïque pour rendre compte du respect dû aux institutions. À s'en tenir au droit privé, la répétition n'est pour rien dans la validité du *ius*. Il apparaît comme quelque chose de fondamental, qui n'est pas le produit de simples usages ou pratiques. Sans doute est-il dans une large mesure constant, mais cette constance n'est pas sa source, elle n'est que la manifestation de sa force. Quant aux institutions privées, le *ius* ne tire celle-ci des *mores* pas plus dans les temps anciens qu'à une époque plus récente. Avant d'être légitimé par les XII tables, sa source était sacrée²⁷⁰ ou à la rigueur magique. Et ceci apparaît à bien des points de vue, comme on l'a remarqué au début de cette étude. Le formalisme juridique est issu en général de la religion, avec cette réserve que l'acte *per aes et libram* utilise un *rodusculum* qui est un emprunt à la magie. En droit criminel, que les XII tables associent au droit privé pour les crimes de droit commun, la peine de mort est une *consecra-*

²⁶⁷ Voir en particulier : Kaser, *Fest. Flume* p. 112.

²⁶⁸ Kaser (*Privatrecht*, II, 1975, p. 58) note ce point tout en admettant que la coutume est une source de droit privé. On a déjà remarqué dans une précédente note qu'il convient de laisser hors du débat les textes jurisprudentiels qui ont trait au droit public et y rapportent les *mores*. Tel est le cas aussi pour : Paul D. 18, 1, 34, 1 relatif aux *res extra commercium* (c'est-à-dire essentiellement les *res publicae* et les *res divini iuris*); Mod. D. 48, 9, 9 (à propos de la peine du sac); Macer D. 47, 15, 3 p. (à propos de la prévarication). L'édit du préteur (D. 3, 2, 1) à propos du deuil parle de *mos* dans le sens de mœurs. À propos de la notion de *probum*, Ulpien (D. 50, 16, 42) parle du *mos civitatis*, à côté du concept de *natura*, dans le sens de moralité publique (Kaser, *ZS*, 1939, p. 93). Hors du débat se situe également la mention du *mos* dans le *de officio proconsulis* d'Ulpien sur divers aspects de l'administration provinciale (Kaser, p. 80).

²⁶⁹ Dumézil *REL*, 32, 1954-55, p. 153 suiv.

²⁷⁰ De nombreux textes parlent de *mos* ou *mores* à propos de la religion, mais par ce mot il faut entendre la tradition religieuse non la source des rites; voir H. Rech, *Mos Maiorum*, 1936, p. 52-68.

tio capitis. Les droits absolus, comme la propriété, la liberté, la puissance paternelle, sont dits *ex iure Quiritium* parce qu'ils sont connus de tous et en justice reposent sur la garantie de l'ensemble des citoyens. Ils sont placés sous la tutelle de Quirinus, dieu du corps civique selon l'étymologie du mot (Co-virino); et c'est l'arme favorite de ce dieu, la lance, que brandissent les plaideurs sous la forme de la *festuca* (*loco hastae*), pour faire valoir leurs prétentions quiritaires. Dans tout ceci les *mores* n'ont rien à voir. Le mot *ius* a une étymologie religieuse et ses manifestations le sont aussi.

Le processus de laïcisation du droit, si ce n'est pour les formes de l'exécution capitale, était déjà fortement avancé lorsque fut rédigée la codification des XII tables. Dès avant les décemvirs, les formes juridiques étaient devenues laïques, et les droits absolus reposant sur la garantie du corps civique se passaient de la protection de Quirinus. Le nouveau code n'égrenait pas une liste plus ou moins longue de simples solutions casuistiques à propos des problèmes les plus délicats. Qu'il s'agisse des actions civiles, des actes formalistes, des droits absolus, de la peine de mort, l'essentiel était dit et les bilans étaient souvent complets. Quand les romains voyaient dans les XII tables une véritable codification, cette opinion n'était pas une nouveauté de plus ou moins fraîche date, cela correspondait à la finalité de cette loi, même si les décemvirs n'avaient pas tout dit. Les points sur lesquels ils se taisaient étaient tenus pour évidents et s'intégraient dans ce droit fondamental dont ils avaient fait la rédaction, en omettant parfois certaines précisions, comme les éléments constitutifs des délits. Il ne faut absolument pas déduire de ces silences qu'à l'époque des XII tables le droit était pour partie légal, pour partie coutumier. Avant ce code, le droit privé n'était pas un produit des *mores*, mais avait en lui-même une valeur éminente qu'il devait à ses origines sacrales. Une fois rédigé, il ne perdait rien de cette valeur qui ne faisait que trouver dans le code une nouvelle confirmation. Ce qui avait été sous-entendu ne cessait pas d'appartenir au droit fondamental que les décemvirs avaient mis par écrit en laissant certains aspects implicites.

Le rôle de l'*interpretatio* fut de clarifier ce qui dans la loi restait inexprimé, mais elle n'était pas réputée disposer d'un pouvoir créateur, elle ne faisait en principe que déduire des corollaires. Et il ne semble pas que dans les *Tripertita* de S. Aelius elle se soit vu reconnaître une fonction plus noble, même si elle l'exerçait en fait²⁷¹. En droit privé, le *ius* n'avait que le champ restreint que lui conférait la loi et

²⁷¹ Les catalogues des sources du droit dans les textes officiels ignorent l'*interpretatio*: *lex Papiria de sacramentis*; *Tab. Her.*, 52, 72; *lex de imperio Vespasiani* (*sanctio*); *Edictum Perpetuum*, IV (*de pactis*); cf. D. Nörr, *Divisio und Partitio*, 1972, p. 4.

que développait *l'interpretatio*. Les *mores* ne purent faire qu'un apport très modeste. Celui du préteur fut considérable, mais on y vit longtemps en jurisprudence qu'une manifestation de la *iurisdictio*, sans vouloir admettre que l'édit fût une source du droit. Et les sénatusconsultes, en principe simples avis de la haute assemblée, se heurtèrent au même refus. Les prudents mirent du temps à surmonter leur conception restrictive du *ius*, limité à leurs yeux à la loi et à *l'interpretatio*, ils tardèrent à allonger la liste de ses sources et ajouter l'édit et les sénatusconsultes. Mais ils n'y inclurent pas les *mores*, qui durent se contenter dans leurs œuvres de notations occasionnelles.

PRINCIPALES RÉFÉRENCES

- Baümer, *Hermes*, 1984 = Baümer, *Die Macht des Wortes in Religion und Magie* (Plinius, N. H. 28, 4-29), dans *Hermes*, 112, 1984, p. 84-99.
- Behrends, *ZS*, 1975 = O. Behrends, *Die Causae coniectio der Zwölftafeln und die Tatbestandsdisposition der Gerichtsrhetorik*, dans *ZRG*, 92, 1975, p. 162-185.
- Behrends, *Symp. Wieacker* = O. Behrends, *Ius und ius civile. Untersuchungen zur Herkunft des ius-Begriffs im römischen Zivilrecht*, dans *Symptotica F. Wieacker*, p. 11-58.
- Behrends, *Iura* 1982 = O. Behrends, *La mancipatio nelle XII Tavole*, dans *Iura*, 33, 1982, p. 25-45.
- Bekker, *ZS*, 1906 = E. J. Bekker, *Über Anfang und Ende des «in-iure» - Verfahrens im Römischen Formularprozess : ius dicere litem contestari*, dans *ZRG*, 27, 1906, p. 1-45.
- Beseler, *ZS*, 1922 = G. Beseler, *Miscellanea critica*, dans *ZRG*, 43, 1922, p. 415-438 et *ibid.*, 45, 1925, p. 188-265.
- Bleicken, *Lex publica* = J. Bleicken, *Lex publica - Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin, 1975.
- Brecht, *ZS*, 1939 = C. H. Brecht, *Zum romischen Komitialverfahren*, dans *ZRG*, 59, 1939, p. 261-314.
- Brecht, *Perduellio* = C. H. Brecht, *Perduellio. Eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung im römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik*, Munich, 1938.
- Carcopino, *MEFR*, 1937 = J. Carcopino, *Les prétendues «lois royales»*, dans *MEFR*, 54, 1937, p. 344-376.
- Colonna, *PP*, 1977 = G. Colonna, *Un aspetto oscuro del Lazio antico. Le tombe del VI-V secolo a. C.*, dans *PP*, 32, 1977, p. 131-165.
- De Martino, *Giurisdizione* = F. De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padoue, 1937.
- Scritti Donatuti* = *Scritti in memoria di G. Donatuti*, Milan, 1973, 1481 p., 3 vol.
- Ducos, *Les Romains et la loi* = M. Ducos, *Les Romains et la loi - Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris, 1984.
- Düll, *ZS*, 1934 et 1935 = R. Düll, *Von vindex zum iudex*, dans *ZRG*, 54, 1934, p. 98-136 et *ibid.*, 55, 1935, p. 9-35.
- Fest. Flume = *Festschrift für W. Flume zum 70. Geburtstag*, éd. H. H. Jakobs, Cologne, 1978.
- Heuss, *ZS*, 1944 = A. Heuss, *Zur Entwicklung des Imperiums des römischen Oberbeamten*, dans *ZRG*, 64, 1944, p. 57-153.
- Kaser, *Das altrom. Ius* = M. Kaser, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949.
- Kaser, *Eigentum und Besitz* = M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2^e éd., Cologne, 1956.

- Kaser, R. *Privatrecht* = M. Kaser, *Das römische Privatrecht, 1 = das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2^e éd., Munich, 1971.
- Kaser, ZS, 1984 = M. Kaser, *Ius honorarium und 'ius civile'*, dans ZRG, 91, 1984, p. 1-114.
- Koch, *Religio* = C. Koch, *Religio. Studien zu Kult und Glauben der Römer*, Nuremberg, 1960.
- Leifer, ZS, 1937 = F. Leifer, *Altrömische Studien IV - Mancipium und auctoritas. Mit Beiträgen zum römischen Schuld- und Haftungsproblem, II Teil*, ZRG, 57, 1937, p. 112-232.
- A. Magdelain, *Rech. sur l'imperium* = A. Magdelain, *Recherches sur «l'imperium»: la loi curiate et les auspices d'investiture*, Paris, 1968.
- Magdelain, REL, 1969 = A. Magdelain, *L'auguraculum de l'arx à Rome et dans d'autres villes*, dans REL, 47, 1969, p. 253-268.
- Magdelain, *Iura*, 1969 = A. Magdelain, *Praetor maximus et comitiatus maximus*, dans *Iura*, 20, 1969, p. 257-286.
- Magdelain, *Hist.* 1973 = A. Magdelain, *Remarques sur la perduellio*, dans *Historia*, 22, 1973, p. 405-422.
- Magdelain, MEFRA, 1977 = A. Magdelain, *L'inauguration de l'urbs et l'imperium*, dans MEFRA, 89, 1977, p. 11-29.
- Magdelain, *Loi à Rome* = A. Magdelain, *La loi à Rome, histoire d'un concept*, Paris, 1978.
- Magdelain, RIDA, 1980 = A. Magdelain, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, dans RIDA, 27, 1980, p. 205-281.
- Magdelain, RIDA, 1981 = A. Magdelain, *L'acte per aes et libram et l'auctoritas*, dans RIDA, 28, 1981, p. 127-161.
- Magdelain, *Iura*, 1982 = A. Magdelain, *De l'auctoritas patrum à l'auctoritas senatus*, dans *Iura*, 33, 1982, p. 25-45.
- Magdelain, *Hom. Schilling* = A. Magdelain, *Les mots Legare et Heres dans la loi des XII tables*, dans *Hommages à Robert Schilling*, Paris, 1983, p. 159-173.
- Magdelain, MEFRA, 1984 = A. Magdelain, *Quirinus et le droit (spolia opima, ius fetiale, ius Quiritium)*, dans MEFRA, 96, 1984, p. 195-237.
- Magdelain, *Un aspect négligé de l'interpretatio*, dans *Sodalitas*, p. 2783-2789.
- Mitteis, R. *Privatrecht* = L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig, 1908.
- Ogilvie, *Commentary on Livy* = R. M. Ogilvie, *A commentary on Livy, Books I-V*, Oxford, 1965.
- Sodalitas*, 1984 = *Sodalitas - Scritti in onore di A. Guarino*, Naples, 1984.
- Versnel, *Triumphus* = H. S. Versnel, *Triumphus. An inquiry into the origin, development and meaning of the Roman triumph*, Leiden, 1970.
- Versnel, *Faith hope and worship* = H. S. Versnel, *Faith hope and worship. Aspects of religious mentality in the ancient world*, éd. par H. S. Versnel, Leiden, 1981.
- Symptica Wieacker* = *Symptica F. Wieacker sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata*, éd. par D. von Liebs, Göttingen, 1970.
- Fest. Wieacker* = *Festschrift für F. Wieacker zum 70. Geburtstag*, éd. par O. von Behrends, Göttingen, 1978.
- F. Wieacker, *Ius*, dans *Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien*, 111, 1980, p. 33-52.

- , *Pontifex iurisconsultus*, dans *Hommage à René Dekkers*, p. 213-231, Bruxelles, 1982.
 - , *Ius civile und lex publica*, dans *Festschrift für Heins Hübner*, Berlin, 1984, p. 357-376.
 - , *Ius e lex in Roma arcaica*, dans *Sodalitas*, p. 3105-3120, Naples, 1984.
- Wissowa, RK = G. Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*, Munich, 2^e éd., 1912.
ZS = *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*.

UN ASPECT NÉGLIGÉ DE L'«INTERPRETATIO»

Dans une étude récente (*La Loi à Rome* [1978] 23 suiv.), j'ai attiré l'attention sur l'emploi de l'impératif dans les divers types de *lex*, aussi bien dans la *lex publica* que dans la *lex templi(luci)*, la *lex censoria*, les *leges catoniennes*, la *lex collegii*, la *lex du foedus*. A première vue, la chose peut paraître banale, ce ton jussif s'adapte parfaitement à la nature de la loi, sur toute la gamme de ses variétés. Ce serait cependant une erreur de croire que l'impératif est par essence le mode d'expression de la souveraineté populaire. Cette souveraineté n'a rien à voir avec les *leges publicae* archaïques ou les *leges dictae* des magistrats (par ex. la *lex templi*). L'impératif est propre à toutes les lois, qu'elles émanent ou non du peuple souverain. C'est un mode original d'expression qui dans l'éventail des sources du droit est réservé aux lois. Les édits des magistrats et les sénatus consultes s'expriment autrement : le magistrat donne des ordres au subjonctif (*rationem edant*) ou parle à la première personne du futur (*ratum non habebō*); le sénat en principe n'énonce que des avis en usant de tournures comme *censere* ou *placere*.

Il est cependant une sorte particulière de documents qui comme les lois recourent à l'impératif, ce sont livres sacerdotaux. Cela est particulièrement évident pour les lois royales (et parmi elles notamment la célèbre *lex horrendi carminis*) qui ne sont pas autre chose que des extraits des livres pontificaux. Mais si, en dehors de ces prescriptions fictivement attribuées aux rois de Rome, on parcourt les différents recueils que la science contemporaine a dressés des fragments ou citations des *libri* des grands collèges de prêtres, on s'aperçoit qu'à côté d'autres modes¹ celui qui revient par prédilection pour énoncer les préceptes sacerdotaux est l'impératif : *pontifex minor ex stramentis napuras nectito* (Fest. 160 L); *si quis forte tauro Iovi fecerit, piaculum dato* (Macrob. Sat. 3.10.7); *viros vocare feriis non oportet; si vocavit, piaculum esto* (Macrob., Sat. 1.16.19); *exta porriciunto* (Macrob., Sat.

¹ On trouve par exemple *oportet* (Fest. 190, 10 L) ainsi que d'autres modes (Varro, *l.l.* 6.21; Plin., *n. h.* 18.14 : sur ces textes voir G. Rohde, *Die Kultsatzungen der r. Pontifices* [1936] 26, 158).

3.2.3)². De même le rituel ombrien des Tables Eugubines, qui comme les XII tables omettent souvent le sujet, formule ses instructions aussi bien à la deuxième qu'à la troisième personne de l'impératif en – *tu* correspondant à l'impératif en – *to* du latin) et fait appel exceptionnellement au subjonctif³. Cette similitude des textes sacrés et des lois n'est pas faite pour étonner : dans un cas comme dans l'autre l'impératif est la langue du *ius* archaïque, qu'il s'agisse aussi bien du *ius divinum* que des XII tables. Ce mode d'expression issu du très ancien droit, loin de disparaître avec le temps, est resté pendant toute la République attaché à la *lex* sous toutes ses formes, mais il ne s'est pas étendu aux sources plus récentes du droit, comme les édits des magistrats ou les sénatusconsultes.

Il existe toutefois encore un emploi de l'impératif auquel on n'a pas prêté attention, et je suis heureux d'en offrir un bref examen à Antonio Guarino. Il s'agit d'une forme singulière de *l'interpretatio* jurisprudentielle qui, à propos des XII Tables comme des livres sacerdotaux, n'hésite pas pour expliquer le texte commenté à rendre impératif pour impératif en passant d'un verbe obscur à un autre de la langue courante. La chose peut paraître assez ordinaire quand elle se limite à un simple mot à mot. Le procédé devient plus extensif quand une phrase entière est rendue par une autre contenant un autre impératif. Enfin, l'audace est complète quand la phrase jurisprudentielle a cessé d'être la paraphrase d'un texte légal ou sacerdotal, on a alors affaire à un produit de la littérature juridique qui prend l'allure d'un adage à l'impératif, s'ajoutant à ceux des XII tables et des livres sacerdotaux. C'est un complément au texte légal ou sacré sur le même style que lui.

Pour s'en tenir d'abord au simple mot à mot, on citera Servius Sulpicius qui rend *sarcito* des XII tables par : *damnum solvito, praestato* (Fest. 430 L). De même on lit chez Paul. Festus 67 L : *endoplorato, implorato* (cf. Cic., *pro Tullio* 50 *endoplorato, hoc est conclamato*). Aussi bien à propos de la centurie intitulée : *niquis scivit sciscito*⁴, on trouve le commentaire suivant : Fest 184 L *nam sciscito significat sententiam dicito, ac suffragium ferto* (cf. Fest. 222 L *obmoveto, pro admoveto dicebatur apud antiquos*). On passe à un degré supérieur d'*interpretatio*, quand une phrase entière des XII tables à l'impératif est traduite en une autre au même mode dans une langue plus récen-

² Cette citation d'un précepte pontifical est empruntée par Macrobc à Fabius Pictor le juriste. On reviendra plus bas sur ce texte.

³ Vairel-Carron, *Exclamation ordre et défense* [1975] 274-280; Poultney, *The bronze tables of Iguvium* [1959] 21, 121.

⁴ Sur la reconstitution de cet intitulé, voir Karlowa, *R. Rechtsgeschichte* 1, 401.

te. Pour illustrer ce procédé, on peut citer aussi bien Cincius que le jurisconsulte Paul. Le premier est reproduit par Festus 176 L : *Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in lib. II de officio iurisconsulti, nominata, certa nominibus propriis pronuntiata. «Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto», id est uti nominarit, locutusve erit, ita ius esto.* D'autre part le verset décemviral : «*si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt*» (8.4) devient chez Paul, Coll. 2.5.5 «*qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito*».

Dans les traités jurisprudentiels de droit sacré, on trouve, comme dans les textes qui commentent les XII tables, aussi bien le mot à mot qui explique tel terme par un autre, que la traduction d'une phrase sacerdotale à l'impératif par une autre également jussive en langue moderne. Comme exemple de mot à mot on se contentera de Fest. 289 L *Proculiunt, promittunt ait significare Antistius de iure pontificali lib. IX.* De façon plus développée, Festus recueille sans doute une paraphrase jurisprudentielle, lorsqu'il écrit : 160 L *Nectere ligare significat, et est apud plurimos auctores frequens; quin etiam. in commentario*⁵ *sacrorum usurpatur hoc modo : «Pontifex minor ex stramentis napuras nectito», id est funiculos facito, quibus sues adnectantur.* Macrobe décrit un enchaînement captivant, lorsque à propos d'un précepte pontifical (*exta porriciunt*) rapporté par Fabius Pictor, le juriste commentateur de droit sacré à ne pas confondre avec le fondateur de l'annalistique⁶, il cite la paraphrase d'un autre spécialiste de textes pontificaux, Veranius, qui paraît avoir vécu à l'ère triumvirale⁷. *Sat. 3.2.3 Nam et ex disciplina haruspicum et ex praecepto pontificum verbum hoc sollemne sacrificantibus est, sicut Veranius ex primo libro Pictoris ita dissertationem huius verbi exsecutus est : «Extā porriciunt, dis danto, in altaria aramve focumve eove quo exta dari debebunt».* Provisoirement on se contentera de ces exemples; comme je n'ai pas entrepris une enquête exhaustive, il n'est pas exclu qu'on puisse allonger la liste des citations.

Il existe une forme plus hardie d'*interpretatio* à l'impératif. Au lieu du mot à mot pour expliquer un verbe ou de la traduction d'une phrase entière en latin courant, on possède des exemples de littérature jurisprudentielle qui adopte le style de la loi ou des livres sacerdo-

⁵ Sur l'emploi du mot *commentarii* pour désigner les archives pontificales (*commentarii pontificum*), voir Rohde, *o. c.* 14 suiv., 54; voir aussi Wissova, *R. K.* 6.

⁶ F. Schulz, *History of roman legal science* 40; Mazzarino, *Atti del II convegno della società italiana di storia del diritto* (1971) 450 suiv.; cf. Albanese, *SDHI.* (1969) 76 suiv.

⁷ Bardon, *La littérature latine inconnue I* (1959) 310.

taux pour rédiger de nouveaux adages qui ressemblent comme des frères à ceux des XII tables ou du droit sacré. *L'interpretatio* cesse alors de suivre pédestrement le texte qu'elle commente, elle poursuit l'œuvre du législateur ou des prêtres en y ajoutant de nouveaux articles. Ainsi dans la formule : *raudusculo libram ferito* (Varro, *l. Lat.* 5.163; Fest. 322 L), il ne faut voir ni le texte écrit d'une *lex Mancipii* comme le veut Varron (*veteribus in Mancipii scriptum*), ni une injonction orale prononcée au cours de la mancipation comme le pense Festus (*dicitur*). Les antiquaires ne savaient plus rien sur l'origine de ce texte, et leurs explications se contredisent. Ce n'est pas une pièce orale ou écrite du transfert libral, que Gaius aurait ignorée, comme si les moindres gestes de l'opération étaient consignés aussitôt dans le document probatoire ou bien encore étaient dictés aux parties on ne sait trop par qui. De longue date, on a vu clair dans cette affaire : ces *verba* sont une instruction jurisprudentielle⁸ destinée à guider les parties dans l'accomplissement de l'acte. Ce que l'on a omis de remarquer, c'est que cette forme d'*interpretatio* était une copie de la langue décemvirale.

Une *nota* de Valerius Probus fournit un autre exemple du même procédé : 4.5 *si negat, sacramento quaerito*. Il ne s'agit pas d'une formule orale prononcée *in iure*⁹. Le verb *negat* à la troisième personne exclut que ces mots appartiennent au dialogue des parties. D'autre part, il est hors de question que le demandeur adresse un ordre au magistrat. Et on n'imagine pas plus que le préteur invite le demandeur à recourir au *sacramentum*, dans les termes d'une injonction ignorée de Gaius et parfaitement superflue. Au terme des péripéties *in iure*, le demandeur pour préparer la liaison du procès « provoque » l'adversaire pour qu'il entre dans le jeu du *sacramentum*, sans que ce défi ait à être précédé d'une incitation par le magistrat¹⁰. La formule

⁸ Sur ce point voir Kunkel, *RE.* v. *mancipatio*, 999, 1001; voir aussi Vetter, *Rhein. Mus.* (1958) 273. Kunkel renvoie à la littérature antérieure. Dans un autre sens : Diosdi, *Ownership* (1970) 65; Capogrossi-Colognesi, *La struttura delle proprietà* 1 (1969) 312, 314.

⁹ Cette explication a été définitivement réfutée par Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens* (1962) 98 suiv. Toutefois si au point de vue formel Kunkel a raison de dire qu'il ne s'agit pas d'une formule de procédure, son interprétation au fond a laissé la porte ouverte à la discussion : Pugliese, *BIDR.* (1963) 171; Sacconi, *SDHI.* (1963) 110; Tondo, *SDHI.* (1969) 325. La problématique ancienne sur ce texte posée par Karlowa, *Der r. Civilprozess zur Zeit der Legisactionem* (1872) 33 nt. 1, est totalement dépassée; cf. Brogгинi *Coniectanea* (1966) 159 nt.

¹⁰ Cette prétendue invitation à recourir au *sacramentum* ne doit pas être confondue avec l'acte d'*actionem dare* de la part du magistrat s'il est vrai qu'un tel acte intervient dans la procédure de *legis actio* (Kaser, *Das r. Zivilprozessrecht*

rapportée par Probus n'est pas orale, c'est un verset jurisprudentiel complétant les XII tables pour guider dans le cours du *sacramentum in personam* le demandeur qui, en vue de la recherche de la vérité (*quarere*)¹¹ doit, après la contestation du défendeur, en venir à l'épreuve suprême de l'enjeu conduisant au jugement. Comme à propos de l'emploi du *raudusculum* dans la mancipation, l'*interpretatio* au sujet de la procédure civile complète les XII tables, qui se contentent de brèves prescriptions; les lacunes de la loi sont au moins partiellement comblées. Dans un cas comme dans l'autre, la jurisprudence décrit certaines phases de l'accomplissement d'un rituel, et il faut présumer que pour faciliter la tâche des parties de telles formules devaient être assez nombreuses et les conduire pas à pas. Ce qui frappe le plus dans ces adages, ce n'est pas leur contenu mais leur forme impérative, ils imitent les XII tables, comme si les decemvirs continuaient à légiférer à travers leurs interprètes.

Ce type de prescriptions jurisprudentielles ne se limite pas au *ius civile*, on le retrouve dans les traités de droit sacré. En voici un exemple tiré des *iuris pontificii libri* de Fabius Pictor le juriste : *aquam manibus pedibusque dato, polybrum sinistra manu teneto, dextera vassum cum aqua* (Non. 873 L)¹². Le parallèle entre les commentaires de droit civil et ceux de droit sacré se poursuit. Les uns et les autres usent de l'impératif non seulement dans le mot à mot qui rend compte d'un passage difficile de la loi ou des archives sacerdotales, mais aussi de leur propre autorité et en complément de ces textes vénérables qu'ils interprètent. Le *De agricultura* de Caton montre que ce type de rédaction avait connu une certaine diffusion. Les impératifs y sont très fréquents parmi d'autres modes. Dès le début on lit : 1.1 *sic in animo habeto*. Il est inexact que Caton ait directement imité les XII tables¹³. Il a plutôt repris un procédé jurisprudentiel, qui avait lui-même la loi pour modèle.

On voit par quelles phases est passée la jurisprudence. Elle a commencé par un commentaire littéral des XII Tables, puis elle acquiert une certaine indépendance en se détachant du mot à mot pour formuler à son tour de véritables sentences. Mais même dans

[1966] 57). Au moment de la *provocatio sacramento* (ablatif), le demandeur a déjà intenté son action en prononçant les *verba* qui énoncent sa prétention (p. ex. *dare oportere aio*). Le recours au *sacramentum* est un acte procédural distinct qui soumet le procès à l'épreuve de l'enjeu.

¹¹ Sur ce sens du mot, Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi* (1960) 88; cf. Mommsen, *Strafrecht* 183 nt. 3 (*Droit pénal* 1, 212 nt. 3) sur *quarere* comme acte du demandeur dans cet adage.

¹² Sur ce texte Rohde, *o. c.* 5.

¹³ C'est pourtant l'avis de Daube, *Forms of roman, legislation* (1956) 94.

cette nouvelle démarche elle ne parle pas encore tout à fait en son propre nom, elle entretient la fiction que c'est la loi qui continue à s'exprimer à l'impératif. Le même mode est conservé pour qu'il n'y ait pas solution de continuité entre les versets de la loi et ceux que les prudents leur ajoutent. Tout se passe comme s'il s'agissait de la même œuvre et des mêmes auteurs. Cette relative modestie de la jurisprudence n'est pas fait pour surprendre. Les prudents ne disposent d'aucune parcelle de l'autorité publique; même s'ils sont magistrats ou prêtres, leur œuvre professionnelle est celle de *privati*, elle n'est pas officielle. Mais tout en commentant la loi, ils s'accordent le droit de la compléter, comme ils complètent aussi les livres sacerdotaux. Ils énoncent ce qui restait sous-entendu, et clarifient ce qui dans leurs modèles était implicite. Mais la jurisprudence évite de se présenter à l'origine comme une source du droit. Ses adages ne sont qu'une excroissance des XII tables et des livres sacrés. Il s'agit encore d'*interpretatio*.

Ce mot est transparent et n'aurait jamais dû offrir de difficulté. Etymologiquement, l'*interpres* est l'intermédiaire, le courtier, et devient assez tôt celui qui est chargé d'expliquer, l'interprète, par exemple des signes divins. Chez Plaute, *interpretari* se rapporte couramment à l'intelligence de *verba* ou *dicta* peu clairs, pour lesquels un effort de compréhension est indispensable (*Poen.* 444, *Pseud.* 26, *Bacch.* 597, *Cist.* 316). A partir de ce sens général, l'*interpretatio* a acquis assez vite divers aspects techniques en des disciplines spécialisées; et de l'une à l'autre ce qu'il y a de commun dans l'emploi du mot, c'est qu'il s'agit de rendre une parole ou une phrase par d'autres ayant le même sens. Ainsi l'*interpretes* est le traducteur qui rend en latin un texte de langue étrangère: *verbum pro verbo* (*Cic., opt. gen.* 14). En rhétorique, l'*interpretatio* est le procédé qui, pour éviter la répétition du même terme, le remplace par un autre qui veut dire la même chose: *alio verbo* (*Auctor ad Herenn.* 4.38). En droit, on a vu de quoi il retourne, il s'agit d'abord du simple mot à mot qui traduit en langue courante le vocabulaire peu accessible des XII tables et des livres sacerdotaux. Dans ces différentes disciplines, on entend par *interpretatio* à peu près la même chose sous des formes diverses, et on perdrait son temps à chercher laquelle a reçu d'abord ce nom. Sextus Aelius Paetus avait, semble-t-il, appelé lui-même *interpretatio* le commentaire des XII tables dans ses *Tripertita* (*Pomp. D.* 1.2.2.38). Il paraît exclu que cette qualification ne soit pas, comme on l'a soutenu¹⁴, authentique et qu'elle ait été imaginée beaucoup plus tard.

¹⁴ Fuhrmann, *Symptotica Wieacker* (1970) 108; contra Nörr, *ANRW* II.15, 534 suiv. Mais Fuhrmann a le mérite d'avoir groupé les textes qui permettent de retracer l'histoire du mot.

Lorsque Varron parle de *duodecim tabularum interpretes* (l. Lat. 5.22), il n'innove pas. En droit, en rhétorique et dans le métier de traducteur, le mécanisme du *verbum pro verbo* est comparable et à peu près contemporain; la jurisprudence n'a pas été appelée *interpretatio* à une époque où elle avait dépassé cette méthode rudimentaire. Et il faut présumer que déjà dans les *Tripertita* l'auteur avait ajouté au simple mot à mot des instructions à l'impératif.

Il n'y a pas, toutefois, lieu de croire que les anciens traités de jurisprudence étaient intégralement rédigés sur ce mode. Par bonheur, on possède un lot de citations littérales des *iuris pontificii libri* de Fabius Pictor (H. Peter, *Historicorum Romanorum Reliquiae* 1, p. 114-116). L'indicatif y va de pair avec l'impératif. Le premier s'adresse à des prêtres ou prêtresses de haut rang, le flamine de Jupiter et les vestales, et cette formulation descriptive et non jussive est peut-être une marque de révérence¹⁵. Par contre les instructions au lecteur sont à l'impératif (7 Peter). Dans un traité non juridique mais proche de la jurisprudence, de *De agricultura* de Caton, divers modes coexistent¹⁶. Assez rapidement dans les traités de droit l'indicatif se généralise et l'impératif s'estompe. C'est la marque que les prudents parlent en leur propre nom et ne se bornent plus à faire le simple commentaire des XII tables. La jurisprudence vole alors de ses propres ailes. C'est peut-être ce qu'a voulu dire Pomponius (D. 1.2.2.39), lorsque dans une phrase mystérieuse¹⁷ il déclare que trois anciens maîtres *fundaverunt ius civile* : P. Mucius, Brutus et Manilius.

Dans les anciens recueils d'instructions aux magistrats, les *commentarii consulares* et les *tabulae censoriae* (Varro, l. Lat. 6.86-88)¹⁸, la coexistence de l'impératif et de l'indicatif survit comme un legs du passé. Leur articulation se fait selon un schéma précis : le chapitre commence à l'impératif et se poursuit à l'indicatif sur le ton d'une simple recette.

¹⁵ Dans ce sens Daube, *o. c.* 68 suiv.

¹⁶ Les instructions à l'indicatif que Tite-Live 8.10 rapporte sur la *devotio*, sont empruntées à un traité jurisprudentiel de droit sacré.

¹⁷ Sur ce texte voir : Bretone, *Tecnica e ideologia dei giuristi romani* (1971) 163 suiv.

¹⁸ Ces documents sont des instructions comme l'a bien vu Mommsen, *Staatsrecht* 1, 5 note. Dans un autre sens à tort, Premierstein, *RE. v. commentarii* IV 732.

«JUS RESPONDENDI»

D'Auguste à Justinien, l'histoire des sources du droit romain se déroule comme une marche constante vers l'unité. Le règne d'Hadrien, l'époque des Sévères marquent dès le Haut-Empire les étapes décisives de ce processus de simplification qui aboutit aux compilations byzantines. Au terme de l'évolution, la constitution *Tanta* (§ 21) présente l'empereur comme la source unique du droit et lui réserve le monopole de l'interpréter. Déjà César avait imaginé d'élaborer une vaste codification du droit romain¹. Mais ce projet prématuré et trop ambitieux resta sans lendemain. Auguste ne se lança pas dans les risques d'une pareille aventure, trop ouvertement en contraste avec son goût des nuances. Ses réalisations restèrent très en deçà du projet césarien. Mais sa méthode insinuante lui assura une position centrale dans la formation du droit.

Dans la mesure où la constitution le tolérait, il s'érigea lui-même en source du droit² et mit ici adroitement à contribution l'idéologie du sauveur et du conservateur de l'Etat³. Il n'hésita pas à agir par voie d'autorité, mais il le fit avec modération, en ménageant les principes. Parmi les *arcana imperii*, il faut compter avant tout le silence presque officiel qui enveloppait la limite des attributions de l'empereur et facilitait ainsi leur accroissement continu⁴. Auguste exploita avec bonheur la marge d'indétermination qui entourait les siennes. Initiateur de la méthode, il l'utilisa avec tact. Il eut été absurde d'avoir décliné l'offre d'un pouvoir législatif personnel, manifestement contraire à la tradition républicaine, pour l'exercer en fait⁵.

¹ Suétone, *Jul. Caes.*, 44. Voir Fr. Schulz, *Legal Science*, p. 61. Suétone parle seulement d'une codification du *jus civile*. Sur le sens très large de cette expression chez les auteurs littéraires, voir M. Kaser, *Altrömische jus*, p. 93.

² Voir M. Grant, *From Imperium to Auctoritas*, p. 431 et suiv.

³ Voir Edits de Cyrène, I, l. 13. Sur ce texte qu'il convient de rapprocher de Dion Cassius, 53, 21, voir F. de Visscher, *Edits de Cyrène*, p. 46, et notre *Auctoritas principis*, p. 78.

⁴ Fr. Schulz, p. 138.

⁵ R. G., 6-1. Sur la question de la *cura legum*, voir en dernier lieu, de Francis-ci *Arcana imperii*, III, 1, p. 283 et suiv.

Mais rendre des ordonnances, à vrai dire peu nombreuses et de portée limitée, éviter de leur attribuer le nom de lois et souvent, à côté du style impératif, donner à leurs dispositions le ton d'un simple avis ou d'une recommandation, c'était user de la forme républicaine de l'édit et y introduire tantôt la langue de *l'imperium* qui ordonne, tantôt celle de *l'auctoritas* qui conseille⁶. Ce n'était pas légiférer. Le souple mécanisme de la *cognitio* extraordinaire fut entre les mains d'Auguste un autre instrument de réforme. Son fondement constitutionnel resta une chose tue⁷. Dans son emploi, il est vrai, l'empereur et ses délégués faisaient simplement figure de juges⁸. Mais la procédure autoritaire permit l'introduction de nouvelles voies de droit, surtout en matière successorale, et prépara une refonte de la répression pénale. Ici encore Auguste réformait le droit sans faire œuvre apparente de législateur.

Il ne légiféra au plein sens du mot qu'avec le concours du peuple⁹, et il lui arriva comme *auctor* de sénatus-consultes de faire appel à la compétence du Sénat¹⁰. Ainsi la haute assemblée et l'assemblée populaire furent mises au service du prince. Quand, par opportunité ou par nécessité, il s'abstenait d'intervenir directement et en son nom, il poursuivait son action rayonnante sur la vie juridique en donnant à ses réformes un revêtement républicain.

Toutefois, deux sources traditionnelles du droit échappaient à l'emprise impériale : le préteur et la jurisprudence. La libre concurrence qu'elles opposaient au prince ne pouvait pas le laisser indifférent. Mais, au début du principat, il n'était pas encore question qu'il se substituât à elles. Et s'il voulait étendre sur elles son contrôle, il devait le faire avec d'autant plus d'habileté qu'il n'était pas en mesure de les remplacer. Le préteur n'était pas son subordonné et, en principe, rien n'empêchait son édit de continuer à faire boule de neige. Mais le pouvoir impérial n'utilisait pas seulement des mesures officielles. Ses silences avaient souvent une signification et une portée

⁶ Sur les ordonnances d'Auguste, Grant, *loc. cit.*

⁷ H. Volkmann, *Zur Rechtsprechung im Principat des Augustus*, p. 89 et 218. Cf. Mommsen, *Droit public*, V, p. 247. Pour l'appel « de réformation », Dion Cassius, 51,19, invoque une décision du Sénat en 30 av. J.-C. Cf. Mommsen, *Droit pénal*, I p. 305; Volkmann, p. 173.

⁸ Premierstein, *Werden und Wesen des Prinzipats*, p. 200 et suiv.; Brasiello, *Repressione penale*, p. 189 et suiv. - Les historiens du principat tentent parfois de rattacher la juridiction impériale à un acte constitutionnel, loi ou sénatus-consulte (en ce sens, Volkmann, p. 218). Le silence des textes nous paraît déconseiller cette solution.

⁹ Arangio-Ruiz, art. *Legislazione*, dans *Augustus, Studi in occasione del bimilenario Augusteo*, 1938.

¹⁰ Premierstein, p. 222; O'Brien Moore, *P.-W.*, suppl., VI, 801.

aussi grandes¹¹. Une froide hostilité était une arme politique que n'avait pas prévue la loi d'investiture. Elle servit à dévitaliser bien des institutions du secteur républicain. Tel fut, comme on sait, le sort du droit prétorien. Son histoire d'Auguste à Hadrien n'a pas été étudiée dans, le détail¹², et c'est regrettable. On a relevé de façon dispersée, au cours de cette période, certaines créations prétoriennes introduites parfois sur invitation du Sénat¹³. Mais leur rareté est un fait acquis. Les commentaires de Servius et Labéon révèlent un édit déjà stabilisé¹⁴. Le préteur se trouva éliminé du courant réformateur sans que l'empereur ait eu à manifester officiellement son sentiment.

La jurisprudence, au contraire, ne fut pas traitée par prétérition. Auguste ne considéra pas indigne de lui de faire des avances à d'illustres prudents qui ne cachaient pas leur antipathie à l'égard du nouveau régime. Ses tentatives pour se concilier les bonnes grâces de Labéon, de Cascellius, ne sont pas passées inaperçues¹⁵. Et bien que lui-même se posât en interprète du droit¹⁶, il demanda souvent conseil aux grands maîtres de la science juridique, en particulier à Trebatius, sans que cet usage eût alors la régularité qu'il acquit au II^e siècle de l'Empire¹⁷.

Toutefois, Auguste ne se borna pas à entretenir avec les jurisconsultes de simples rapports personnels. L'existence d'une source du droit dégagée de tout contrôle de l'Etat était peu compatible avec l'esprit du principat. La création du *jus respondendi* attira les prudents dans l'orbite impériale, les rattacha à la personne du prince, les soumit à son patronage. Ainsi débuta l'emprise du gouvernement sur la science du droit.

I

La liberté jurisprudentielle passe pour avoir été laissée intacte par le principat. Comme sous la République, les prudents auraient continué à délivrer leurs consultations sans la moindre restriction. Le

¹¹ Sur ce point, les justes remarques de Schulz, p. 111.

¹² Voir cependant Weiss, Z. S.-S., 1930, p. 249 et suiv.

¹³ Krueger, *Sources*, p. 114.

¹⁴ Bruns-Lenel, *Quellen*, p. 351.

¹⁵ Val. Max., 6, 2, 13; Pomp., D., 1, 2, 2, 47; Tac., *Ann.*, 3, 75. Voir Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 66.

¹⁶ Premierstein, p. 201; Volkmann, p. 206 et suiv. Cf. *Inst.*, II, 25; D., XXVIII, 2, 26; D., XVI, 1, 2, *pr.*; D., XIV, 2, 9; D., XXIII, 2, 14, 4; D., XIV, 2, 9; Tac., *Ann.*, 1, 77.

¹⁷ Kunkel, *R. R. G.*, p. 66. Cf. *Inst.*, II, 25, *pr.*

jus respondendi est interprété de nos jours comme un privilège destiné seulement à élever au-dessus de la masse des juristes une élite dont le mérite était expressément reconnu par l'empereur¹⁸.

Cette théorie, malgré son succès, appelle le scepticisme¹⁹. L'*Enchiridion juris* attribué à Pomponius souligne la liberté de la jurisprudence républicaine : D., I, 2, 2, 49 : «*Et ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi jus non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant consulentibus respondebant*». Le texte oppose avec vigueur-liberté et *jus respondendi*. Celui-ci exclut celle-là. Ne serait-il pas, comme son nom le suggère, une autorisation impériale de délivrer des consultations juridiques ? Telle est, pour un esprit qui s'affranchit de l'*opinio communis*, la première réflexion ou, du moins, le premier réflexe.

L'épithète de *jurisconsultus* fournit un commencement de preuve. Elle qualifie les juristes qui donnent des *responsa*²⁰. Or, sous le principat, elle est réservée aux juristes brevetés. Les Institutes de Justinien ont conservé un clair souvenir de ce monopole : I, 2, 8. «*Nam antiquitus institutum erat, ut essent qui jura publice interpretarentur, quibus a Caesare jus respondendi datum est, qui jurisconsulti appellabantur*»²¹.

Quelques inscriptions, certains passages du Code Théodosien, du Code de Justinien, du Digeste et d'œuvres littéraires illustrent ce principe. La qualité de *jurisconsultus* est souvent mentionnée à côté de

¹⁸ Schulz p. 112 résume sur ce point la thèse traditionnelle. L'étude de A. Guarino *Jus publice respondendi* (Mél. de Visscher, I, p. 400 et suiv.), reste fidèle à l'idée de liberté jurisprudentielle sous le principat. D'après, l'auteur, Auguste aurait simplement accordé à certains juristes la faculté purement honorifique de *respondere ex auctoritate principis*. Tibère serait le créateur du *jus publice respondendi* conférant force obligatoire aux *responsa*. Nous ferons dans la section II une critique approfondie de la théorie du *responsum* obligatoire pour le juge.

¹⁹ Kunkel, R. R. G., p. 66, l'a contestée pour la première fois en 1947. Mais par suite de la concision de l'ouvrage, il s'est abstenu provisoirement de démontrer ses conclusions. Elles concordent avec celles de la communication que j'ai présentée au récent congrès de Vérone, alors que je n'avais pas encore eu l'occasion de lire le livre de l'éminent romaniste allemand. Depuis, son article *Das Wesen des Jus respondendi* (Z. S.-S., 1948, p. 423-457), dont j'ai pu avoir connaissance quand j'achevais la rédaction de ce travail, fournit une argumentation qui, sur un certain nombre de points, concorde avec la mienne.

²⁰ Cicéron, *De orat.*, I, 49, 212 : «*Sin autem quaereretur quisnam juris consultus vere nominaretur, eum dicerem qui legum et consuetudinis ejus, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum ei ad cavendum peritus esset . . .*». Voir M. Massei, *Jurisperitus* (Arch. giurid., 1946, p. 56 et suiv.).

²¹ Krueger, *Sources*, p. 153, se croit autorisé à dire que le titre de *juris auctor* était aussi réservé aux juristes brevetés. Sur ce dernier point, un témoignage aussi clair que celui des *Inst.* de Justinien pour *jurisconsultus* fait défaut.

titres officiels. Par nature elle ne fait pas partie du *cursus honorum*, mais elle représente une distinction, un *beneficium*²², que l'on a cru bon parfois de rappeler. Les exemples sont significatifs malgré leur rareté. Il s'agit de Capiton, Nerva, Cassius Longinus, Celse, Julien, Neratius, Pactumeius Clemens, Maecianus, Scaevola, Ulpien, Modestinus²³. Leur autorité professionnelle, la haute position politique de la plupart d'entre eux, l'utilisation de leurs œuvres dans le Digeste²⁴ ne laissent pas de doute quant à leur possession du *jus respondendi*. Indubitablement, c'est lui qui est visé sous le titre de *jurisconsultus* dont ils sont décorés. Ce mot, figurant souvent à côté d'autres titres glorieux, ne définit pas simplement l'exercice d'une profession, il met

²² Telle est la définition du *jus respondendi* (D., 1, 2, 2, 48 et 49).

²³ Voici les textes. Inscriptions : Dessau, 1067 pour Pactumeius Clemens, qui fut membre du conseil impérial ; C. I. L., XIV, 5348, pour Maecianus, qui fut préfet d'Égypte et membre du conseil impérial. Une deuxième inscription concernant ce haut personnage, C. I. L., XIV, 5347, ne mentionne pas le titre de *jurisconsultus*. Peut-être ne l'avait-il pas encore. Mais il faut remarquer que les inscriptions ne font pas toujours état de la qualité de jurisconsulte, là où on pourrait l'attendre. Le cas de Julien est à cet égard remarquable (voir Schulz, p. 114). L'explication est simple : la qualité de *jurisconsultus* n'étant qu'un *beneficium*, ne faisait pas partie du *cursus honorum* et n'a été mentionnée qu'occasionnellement sur les inscriptions. Le testament de Dasumius porte . . . *culo juriconsulto*. D'après la date du texte (108 ap. J.-C.), il ne peut pas être question de Proculus, déjà mort ; et l'identification du jurisconsulte visé est restée impossible : cf. Arangio-Ruiz, *Negotia*, p. 135, n. 2.

Digeste : Paul, D., XX, 2, 9 : *Nerva jurisconsultus* ; Paul, D., XII, 1, 40, *pr.* : *in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio juriconsulti* . . .

Constitutions impériales : C. Theod., IV, 4, 3 : . . . *cum hoc auctorem prudentissimum juris consultorum non sit ambiguum Scaevolam comprobasse* ; C., III, 42, 5 : . . . *a non contemnandae auctoritatis juris consulto Modestino responsum est* ; C., VIII, 37, 4 : *secundum responsum Domitii Ulpiani praefecti annonae, juris consulti, amici mei* . . .

Textes Littéraires : Suét., *Gram.*, 10 : *Capito notus jurisconsultus* ; Nero, 37 : . . . *Cassio Longino juriconsulto* ; S.H.A., *Vita Hadriani*, 18 : *Quum judicaret, in consilio habuit non amicos suos aut comites solum sed juris consultos et praecipue Juventium Celsum, Salvium Julianum, Neratium Priscum aliosque, quos tamen senatus omni probasset*.

L'épithète *juris peritus* s'applique souvent à des juristes brevetés, mais son sens est très large et déborde le domaine du *jus respondendi* et des *responsa* ; voir Massey, *loc. cit.* Elle s'applique très souvent aux assesseurs des magistrats ; voir Hitzig, *Assessoren*, p. 76.

²⁴ Justinien n'avait autorisé que l'utilisation des juristes brevetés, const. *Deo auctore*, 4. Cf. Krueger, p. 438 ; de Francisci, *Storia*, III, p. 259. Ou sait cependant que les compilateurs ont dérogé à cette prescription en faveur de quelques grands maîtres de la jurisprudence républicaine et de Gaius. Ces dérogations particulières n'enlèvent pas cependant à la règle sa portée générale.

en valeur l'éclat d'une qualité conférée par l'empereur. Son emploi corrobore le principe posé dans les Institutes de Justinien. Dès lors, si seuls les juristes brevetés s'appelaient jurisconsultes, n'étaient-ils pas les seuls à délivrer des consultations?

Il est possible de répondre affirmativement à cette question. L'*Enchiridion juris* cite les termes d'une requête adressée à Hadrien par certains *virī praetorii* : «*ut sibi liceret respondere*» (D., I, 2, 2, 49). Il a fallu beaucoup d'ingéniosité pour obscurcir tant de clarté²⁵. La requête sollicitait l'octroi du *jus respondendi*. Sans la moindre ambiguïté, elle le définit comme l'autorisation de donner des consultations.

Une phrase célèbre de Gaius donne la même définition. Si elle a paru sybilline, c'est parce qu'elle est incompatible avec la prétendue liberté de la jurisprudence sous l'empire :

I, 7. «*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere*».

Réserveons provisoirement le problème soulevé par l'expression *sententiae et opiniones*. Par *jura condere*, Gaius désigne avec une certaine recherche la genèse du droit. Mais il n'est pas l'inventeur de la formule. Elle appartenait avec le même sens depuis longtemps à la langue littéraire²⁶. Au Bas-Empire elle fera fortune et les juristes classiques seront appelés couramment *juris conditores*²⁷. En parlant de *jura condere*, à propos des prudents, Gaius constate qu'ils sont une source du droit. Il n'avance pas une nouveauté. Le rôle créateur de la jurisprudence était reconnu de longue date²⁸. Cicéron l'avait déjà mentionné :

²⁵ Krueger, p. 151, dont l'interprétation spécieuse a connu un immense succès.

²⁶ Elle figure une deuxième fois dans les Institutes de Gaius, IV, 30. Elle apparaît déjà chez Plaute *Epid.*, 523 : «*qui omnium legum atque jurum fitor, conditor cluet*». Elle est fréquente chez Tite-Live (3, 34, 1.3, 33, 5), notamment à propos des XII Tables. Elle apparaît chez Ovide, *Remedia amoris*, 465 : «*et ne forte putes nova me tibi condere jura*». Sénèque l'emploie à plusieurs reprises : *Epist.*, 91, 16 : «*conditor ille juris humani*»; 14, 14 : «*humano generi jura condenda*». Elle revient fréquemment chez Quintilien, *Decl.*, 260 : «*conditor juris*»; 277 : «*conditor conscriptorque legis*»; 305 : «*qui jura condiderunt*». Son emploi est courant chez les rhéteurs : voir Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani*, p. 589. Cf. Conrat, *Mél. Fitting*, I, p. 316.

²⁷ Voir C., I, 14, 12, 1; II, 12, 23; IV, 29, 25, 1; IV, 39, 9; V, 3, 20, 2; V, 4, 25, 1; VIII, 41, 8; IX, 1, 19.

²⁸ P. Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, p. 96; Costa, *Cicerone giureconsulto*, I, p. 39.

Top., 5, 28 : « . . . ut si quis jus civile dicat id esse, quod in legibus, senatus consultis, rebus judicatis, juris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat . . . »²⁹.

Le parallélisme entre le texte des *Topiques* et celui de Gaius est très net, mais leur opposition est également accusée. L'un et l'autre affirment l'importance créatrice de la jurisprudence. Mais Cicéron décrit une *auctoritas juris peritorum* libre, qui se suffit à elle-même. Gaius, au contraire, fait sentir tout le poids de la réglementation impériale. Il enchaîne *jura condere* à *permissum est*. Pour que les prudents puissent contribuer à la formation du droit grâce à leurs *responsa*, ils doivent être munis d'une autorisation.

Qu'on ne tente pas d'introduire ici une trop subtile distinction, en disant que seuls les *responsa* des juristes brevetés constituent pour Gaius une source de droit et que les *responsa* des autres juristes restent libres mais sont dépourvus de toute valeur. Cette acrobatie exégétique ne parviendrait pas à sauver la liberté de la jurisprudence sous l'Empire. Gaius ne distingue pas deux types de juristes et deux types de *responsa*. Il ne parle que des juristes brevetés, et comme *responsa* il ne connaît que les leurs. Il ne définit nullement un régime dualiste, qu'on tente vainement de retrouver dans son texte au prix d'un sous-entendu. Le régime décrit est rigoureusement unitaire. Et c'est un régime d'autorisation préalable. Le *permissum est* de Gaius rejoint le *licere respondere* des *viri praetorii* dans une commune affirmation de l'asservissement de la jurisprudence.

* * *

L'*Enchiridion juris* présente une troisième définition du *jus respondendi* : « *ex auctoritate principis respondere* ». Le rapprochement inévitable avec l'expression voisine *ex auctoritate tutoris* nous ramène à une autorisation. Mais il a toujours été scrupuleusement évité. Le texte de l'*Enchiridion*, par un respect excessif, a été enfermé dans un splendide isolement.

Parler, comme c'est la tendance des derniers interprètes, de délégation de prestige et dire qu'à travers le brevet impérial quelques rayons de la grandeur du prince venaient se réfléchir sur les juristes privilégiés, c'est réduire le *jus respondendi* à une recommandation

²⁹ Il convient de remarquer que chez Cicéron, *jus civile* a un sens très large. Kaser, *Das altrömische jus*, p. 81 ; p. 95, remarque : « *Jus civile ist für Cicero noch der Inbegriff aller Gegenstände der Juristenweisheit* ». Cf. Jörs-Kunkel, *R. R.*, p. 11.

morale³⁰ et se mettre en contradiction ouverte avec les définitions de Gaius et des *virī praetorīi*, c'est surtout, pour réserver la liberté de la jurisprudence, donner aux mots *ex auctoritate principis* une portée qui, à notre connaissance, n'est attestée nulle part ailleurs, et ignorer systématiquement la longue série des textes qui développent comme un éventail la variété des différents sens techniques de cette expression.

Grâce aux nombreuses recherches³¹ que le principat a suscitées au cours de ces dernières années, *l'auctoritas* impériale a cessé d'apparaître comme une qualification assez vague de la dignité éminente du prince. On a reconnu en elle un pouvoir politique de haute direction analogue à *l'auctoritas senatus*³². Le parallélisme se poursuit assez loin, car l'une et l'autre sont une source du droit³³. C'est ainsi que la langue officielle appelle *auctoritas principis* le pouvoir réglementaire et législatif de l'empereur, et par extension les constitutions impériales elles-mêmes³⁴. Parallèlement, par *auctoritas senatus* il faut entendre soit l'autorité de la haute assemblée, soit un simple sénatus-consulte³⁵.

Mais dans un vaste groupe de textes, malheureusement trop négligés, la formule *ex auctoritate principis* ne désigne ni l'autorité

³⁰ Telle est notamment la conception de L. Wenger, *Praetor und Formel*, p. 101 et suiv. (S. B., Münch., 1926, 3 Abh.); de A. von Premerstein, *Werden und Wesen des Prinzipats*, p. 202 et suiv. Pour F. de Visscher, *Jus publice respondendi* (R. H. D., 1936, p. 619 et suiv.) et H. Siber (Z. S.-S., 1941, p. 397), sous Auguste la recommandation impériale ne viserait que des *responsa* isolés et le *jus respondendi* n'apparaîtrait que sous Tibère. De Francisci, *Storia*, II, p. 407, n. 1, critique cette thèse, en faisant remarquer que l'approbation d'un *responsum* par le prince aurait pour résultat de le transformer en décision impériale. Kunkel (Z. S.-S., 1948, p. 427 et suiv.) rejette également la théorie de de Visscher; il rappelle que l'*Enchiridion* attribue expressément la création du *jus respondendi* à Auguste et fait remonter à son règne les requêtes sollicitant le brevet de jurisconsulte. Kunkel tient pour invraisemblable que l'empereur ait apposé son sceau sur certains *responsa* en vue de leur conférer une autorité particulière, ainsi que le supposait de Visscher.

³¹ En dernier lieu, M. Grant, *From Imperium to Auctoritas*, p. 424 et suiv.; P. de Francisci, *Arcana imperii*, III, 1, p. 243 et suiv.

³² Sur ce parallèle, voir V. Ehrenberg, *Monumentum Antiochenum* (Klio, 1925, p. 189 et suiv.).

³³ Premerstein, p. 194 et suiv.; Orestano, *Potere normativo degli imperatori*, p. 31 et suiv.

³⁴ Sur ce point, voir les auteurs cités à la note précédente et notre *Auctoritas principis*, p. 80.

³⁵ Voir Mommsen, *Droit public*, VII, p. 189, p. 231, n. 2; p. 236, n. 2; Ruggiero, *Diz. Epig.*, s. v° *Auctoritas*. Dans la langue courante, *auctoritas* désigne souvent un sénatus-consulte ordinaire; dans la langue technique, un sénatus-consulte privé de force obligatoire par suite d'une intercession tribunitienne ou d'un vice de forme.

impériale, ni le pouvoir législatif qui lui est attaché, ni même une disposition législative. Elle ne vise qu'un acte de portée limitée : une proposition, un ordre, une autorisation. De même, pour faire état d'une décision d'un magistrat ou d'un fonctionnaire impérial, il était fréquent de dire : *ex auctoritate consulis, praetoris, proconsulis, praefecti urbi*, etc.³⁶

En ramenant le problème à ses traits essentiels, on peut dire, sans tomber dans un excès de simplification, que la langue juridique connaît deux formes distinctes de l'*auctoritas* impériale : selon les textes, elle est tantôt un pouvoir politique, tantôt une mesure particulière arrêtée par le prince. Ainsi, pour interpréter le texte de l'*Enchiridion juris*, deux voies s'ouvrent devant nous. Implique-t-il, dans le jeu du *jus respondendi*, tout le poids de l'autorité impériale ? Ou bien ne révèle-t-il, dans l'attribution du brevet de jurisconsulte, qu'une intervention personnelle de l'empereur ?

La première de ces deux solutions a jusqu'à présent été adoptée sans hésitation. La deuxième n'a même pas été examinée. Elle nous paraît cependant seule acceptable.

L'octroi du *jus respondendi* est un *beneficium*³⁷ et, comme tel, présente un caractère strictement individuel. Il ne constitue pas une manifestation du pouvoir réglementaire ou législatif de l'empereur. Cette conclusion est d'autant plus sûre qu'un souci dominant de la politique impériale a toujours été de séparer les *constitutiones personales* et les *constitutiones generales*³⁸. Seules ces dernières ont la valeur de normes. Tel n'est manifestement pas le cas pour l'attribution du *jus respondendi*. C'est une faveur qui n'intéresse que son bénéficiaire.

Pourrait-on dire, d'autre part, que le brevet de jurisconsulte délègue une parcelle de l'*auctoritas principis* ? Cette hypothèse, qui a connu un succès considérable, se heurte à quelques constatations élémentaires. L'interprétation impériale du droit ne s'est jamais confondue avec celle des juristes. Entre les rescrits du prince et les *responsa* de la juris-

³⁶ *Thes. l. l.*, s. v° *Auctoritas*, t. II, col. 1229-1230; Ruggiero, *Diz. Epig.*, s. v° *Auctoritas*, t. I, p. 768. Premerstein, p. 208-215, ne distingue pas, à propos des magistrats et des fonctionnaires impériaux, les deux sens du mot *auctoritas* qui vise tantôt leur autorité, tantôt un acte déterminé. Il ne fait pas non plus cette distinction en ce qui concerne l'empereur.

³⁷ D., I 2, 2, 48 et 49. Sur la notion du *beneficium* voir Orestano *Jus singulare e privilegium* p. 131, n. 1.

³⁸ *Vita Macrini*, 13; D., I, 4, 2. Voir Krueger p. 132; de Francisci, *Storia*, II, p. 394.

prudence, aucune assimilation n'est concevable³⁹. Un *responsum* ne met en cause que l'autorité du prudent qui le délivre et n'engage pas la responsabilité de l'empereur. Une donnée d'exégèse littérale tranche enfin le débat : nulle part la formule *ex auctoritate principis* n'exprime l'idée de représentation. Il est gratuit de l'invoquer pour dire que les juristes brevetés répondaient au nom du prince.

Tout espoir de voir rayonner dans le texte de l'*Enchiridion juris* l'éclat des formes supérieures de l'*auctoritas* impériale, pouvoir de haute direction ou pouvoir législatif, doit être abandonné. Il faut descendre à ses formes inférieures : proposition, ordre ou autorisation, pour atteindre une compréhension satisfaisante du *jus respondendi*.

L'*auctoritas principis* est parfois une proposition. Mais en ce sens elle ne concerne que les rapports du prince et du Sénat. Pour désigner les sénatus-consultes dont l'empereur était l'*auctor*, on disait aussi bien *senatus consultum ex auctoritate principis* ou *principe auctore*⁴⁰. Il n'y a pas lieu d'insister, car rien dans cette application particulière du mot n'est de nature à éclairer le mécanisme du *jus respondendi*.

Portons nos regards ailleurs. Dans certains cas, l'*auctoritas principis* est un ordre. La *lex de imperio Vespasiani* (ll. 7-9) reconnaît au prince le droit de convoquer le Sénat en dehors de l'époque des sessions légales⁴¹. La convocation intervient alors *ex voluntate auctoritate (principis)*. D'autre part, selon la juste interprétation de Michael Grant⁴², les lettres C A portées au revers de certaines monnaies impériales signifient *Caesaris auctoritate*. L'émission a été dans ce cas ordonnée par l'empereur, alors que la mention *S(enatus) C(onsulto)* révèle une émission du Sénat. Les bornes qui délimitent le territoire

³⁹ De Robertis, *Efficacia normativa delle costituzioni imperiali*, p. 133 et suiv.; Wenger, Z. S.-S., 1943, p. 497 et suiv.

⁴⁰ Sur ces expressions, Mommsen, *Droit public*, t. VII, p. 16 et suiv.; t. V, p. 178. Le terme d'*auctoritas* pouvait désigner d'autres propositions que celles de l'empereur : Tac., *Ann.*, 2, 32, C. I. L., X, 1782; cf. Ruggiero, *Diz. Epig.*, s. v° *Auctoritas*. Sur la nature particulière des propositions de l'empereur, voir Premierstein, p. 222, et O'Brien Moore, P.-W., suppl., VI, col. 801. Le texte du cinquième édit de Cyrène souligne la valeur exceptionnelle du projet soumis par Auguste au Sénat; le sénatus consulte qui en est issu apparaît comme un acte commun du prince et de la haute assemblée. Cf. F. de Visscher, *Edits d'Auguste découverts à Cyrène*, p. 149. – La formule *principe auctore* avait un sens tellement impératif que Tibère lui préférait, l'expression *principe suasore* (Suet., *Tib.*, 27); sur ce point, Mommsen, *Droit public*, t. V, p. 178, n. 5, et Premierstein, p. 221. Cf. Dion Cass., 52, 31; Pap., F. V, 294: «*Maximi principes nostri suaserunt et ita senatus censuit*».

⁴¹ Magdelain, p. 64-65.

⁴² *Loc. cit.*, p. 102 et suiv. et p. 445; voir dans le même ouvrage, plates III et IV. Cf. Sutherland, J. R. S., 1947, p. 211.

des cités fournissent une information du même genre. Les mentions *ex auctoritate imperatoris* ou *ex senatus consulto* précisent, lorsqu'il y a lieu, que le tracé des frontières a été exécuté en vertu d'un ordre de l'empereur ou du Sénat⁴³. Sur ces monnaies et ces inscriptions, l'*auctoritas principis* a la même nature que le sénatus-consulte prescrivant, comme elle, une émission monétaire ou une délimitation de territoire. Elle n'est pas l'autorité, mais une simple décision du prince⁴⁴.

Il convient d'ajouter quelques témoignages jurisprudentiels. Lorsque l'empereur enjoint aux héritiers de respecter la volonté du testateur méconnue en droit strict⁴⁵, au *paterfamilias* d'émanciper son fils⁴⁶, au maître de vendre l'esclave qu'il maltraite⁴⁷, au magistrat de

⁴³ Sur cette question, voir le bel ouvrage de Ruggiero, *Arbitrato pubblico*; le matériel épigraphique est classé chronologiquement et commenté à la fin du volume. Il convient d'y ajouter les nos 623, 624, 1293, 1653 de Merlin, *Inscriptions latines de Tunisie*. Voir Dessau, II, 5954 et suiv. Cf. Cagnat, *Epigraphie*, p. 278; P.-W., s. v° *Terminatio*. A propos d'une inscription découverte à Oposelini, voir Oliverio, *Documenti antichi dell'Africa Italiana*, t. II, fasc. 1, p. 131. D'après Ruggiero, l'intervention du Sénat ou de l'empereur à propos du tracé des frontières entre cités concernerait toujours la solution d'un litige. De fait, en ce domaine un grand nombre d'inscriptions vise expressément une contestation entre cités, mais ce n'est pas toujours le cas, et il nous paraît difficile de sous-entendre un différend lorsqu'il n'est pas mentionné. D'autre part, Ruggiero cite un certain nombre d'inscriptions qui ne font pas état d'un ordre de l'empereur ou du Sénat; le tracé des frontières a été alors ordonné par le gouverneur de la province de sa propre initiative. La compétence personnelle des gouverneurs en cette matière est difficile à délimiter. Voir Mommsen, *Droit public*, t. V, p. 287, n. 2.

⁴⁴ Il existe d'autres inscriptions où la formule *ex auctoritate principis* qualifie un ordre de l'empereur: C. I. L., III, 1443, concernant la fondation d'une colonie décidée par Trajan; Dessau, II, 5749, relatif à une interdiction de cultiver; Dessau, I, 964, à propos de l'élection d'un *curator viarum* (voir Hirschfeld, *Verwaltungsbeamte*, p. 208, n. 1; Premerstein, p. 212); C. I. L., VI, 814, relatif à la construction d'un temple (voir Mommsen, *Droit public*, t. IV, p. 122, n. 2); West, *Latin Inscr.*, Corinth, VIII, 2, p. 32, n. 54 (voir Premerstein, p. 217, etc.).

⁴⁵ Pap., 6 *quaest.*, D., V, 3, 50, 1: «... *tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis*». D'après Pringsheim (Z. S.-S., 1921, p. 653) et Solazzi (*Rend Lomb.*, 1921, p. 181, n. 4), les mots *principali vel* seraient interpolés.

⁴⁶ Ulp., 5 *fideic.*, D., XXXV, 1, 92: «... *ex auctoritate divi Severi emancipare eos compulsus*...». Le principe, rappelé par le texte, est que le père ne peut pas être forcé à émanciper (voir Gaius, I, 137 a; Inst., II, 12, 10; D., XXXVIII, 6, 8; D., XXX, 114, 8). L'exception est qu'un ordre de l'empereur peut l'y contraindre. On connaît un ordre de ce genre donné par Trajan (D., XXXVII, 12, 5). Bonfante, *Corso*, I, p. 65, a si bien compris le principe qu'il n'a pas voulu admettre l'exception.

⁴⁷ *Collat.*, 3, 3, 6, cite une const. de 152: «... *ex mea jam auctoritate te ad alienandos eos compellere*». Il convient de remarquer le caractère technique de l'ex-

procéder à une *datio judicis*⁴⁸, dans ces différentes hypothèses les juristes emploient aussi l'expression *ex auctoritate principis* pour rendre compte de l'injonction impériale.

Toutefois, en ce qui concerne le *jus respondendi*, il ne saurait être question d'un ordre du prince. Le brevet impérial n'impose aucune charge aux prudents. Il est au contraire une faveur qu'ils sollicitent.

L'*auctoritas principis* présente un dernier aspect : elle est souvent une autorisation. Les témoignages épigraphiques et jurisprudentiels sont à cet égard concordants. La *terminatio* des rives du Tibre était effectuée *ex senatus consulto* : par les censeurs sous la République, par les consuls ou l'empereur lui-même sous le règne d'Auguste, par

pression *ex auctoritate principis compelli* qui figure dans les textes cités dans les notes précédentes.

⁴⁸ Mod., 8 *regul.*, D., XLIX, 3, 3 : «*Dato judice a magistratibus populi romani cujuscumque ordinis, etiamsi ex auctoritate principis licet nominatim judicem declarantis dederint, ipsi tamen magistratus appellabuntur*». Ce texte pose divers problèmes : 1. La *datio judicis* vise-t-elle la nomination d'un *judex unus* dans la procédure ordinaire, ou d'un juge-commissaire délégué par le juge compétent dans la procédure extraordinaire ? En effet, dans de nombreux textes le *judex datus* est un juge-commissaire : voir Ruggiero, *Arbitrato*, p. 176 et suiv. ; A. Gell., 12, 13, 1. Mommsen, *Droit public*, t. V, p. 267, interprète le texte en y reconnaissant une délégation de juridiction ordonnée par l'empereur dans le cadre de la procédure extraordinaire. 2. A supposer qu'il s'agisse d'un *judex unus* de l'*ordo*, l'appel est-il possible contre sa sentence ? Ou l'admet de nos jours pour la période du principat : voir Perrot, *Appel* ; Volkmann, *Rechtsprechung*, p. 176 ; H. Apclt, *Die Urteilsnichtigkeit in röm. Prozess*, p. 144 et suiv. - 3. S'il s'agit, au contraire, d'une délégation de juridiction dans la procédure extraordinaire, l'appel pose aussi un problème. Le texte admet qu'il est porté devant le déléguant. Ulp., D., XLIX, 3, 1, *pr.*, donne la même solution. Mais le § 1 de ce texte déclare que l'appel doit être porté devant le juge immédiatement supérieur au déléguant. Ce § 1 ne fait qu'exprimer une exception au principe, défigurée par les compilateurs ou introduite maladroitement par voie d'interpolation (voir Mommsen, *Droit pénal*, I, p. 323, n. 2 ; Merkel, *Appellation*, p. 130 et suiv. ; Hartmann, *P.-W.*, s. *vº Appellatio*, t. III, col. 201).

Il nous semble que dans le D., XLIX, 3, 3, la *datio judicis* est une délégation de juridiction comme dans D., *h. t.*, 1, *pr.* (*si praefectus urbi judicem dederit*) et dans D., XLIX, 1, 1, 3 (*cumquidam judicem ex rescripto principis a consulibus accepisset* ; sur ce texte : Merkel, p. 69). Ou conçoit mal que dans la procédure ordinaire le magistrat ait à recevoir un ordre de *dare judicem*, il doit le faire automatiquement. On pourrait songer que l'ordre porte sur le nom du juge. Mais le texte suppose un ordre n'indiquant pas ce nom et considère comme exceptionnelle l'éventualité d'un ordre qui nommerait le juge que donnera le magistrat. Ces arguments nous paraissent confirmer la solution donnée sans motifs par Mommsen, sans qu'il y ait lieu toutefois d'adopter par là même sa thèse sur l'absence d'appel dans la procédure ordinaire sous l'Empire. Signalons en outre que les mots *licet... declarantis* seraient interpolés pour Solazzi, *Rend. Lomb.*, 1922, p. 91, n. 3, et Beseler, *Z. S.-S.*, 1931, p. 64.

les *curatores riparum* à partir de Tibère. Mais, dès le règne de Claude, ces derniers ne dépendent plus du Sénat et ne sont plus habilités par un sénatus-consulte. La *terminatio* est désormais autorisée par l'empereur; comme l'indiquent les inscriptions, elle est effectuée *ex auctoritate imperatoris*. A un sénatus-consulte a été substitué un mandat impérial⁴⁹.

De même, les formules *ex* ou *sine auctoritate principis* sont utilisées alternativement dans la langue juridique, selon la construction générale de la phrase, pour faire état d'une autorisation impériale. Ainsi, pour dire que l'empereur seul peut permettre la commutation d'une peine déjà prononcée, Paul déclare, 7 *sent.*, D., XLII, 1, 45, 1 : « *De amplianda vel minuenda poena damnatorum post sententiam dictam sine principali auctoritate nihil est statuendum* »⁵⁰. Parallèlement, les juristes appellent *auctoritas* la décision par laquelle l'empereur autorise l'*impetratio dominii* en matière de sûretés réelles⁵¹, la réfec-

⁴⁹ Sur cette importante question, voir Mommsen, *Droit public*, t. V, p. 286, 355; Hirschfeld, *Verwaltungsbuch*, p. 262; Kornemann, *P.-W.*, s. v° *Curatores*, t. IV, 2, col. 1792; Cagnat, *Epigraphie*, p. 277; Volkmann, p. 189. L'essentiel du matériel épigraphique est groupé par Dessau, II, 5922-5925 (*terminatio ex senatusconsulto*), 5926-5934 (*terminatio ex auctoritate imperatoris*). Un autre exemple épigraphique où *auctoritas principis* signifie autorisation : Bruns, n° 188 (A. D. 244) : « ... *hoc ex sacra auctoritate descendere ut pensiones non dependerentur* ». Cf. Arango-Ruiz, *Negotia*, p. 511. Il s'agit d'une dispense accordée par l'empereur.

⁵⁰ Le même principe est posé par Ulpien, 9 *off. proc.*, D., XLVIII, 19, 9, 11 : « *Verum referre ad principem debet, ut ex auctoritate ejus poena aut permutetur aut liberaretur* »; et par Callistrate, 5 *cognit.*, D., XLVIII, 19, 27, *pr.* : « ... *nonnulla exstant principalia rescripta, quibus vel poena eorum minuta est, vel in integrum restitutio concessa est. Sed id dumtaxat a principibus fieri potest* ». Sur la question, voir Brasiello, *Repressionne penale*, p. 263, 373, 494; de Robertis, *Efficacia normativa delle costituzioni imperiali*. I. *Il giudice e la norma nel processo penale straordinario*, p. 56, n. 3, p. 57. On trouve une nouvelle affirmation du principe par Gordien, C., VII, 50, 1.

⁵¹ Tryph., 7 *disp.*, D., XLI, 1, 63, 4 : « ... *cum ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit jure dominii* ... ». Sur la question de l'*impetratio dominii*, voir Girard, *Manuel*, p. 831. Le texte de Tryphoninus a subi de profonds remaniements, comme l'ont montré Schulz, *Z. S.-S.*, 1914, p. 96 et suiv., et Erbe, *Fiduzia*, p. 32. Mais le membre de phrase cité ci-dessus n'a pas été suspecté d'interpolation; le principe qu'il pose est formulé par Gordien, C., VIII, 33, 2 : « *Si creditor pignus jure dominii a nostra Serenitate possidere petit* ... ». Cf. Just., C., VIII, 33, 3, 3 a. Ce qui a été suspecté dans le texte de Tryph., c'est la règle du partage du trésor avec le débiteur (sur la base de Inst., II, 1, 39, et C., X, 15, 1, 4, A. D. 474) et la possibilité du rachat de l'objet par le débiteur pendant l'année qui suit l'*impetratio dominii*.

tion des murs des municipes⁵², la résiliation d'un bail perpétuel de terres publiques⁵³, le changement d'affectation d'un legs fait à un municipe⁵⁴.

Au terme de cet examen des différents aspects de l'*auctoritas* impériale, seul mérite d'être retenu, à la suite d'éliminations successives et en quelque sorte mécaniques, le sens d'autorisation pour rendre compte de la phrase : *Augustus . . . constituit, ut ex auctoritate ejus responderent*. Dans ces quelques mots est résumé le nouveau régime imposé à la jurisprudence. Le texte ne dit pas qu'à côté des juristes brevetés d'autres continuaient à délivrer librement leurs consultations. Pas plus que les Institutes de Gaius, l'*Enchiridion juris* ne décrit la coexistence de deux types de prudents. Comme Gaius, au contraire, il fait état d'un système unitaire et soumet tous les juristes désireux d'exercer l'activité de jurisconsulte à l'obligation d'être dotés d'une autorisation impériale. Ainsi les trois définitions du *jus respondendi*, données par les *viri praetorii*, Gaius et l'*Enchiridion juris*, convergent vers le même point : la suppression de la liberté jurisprudentielle par Auguste.

* * *

Malgré le caractère fragmentaire de notre information, les destinées de cette réforme peuvent être retracées sommairement au cours du Haut-Empire. Elle fut recueillie par Tibère, comme le prouve l'exemple de Sabinus qui reçut de ce prince le brevet impérial⁵⁵.

⁵² Ulp., 68 ed. D., I, 8, 9, 4 : « *Muros autem municipales nec reficere licet sine principis vel praesidis auctoritate . . .* ». Solazzi, *Rend. Lomb.*, 1921, p. 181, n. 4, considère *vel praesidis* comme interpolé. Cf. Macer, 2 off. praesid., D., L, 10, 3 : « *Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet . . . l. Publico vero sumptu opus novum sine principis auctoritate fieri non licere constitutionibus declaratur* ».

⁵³ Paul, 5 sent., D., XXXIX, 4, 11, 1 : « *Agri publici qui in perpetuum locantur, a curatore sine auctoritate principali revocari non possunt* ».

⁵⁴ Valens, 2 fideic., D., L, 8, 6, pr : « *Legatam municipio pecuniam in aliam rem quam defunctus voluit convertere citra principis auctoritatem non licet* ». Beseler, *Beitr.*, t. II, p. 49, a suspecté d'interpolation *citra . . . auctoritatem*.

⁵⁵ D., I, 2, 2, 50 : « *Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare ut populo responderet* ». *Populo respondere* est une expression courante qui figure déjà chez Cicéron et qui signifie : être à la disposition du public pour délivrer des consultations. Cic., *Leg.*, 1, 14 : « *Summos fuisse in civitate nostra viros, qui id interpretari populo et responsitare soliti sint . . .* ». Il ne faut pas confondre *populo respondere* et *publice respondere*. Contre cette confusion Siber s'est élevé à juste titre (*Z. S.-S.*, 1941, p. 399). L'*Enchiridion* illustre par un exemple précis la portée du *jus respondendi* : pour donner des *responsa* « au public », Sabinus avait dû attendre de se voir confé-

Entre les mains des empereurs suivants, elle devint un instrument redoutable d'oppression.

Caligula, devant une constitution célèbre de Constantin⁵⁶, imagine de se réserver l'interprétation du droit en monopole et d'abolir l'activité des prudents. Suétone rapporte ce projet comme un des nombreux caprices qui signalèrent le désordre intellectuel de ce prince :

Calig., 34, 5 : «De juris quoque consultis, quasi scientiae eorum omnem usum aboliturus, saepe jactavit se mehercule effecturum, ne quid respondere possint praeter eum».

Il ne faut pas faire dire à Caligula qu'aucun juriste ne pourrait donner des *responsa* sans son autorisation⁵⁷. Il aurait alors présenté comme une nouveauté une réforme datant d'Auguste. On ne comprendrait d'ailleurs pas le contexte. Le régime de l'autorisation préalable réglemente la jurisprudence mais ne la supprime pas. Or c'est à une abolition totale (*aboliturus*) que songeait Caligula, comme il songeait aussi, d'après le même passage de Suétone, à détruire et bannir de l'Empire les œuvres d'Homère, de Virgile, de Tite-Live. Poussé par son tempérament excessif, il se proposait au moins verbalement, en éliminant les *responsa*, de porter à la limite les restrictions créées par Auguste.

Claude ne tomba ni dans de tels excès, ni dans de pareils abus de langage. Mais son goût presque maniaque de la justice⁵⁸, qu'il rendait avec prédilection, se doublait d'une profonde antipathie pour les juristes, dont la concurrence doctrinale lui était insupportable. Son règne fut marqué par une éclipse de la jurisprudence. A sa mort, dit Sénèque, les prudents crurent renaître. Ils émergèrent alors des ténèbres comme des fantômes oubliés.

Apocol., 12, 2 : «Juris consulti e tenebris procedebant pallidi, graciles, vix animam habentes, tamquam qui tum maxime reviviscerent»⁵⁹.

rer le brevet impérial. Une autre phrase de l'*Enchiridion* déclare : § 48, *publice primus respondit*. Sur ce point, voir *infra*, section III.

⁵⁶ C., I, 14, 1 : «*Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere*».

⁵⁷ Telle est l'interprétation de de Visscher (*R. H. D.*, 1936, p. 630) et de Kunkel (*R. R. G.*, p. 67, en note). Schulz (*Legal Science*, p. 113, n. 3) propose de lire «*ne quid respondere possint praeter : eu!*». Cette lecture nous paraît discutable, elle laisse subsister, d'ailleurs, le projet d'abolir la jurisprudence. Notre interprétation est conforme à la traduction donnée habituellement par les philologues du texte de Suétone : voir en particulier celle de H. Ailloud, édit. Budé.

⁵⁸ G. May, *L'activité juridique de l'empereur Claude*, *R. H. D.*, 1936, p. 62 et suiv.

⁵⁹ Sur ce texte, de Visscher, p. 630. Il est difficile de rendre au témoignage de Sénèque toute sa portée, quand on ne reconnaît pas dans le *jus respondendi* une

Pourquoi cette pâleur, cette maigreur, cette clandestinité? Elles ne s'expliqueraient pas dans un régime de liberté jurisprudentielle. Mais on comprend, au contraire, fort bien comment un prince peu prodigue du *jus respondendi* pouvait, sans recourir à une véritable persécution, raréfier les *responsa* et reléguer les juristes dans l'ombre.

Néron poursuivit cette politique d'hostilité. Il frappa l'école sabienne à la tête en déportant en Sardaigne son chef, C. Cassius Longinus⁶⁰.

Jusqu'à Vespasien qui le rappela à Rome, la jurisprudence connut ainsi de douloureuses vicissitudes, dont les traces sont sensibles. On ne relève de Tibère à Néron qu'un nombre assez faible de jurisconsultes et de *responsa*. L'hostilité des empereurs exerça avec succès son influence stérilisante.

Il serait vain de se livrer au jeu trompeur des statistiques. Mais le dénombrement, aussi approximatif soit-il, des juristes et de leurs œuvres, la qualité et l'influence de celles-ci révèlent, à la fin du premier siècle, une convalescence de la science du droit et, sous Trajan et Hadrien, une véritable renaissance⁶¹.

Ce relèvement de la courbe d'évolution correspond à une orientation nouvelle de la carrière juridique. Sous la dynastie julio-claudienne, la profession de jurisconsulte resta à l'écart du nouveau régime et conserva son *modus vivendi* traditionnel. Quelques prudents accédèrent comme par le passé aux magistratures républicaines, certains furent même admis dans l'intimité du prince. Mais les fonctions impériales leur restèrent habituellement fermées⁶². A partir de Vespasien, et surtout sous les Antonins, la jurisprudence fut associée à l'administration de l'Empire. L'Etat ne pouvait plus se passer de techniciens du droit. La politique de la main tendue remplaça celle de la disgrâce. Les juristes entrèrent au service de l'empereur soit comme fonctionnaires, soit comme assesseurs, soit comme membres du *consilium principis*⁶³. Sous Hadrien, la jurisprudence était définitivement engagée dans les voies de la bureaucratie. Grâce à cette collabo-

autorisation distribuée par l'empereur de manière discrétionnaire. Il faut alors supposer une persécution plus ou moins ouverte de Claude contre les prudents.

⁶⁰ Tac., *Ann.*, 16, 9; Suét., *Nero*, 37; D., 1, 2, 2, 52. Cf. Krueger, p. 205.

⁶¹ Kunkel, *R. R. G.*, p. 67, remarque à quel point est restreint le nombre des juristes avant Hadrien et son accroissement à partir de ce prince.

⁶² Schulz, p. 103.

⁶³ Schulz p. 103 et suiv p. 117 et suiv.; Stein *Ritterstand* p. 426; Cuq, *Conseil des empereurs* (*Mém. de l'Acad. des Inscr.* 1884 p. 317 et suiv.); Hitzig, *Assessoren*; Kunkel *R. R. G.*, p. 68 et suiv.

ration avec le gouvernement, elle retrouva sa vitalité. Le nombre des jurisconsultes s'accrut sensiblement à partir du règne d'Hadrien⁶⁴.

Ce prince, dans sa réponse à la requête déjà citée des *virī praetorīi*, affirme sa bienveillance à l'égard de la jurisprudence. Il se déclare enchanté de voir des juristes compétents se mettre à la disposition du public : « *et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se, <si>*⁶⁵ *populo ad respondendum se praepararet* (D., I, 2, 2, 49). Voilà bien le ton d'un homme que n'effarouchent pas les prudents⁶⁶. Il n'était plus question de les supprimer ou de les reléguer dans l'ombre. La méfiance pour les *responsa* avait disparu⁶⁷. Hadrien proclame que de son

⁶⁴ Kunkel, R. R. G., p. 67; Z. S.-S., 1948, p. 457.

⁶⁵ Correction proposée par Mommsen et presque unanimement admise.

⁶⁶ On a relevé dans le ton de cette réponse un caractère ironique, qui est certain. Mais il ne s'agit pas d'une ironie malveillante. Le goût d'Hadrien pour les bons mots est bien connu (*Vita Hadriani*, 20, 8). Dosithée fit un recueil de ses plaisanteries (édité par E. Bocking, Bonn, 1832). Cf. P.-J. Alexander, *Letters and speeches of the emperor Hadrian* (Harvard Studies in class. Philology, 1938, p. 190 et suiv.). *Delector*, employé, par Hadrien, appartient à la langue des constitutions impériales (cf. Bruns, n° 80, texte de Vespasien, cité par Schulz, p. 117). De Visscher (*R. H. D.*, 1936, p. 645, n. 1) a clairement prouvé que *et ideo* n'est pas un critère d'interpolation, comme l'a prétendu Beseler (Z. S.-S., 1931, p. 54).

⁶⁷ Nous pensons, avec Kunkel (Z. S.-S., 1948, p. 443), qu'Hadrien dans sa réponse accordait aux *virī praetorīi* sous une forme familière le *jus respondendi* qu'ils sollicitaient. Remarquons que les termes de la requête (*ut sibi liceret respondere*) sont restés incompréhensibles pour la théorie classique. C'est pourquoi Kipp (*Quellen* 4, p. 109 n. 3) et Siber (Z. S.-S., 1941, p. 397) proposent de sous-entendre après *respondere* : *ex auctoritate principis*; de Visscher (p. 646) sous-entend *publice*. Ces sous-entendus sont inutiles, quand on reconnaît dans le *jus respondendi* une autorisation. La définition du brevet impérial donnée par les *virī praetorīi* concorde avec celles de Pomponius et de Gaius.

La première phrase du rescrit : *hoc non peti sed praestari solere*, est d'interprétation délicate. *Hoc* désigne le *jus respondendi*, comme dans la phrase précédente : *ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit*. *Hoc peti* vise dans les deux cas les requêtes sollicitant le brevet impérial. Hadrien a-t-il voulu dire, comme on l'admet habituellement, qu'il était inutile de demander l'autorisation de *respondere* et qu'on pouvait donner des *responsa* librement? Cette interprétation soulève plusieurs objections : 1) *hoc* désignerait le *jus respondendi* quand il se rattache à *peti*, et le fait de *respondere* quand il est sujet de *praestari*. Ce glissement de sens est grammaticalement incorrect ; 2) si le rescrit d'Hadrien rétablit la liberté des *responsa*, *solere* est incompréhensible, car la liberté serait alors antérieure au rescrit ; 3) si Hadrien constate que c'est la coutume (*solere*) qui a rétabli la liberté jurisprudentielle, alors la requête des *virī praetorīi* (*licere respondere*) est dénuée de signification ; on ne conçoit pas qu'ils aient demandé une autorisation devenue inutile ; 4) si, comme l'affirme la théorie classique, la liberté a toujours existé, ici encore les termes de la requête sont incompréhensibles, puisqu'ils définissent un régime d'autorisation préalable. En somme, la première phrase du rescrit ne peut pas être considérée

temps l'usage était d'accorder libéralement le *jus respondendi* (*praestari solere*). Ce revirement ne s'explique pas seulement par la récente collaboration des prudents avec le gouvernement. Grâce au développement des rescrits, Hadrien s'était assuré la direction de l'*interpretatio*. Celle-ci avait cessé d'être l'exclusivité des prudents. L'empereur l'avait attirée à lui et pouvait la modeler à son gré. Il n'avait donc plus à redouter la jurisprudence⁶⁸. On comprend dès lors sans peine qu'Hadrien, en soulignant implicitement le contraste de son attitude avec celle des empereurs du premier siècle, ait pu faire, avec quelque ostentation, profession de sympathie pour une science soumise désor-

comme une affirmation de la liberté des *responsa*.

D'après une traduction littérale, on aboutirait à l'idée que le *jus respondendi* était concédé spontanément par l'empereur et que l'usage interdisait de le solliciter. Mais Pomponius (*ex illo tempore . . .*) déclare le contraire, et la requête des *virī praetorii* (*et ideo optimus . . .*) illustre le système des sollicitations. Un point nous paraît sûr. *Praestari solere* signifie que la concession du brevet de jurisconsulte, loin d'être parcimonieuse, était fort libérale sous Hadrien : « l'usage est de l'accorder ». Dès lors, le sens de *hoc non peti* nous paraît clarifié. *Petere* veut dire rechercher, solliciter, être candidat (cf. Ernout. Meillet, *Dict.*). En droit, le mot a une valeur technique et implique l'idée d'une prétention qui risque de n'être pas satisfaite. En écrivant *hoc non peti*, Hadrien déclare avec bonne grâce aux requérants que leur demande n'est pas une requête proprement dite, qu'elle n'est pas une *petitio* véritable, qu'elle n'entre pas dans la catégorie des sollicitations dont le succès est douteux. Il poursuit en affirmant que le *jus respondendi* est en quelque sorte automatiquement accordé : *praestari solere*. C'est pourquoi Hadrien considère avec humour que le terme *petere* est ici impropre. La deuxième phrase du rescrit, reliée par *et ideo* à la première, développe le thème de la générosité impériale. Hadrien proclame sa bienveillance pour les prudents. Il montre comment son libéralisme tendait vers la liberté. Mais il souligne d'un mot la différence qui séparait libéralisme et liberté. En disant que les juristes assez sûrs d'eux-mêmes pouvaient s'approprier (*se praepararet*) à donner des consultations, le rescrit ne dissimule pas qu'avant l'octroi du brevet le futur jurisconsulte était encore dans une phase préliminaire. Au contraire, Pomponius, § 49, pour définir la liberté jurisprudentielle sous la République, déclare qu'il suffisait de croire en sa science pour donner d'emblée les consultations.

Sur la générosité d'Hadrien, il convient de citer *De vita Hadr.*, 15 : « *amicos ditavit et quidem non petentes, cum petentibus nihil negaret* ».

⁶⁸ D'après Schulz (p. 113), il y aurait, au contraire, incompatibilité entre le système du *jus respondendi* et la présence des maîtres de la jurisprudence au conseil impérial, où ils travaillaient à l'établissement des rescrits. J'avoue ne pas comprendre. Cela revient à dire que l'*interpretatio* impériale et celle des prudents étaient incompatibles. En fait, elles ont non seulement coexisté mais se sont complétées. Voir Kunkel, *Z. S.-S.*, 1948, p. 444. Sur les rescrits à l'époque classique, voir en dernier lieu F. Vinci (*Annali del Seminario giurid. Univ. di Catania*, I, 1946-1947, p. 320-323) qui critique la théorie récente de de Robertis (*Efficacia normativa d. cost. imp.*).

mais à son contrôle. Il tirait une vanité non dissimulée à passer pour le protecteur des prudents.

Cependant, le libéralisme d'Hadrien n'alla pas jusqu'à la restauration de la liberté des consultations. La requête des *virī praetorīi* et la réponse de l'empereur prouvent le maintien du *jus respondendi*. Après Hadrien, il poursuivit sa carrière. Quand Gaius définit les *responsa*, il déclare qu'ils émanent de juristes brevetés (I, 7. *quibus permissum est jura condere*). Il ne fait aucune allusion à des consultations libres. Si la liberté jurisprudentielle avait été rétablie, il n'aurait pas pu la passer sous silence. Il parle, au contraire, du régime de l'autorisation préalable comme d'une réalité et non d'un souvenir⁶⁹.

Rappelons en outre que le titre de *jurisconsultus*, conformément à un usage qui survécut jusqu'au Bas-Empire, était réservé aux juristes brevetés⁷⁰.

Ce titre n'aurait pas conservé son caractère officiel, lorsqu'il décore les juristes de la fin de l'époque classique, si le *jus respondendi* avait disparu auparavant⁷¹.

⁶⁹ Gaius, I, 7, a certainement en vue le présent. Pour définir les *responsa* il écrit *sunt*. *Permissum est* ne doit pas faire illusion : Gaius dit que les jurisconsultes ont reçu une autorisation. De toute évidence celle-ci devait précéder les *responsa* dont elle permettait la délivrance. Ainsi s'explique l'emploi du parfait. Si Gaius avait voulu décrire un régime aboli, il aurait dit *permissum erat*, comme le font précisément les Institutes de Justinien (I, 2, 8) à une époque où le *jus respondendi* avait disparu. En outre, Gaius rattache au *jus respondendi* un rescrit d'Hadrien sur l'efficacité des *responsa*. Or nous verrons que ce rescrit, lié au régime de la jurisprudence brevetée, resta en vigueur pendant toute l'époque classique.

⁷⁰ Schulz, p. 114, leur conteste ce monopole. Il s'agirait d'une « idée malheureuse de Krueger ». Il est regrettable que Schulz omette le témoignage formel des Institutes de Justinien (I, 2, 8), ainsi que les différents textes que nous avons groupés plus haut (p. 5, n. 2).

Massei (*Scritti Ferrini*, Milan, 1946, p. 428; *Arch. giurid.*, 1946, p. 54) remarque qu'à partir du IV^e siècle environ le titre de *jurisconsultus* n'est plus employé pour désigner les juristes contemporains et qualifie seulement les juristes classiques. Les juristes contemporains sont alors appelés *juris periti*. La décadence du *jus respondendi* expliquerait ces particularités terminologiques. Le titre de *jurisconsultus*, n'étant plus accordé officiellement, s'appliquait seulement aux juristes brevetés du Haut-Empire. La pureté de la terminologie classique était encore respectée à cet égard au Bas-Empire.

⁷¹ D'après Schulz, p. 113-114, le *jus respondendi* disparut sous Hadrien. Cet auteur écarte l'objection soulevée par Gaius, I, 7, en considérant ce texte comme une glose postclassique (sur le caractère arbitraire de cette hypothèse, voir *infra* sect. II). Schulz invoque le silence qu'observent à l'égard du *jus respondendi* les inscriptions consacrées aux juristes. L'exemple de Julien est mis en avant. Les ins-

* * *

Malgré les variations de la politique impériale à l'égard de la jurisprudence, la portée théorique de la réglementation créée par Auguste ne changea pas pendant tout le cours du Haut-Empire.

Le *jus respondendi* ne soumettait pas toute l'activité des juristes au régime de l'autorisation préalable. Il ne concernait que les *responsa* proprement dits. La rédaction des actes juridiques ne se confondait pas avec eux. A la fin de la République, elle intéressait encore certains juristes de renom, mais était abandonnée de préférence aux juristes mineurs⁷². Sous l'Empire, la création d'actes nouveaux était passée de mode. En ce domaine, la pauvreté de la jurisprudence classique contraste avec la puissance novatrice du deuxième âge républicain. La forme des actes, sous le principat, avait tendance à se stéréotyper⁷³. Les jurisconsultes travaillaient encore dans une certaine mesu-

criptions qui le concernent ne font pas allusion au brevet impérial. Schulz en conclut que le *jus respondendi* n'existait plus du temps de ce jurisconsulte. Remarquons que d'après Guarino (*Salvius Julianus*, p. 4 et suiv.), l'identification de Julien dans les inscriptions où on avait cru le reconnaître jusqu'ici serait inexacte. D'Orgeval (*R. H. D.*, 1948, p. 301 et suiv.) a critiqué cette interprétation. Quelle que soit la vérité sur ce point, il n'y a même pas lieu d'opposer à Schulz cette question préjudicielle. Son argumentation se heurte à deux faits : 1° Le *jus respondendi* n'est mentionné dans aucune inscription, ni avant ni après Hadrien. Ce silence n'est pas une nouveauté apparue dans le courant du II^e siècle. On le retrouve dans les inscriptions célébrant Capiton, Nerva, Cassius Longinus, Caelius Sabinus, Javolenus, etc. (pour les références des inscriptions voir : Krueger, *Sources*, dans les notes; la *Prosop. Imp.*, aux noms des juristes de l'empire; Schulz, p. 104 et suiv.). Dans la logique du système de Schulz, il faudrait donc conclure non seulement que ces juristes ne reçurent pas le *jus respondendi*, mais qu'il avait disparu bien avant Hadrien ! 2° Si la langue épigraphique ne nomme pas le *jus respondendi*, elle le vise indirectement à travers le titre de *juris consultus*, qui n'appartenait qu'aux juristes brevetés. Or ce titre apparaît dans plusieurs inscriptions postérieures à Hadrien avec tout l'éclat de son caractère officiel, rappelé par les Institutes de Justinien, I, 2, 8. De même, certaines constitutions impériales mentionnent, à propos d'illustres prudents, à la fin de l'époque classique, le titre de *juriconsultus* à côté d'autres titres officiels. Tous ces textes ont été groupés dans la note 2, p. 5.

⁷² Schulz, p. 49.

⁷³ Le maintien du formalisme républicain sous l'Empire est remarquable dans la structure des actes de la pratique. Aucune libération ne fut tentée contre les exigences traditionnelles de la forme, notamment en ce qui concerne les contrats et les modes de transfert de la propriété. Les fidéicommiss (dont le succès est dû à Auguste et non à la jurisprudence), les codicilles, l'affranchissement *inter amicos*, certains contrats innommés figurent parmi les rares innovations de l'époque classique dans le domaine des actes.

re à leur établissement, notamment à celui des testaments⁷⁴. Mais c'était surtout l'affaire de praticiens, pour lesquels il n'était pas question de brevet impérial⁷⁵.

De même, la littérature juridique n'était soumise à aucun contrôle. Le principat a vu se développer un nouveau type de juristes qui n'étaient pas jurisconsultes et consacraient toute leur activité à l'enseignement et à la production d'ouvrages scientifiques et didactiques. Gaius est l'exemple le plus caractéristique. Il n'est jamais cité à l'époque classique et n'avait pas reçu le *jus respondendi*⁷⁶. Aussi ne doit-on pas s'étonner qu'aucun *responsum* ne puisse être mis à son compte. Mais il fut un auteur assez fécond, sinon original. Son cas n'est pas exceptionnel. Citons aussi Marcien et Florentinus⁷⁷. De même, dans l'état de nos sources, Plautius, Pedius, Pomponius⁷⁸ ont laissé une œuvre importante, mais apparemment aucune consultation.

Gardons-nous encore une fois des statistiques. Mais sur l'ensemble des juristes d'Auguste à Dioclétien on ne peut en relever que trente environ dont l'activité de jurisconsulte soit à peu près certaine⁷⁹.

⁷⁴ Voir Schulz, p. 111, qui cite D., XXXI, 88, 17 : «*Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo juris perito*». Il faut ajouter C. I. L., X, 4919 : «*... qui testamento scripsit annos XXV sine juris consulto*». Ces textes prouvent, par le soin qu'ils prennent à souligner l'absence du concours d'un juriste dans la rédaction du testament, la fréquence de l'intervention des *jurisconsulti* en cette matière. Cf. Suét., Nero, 32. Voir le testament de Dasumius (Arangio-Ruiz, *Negotia*, p. 135).

⁷⁵ On les appelait *juri studiosi* (par opposition au titre officiel de *juriconsultus* réservé aux juristes brevetés), *pragmatici tabelliones*. Cf. Juvénal, 7, 122 (et la scholie : *juris peritorum qui negotiales causas agunt*); Martial, 12, 72 (sur les *pragmatici*); C. I. L., V, 1026; VI, 1621, 1853, 9487, 10229-27; VIII, 8489, 10.490, 10.899; X, 4919. Cf. Petron., *Cena Trimalch.*, 46. Voir Wlassak, *Prozessformel*, p. 40. Sur les *tabelliones* : Schulz, p. 109.

⁷⁶ Krueger, p. 254; Bremer, *Rechtslehrer*, p. 65.

⁷⁷ Schulz, p. 107.

⁷⁸ Le cas de Pomponius est souvent discuté. On admet qu'il n'avait pas reçu le *jus respondendi* (en dernier lieu Kunkel, *Z. S.-S.*, 1948, p. 444, n. 25). L'impossibilité de trouver un seul *responsum* de cet auteur nous semble prouver qu'il n'avait pas obtenu le brevet impérial. Comme on connaît une partie importante de son œuvre, la carence de *responsa* ne doit pas être imputée aux lacunes de notre information. Ses *epistulae* ne sont pas des consultations (Schulz, p. 231). Sur les *epistulae* en général, Krueger, p. 179; Schulz, p. 93. Mais contrairement à ce qui se passa pour Gaius, Pomponius est cité par des juristes classiques.

⁷⁹ L'établissement de ce chiffre est aisé : il suffit de relever dans le *V. I. R.* (s. v° *Respondeo*, *Responsum*) les noms des juristes qui ont donné des consultations. Les *responsa* cités dans les différents codes et les éléments d'information de la *Prosop. Imp.* n'ajoutent rien à cet égard. Les notices de Bremer, dans la *Jurisprudentia antehadriana* sont instructives, ainsi que les articles de la *R. E.* de Pauly-Wissowa. Voici la liste : Labéon, Mas. Sabinus, Nerva père (sur son cas, Bremer, *loc. cit.*, II,

Ce chiffre ne représente pas la moitié des juristes connus de nous pour cette période. Il ne faut pas toutefois lui attribuer une valeur absolue. Quand on ne peut citer aucun *responsum* d'un juriste, il n'y a pas lieu de conclure automatiquement qu'il ne donnait pas de consultations et n'avait pas reçu le *jus respondendi*. Les lacunes et les hasards de notre information condamnent une pareille conclusion. Ainsi Caelius Sabinus, qui fut consul et chef de l'école sabinienne, peut se voir difficilement refuser la qualité de jurisconsulte, bien qu'aucun *responsum* de lui n'ait subsisté. Cette remarque commande la prudence. Mais il serait téméraire de refuser toute valeur à la constatation qu'à côté d'un groupe de juristes célèbres par leurs *responsa*, un autre groupe se signale par une carence totale dans ce genre d'activité. Un dénombrement rigoureux est impossible. Certains cas, comme celui de Gaius, ne souffrent pas de discussion, d'autres sont douteux. Cette division des juristes en consultants et non consultants⁸⁰

1, p. 300), Nerva fils, Proculus, Cassius Longinus, Pegasus, Celse père (Bremer, II, 2, p. 256), Aticilinus, Valerius Severus, Urseius Ferox, Minicius, Javolenus, Ariston, Celse fils, Julien, Neratius, Africain, Maecianus, Marcellus, Scaevola, Papinien, Papirius Fronto, Paul, Ulpien, Aquila (Krueger, p. 301), Modestin. Cette liste ne prétend pas être limitative, des omissions peuvent s'y être glissées. Le cas de Celse Père n'est pas clair. Faut-il ajouter Alfenus Varus, Trebatius, Cascellius, Ofilius, Tubero? Ils ont donné des *responsa* et ont été contemporains d'Auguste. Mais vivaient-ils encore quand le *jus respondendi* fut institué? On ne connaît pas de *responsa* de Capiton, mais on sait qu'il avait le titre de *jurisconsultus* (Suét., *Gram.*, 10). Il en est de même pour Pactumeius Clemens (C. I. L., VIII, 7059). Il est donc certain que ces deux juristes avaient le *jus respondendi* et il faut les ajouter à notre liste. Bien qu'on ne connaisse pas de *responsa* de Caelius Sabinus, il semble qu'il faille l'ajouter aussi (voir *infra*). Le cas de Tryphoninus est douteux : ses *disputationes* contiennent-elles de véritables *responsa*? Cf. Bremer, *Rechtslehrer*, p. 20 et suiv.; D., XXIII, 3, 78, 4 : *ego dixi in auditorio* . . . ; D., XXXIV, 5, 9, *pr* : *dixi . . . in proposita autem quaestione* . . . ; D., XX, 5, 12, 1 : *quod vere responderetur* . . . Sont douteux également les cas de Valens (Schulz, p. 105; Krueger, p. 228), Vindius Verus (Schulz, p. 106; Krueger, p. 239), Arrius Menauder (Schulz, p. 107). Ces juristes ont appartenu au conseil impérial. Il est donc probable qu'ils avaient le *jus respondendi*, bien qu'aucun *responsum* de ces auteurs n'ait été conservé. Le cas de Messius paraît analogue (Krueger, p. 268).

Un élément d'incertitude est introduit par l'emploi de *respondit* dans de nombreux textes (voir *V. I. R.*), sans indication du juriste consultant. Mais on sait souvent de qui il s'agit (par exemple, le nom de Julien est ainsi sous-entendu par Africain, etc.). De même, *respondi*, par suite du jeu des abréviations, peut avoir été *respondit*, et réciproquement (Schulz, p. 225). Ce dernier doute n'est pas grave, car en ce qui concerne les auteurs pour lesquels on trouve *respondi*, il est certain par ailleurs qu'ils ont donné des *responsa*.

⁸⁰ Aulu-Gelle (*N. A.*) distingue les *respondentes* et les *docentes*.

n'en reste pas moins impressionnante. Elle n'a pas attiré l'attention qu'elle mérite.

Elle est en liaison directe avec le *jus respondendi*. Il est difficilement imaginable que des juristes aient renoncé spontanément, par seul goût de la science abstraite⁸¹, à la pratique honorifique des consultations, qui restait sous l'Empire, comme sous la République, le nerf de la jurisprudence. Il suffit de citer les noms de Labéon, Sabinus, Julien, Papinien, Paul, Ulpien, et la liste pourrait être longue, pour constater que l'activité de jurisconsulte ne nuisait pas à l'élaboration d'une œuvre scientifique. Que des juristes se soient cantonnés dans l'étude de la théorie, c'est ce que le maintien de la liberté jurisprudentielle sous l'Empire laisserait sans explication. Sous la République, un juriste de droit privé, étranger à la pratique et adonné uniquement à l'étude, eût été un oiseau rare⁸². On comprend, au contraire, fort bien que sous le principat des talents un peu effacés et privés d'appuis politiques, comme ce fut certainement le cas de Gaius, n'aient pas obtenu la consécration du brevet impérial.

Les juristes non brevetés devaient se contenter modestement de l'enseignement et de la composition de traités⁸³. Le *jus respondendi* n'étendait pas son emprise sur la littérature juridique. Elle était, restée libre comme toute littérature⁸⁴.

II

Croire à la liberté de la jurisprudence sous l'Empire, c'est croire en même temps que, si le *jus respondendi* n'enlevait à personne le droit de donner des consultations, il conférait à celles des juristes bre-

⁸¹ Ce goût était réel chez certains, notamment Labéon (D., 1, 2, 2, 47 : *plurimum studiis operam dedit*) et Pomponius (D. XL, 5, 20 : *ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem in octavum et septuagesimum annum aetatis duxi...*)

⁸² Les jurisconsultes républicains se distinguent nettement des antiquaires et de certains auteurs de droit sacré et de droit public, qui ne donnaient pas de consultations. Voir Schutz, p. 46, 80. Toutefois, le droit public pouvait susciter des *responsa*, d'après Fronton, *Ep. ad amicos*, 2, 10 : *virum consularem jus publicum respondentem*, à moins qu'ici *jus publicum* signifie encore, comme dans la langue républicaine, le droit issu de la loi, par opposition au *jus privatum* issu d'actes accomplis par les particuliers.

⁸³ L'existence de juristes totalement étrangers à la pratique des *responsa* après le règne d'Hadrien est une nouvelle preuve du maintien du *jus respondendi*.

⁸⁴ Il est malaisé de savoir si le *jus respondendi* était exigé des assesseurs des magistrats. Rien ne le prouve. Les conditions nécessaires pour être assesseur restent obscures. Voir Hitzig, *Assessoren*, p. 83 et suiv., 88 et suiv.

vetés une nature privilégiée. Autrement, quelle eût été la portée du brevet impérial? On a longtemps pensé qu'il donnait aux *responsa* la force obligatoire et que le juge devait les respecter⁸⁵. Le caractère excessif de cette proposition tend à la faire abandonner de nos jours. On préfère supposer que l'autorité morale des juristes brevetés était accrue⁸⁶, la liberté du juge restant intacte. La séduction de ces hypothèses devient moins sensible quand on reconnaît dans le *jus respondendi*, non pas une distinction, mais une autorisation. Sa portée se trouve alors suffisamment éclaircie et il est moins naturel d'admettre qu'il affectait l'essence des *responsa*.

Laissons de côté leur forme matérielle. A partir d'Auguste, les jurisconsultes, d'après ce que laisse entrevoir l'*Enchiridion*⁸⁷, apposaient leur sceau sur leurs *responsa*. Cette formalité permettait de vérifier que ceux-ci émanaient d'un juriste breveté. Rien ne prouve cependant qu'elle ait été obligatoire. Il n'y a pas lieu d'insister. L'aspect extérieur des *responsa* reste une question de forme et n'entame pas le fond du droit.

⁸⁵ Krueger p. 147, dont l'opinion a connu longtemps une adhésion unanime.

⁸⁶ Monier *Manuel*, I p. 81; Wenger, *Prätor und Formel*, p. 101 et suiv.; *Institutes of Procedure*, p. 202; Premierstein, p. 203; de Visscher, p. 627, 632; Kunkel, *R. R. G.*, p. 67.

⁸⁷ § 49: « ... ante tempora Augusti ... neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant aut testabantur qui illos consulebant ». On pense habituellement que *signata* vise le sceau du jurisconsulte. De Visscher, p. 624, a supposé que l'empereur apposait aussi le sien sur le *responsum* et que Tibère aurait aboli cet usage. Cette hypothèse a été récemment critiquée par Kunkel, *Z. S.-S.*, 1948, p. 427 et suiv. Wenger a supposé (*Z. S.-S.*, 1921, p. 633; *P.-W.*, s. v° *Signum*) que le *responsum* devait subir une double inscription, comme les actes privés. En ce qui concerne la preuve des *responsa* à l'époque républicaine, de Visscher interprète le texte de l'*Enchiridion* en rattachant *ipsi* à *qui*, au lieu de retrouver sous ce mot les juristes eux-mêmes. Arangio-Ruiz a souligné l'invraisemblance d'un écrit dressé par les plaideurs eux-mêmes et n'offrant ainsi aucune garantie (*Romanisti e latinisti*, dans *Studi sassaresi*, t. XVI, 1935). Kunkel (*Z. S.-S.*, 1948, p. 427) a ajouté à cette critique l'impossibilité de rattacher *iudicibus* à *testabantur*, comme y conduit l'hypothèse de de Visscher. *Testari*, en effet, ne se construit pas avec le datif. Il faut donc revenir à l'interprétation ancienne et admettre que le juriste rédigeait lui-même le *responsum* ou qu'on procédait à une *testatio*, laquelle était un mode de preuve fréquent soit *sine scriptis habita*, soit sous la forme d'un document établi par des témoins. D'après Karlowa (*R. R. G.*, I, p. 660), Wenger (*P.-W.*, s. v° *Signum*, II A, col. 2427), Arangio-Ruiz, *loc. cit.*, Kunkel (*loc. cit.*, p. 426), c'est la forme écrite qui était employée pour les *responsa*.

Remarquons que contrairement à l'interprétation habituelle de l'*Enchiridion*, le texte ne dit pas qu'Auguste ait obligé les jurisconsultes à mettre leur sceau sur les *responsa*. On peut dire aussi bien, d'après les termes du texte, qu'il s'agissait d'un simple usage.

Il est, au contraire, directement mis en cause par quelques mots de l'*Enchiridion* destinés à expliquer le but de la réforme d'Auguste: *ut major juris auctoritas haberetur*. Il est arbitraire de corriger le texte en écrivant, comme on le fait souvent: *auctoritas juris [consultorum]*⁸⁸. *Auctoritas juris* est une expression courante, déjà employée par Cicéron⁸⁹. Elle ne définit pas le prestige du droit, mais son autorité officielle, sa force contraignante⁹⁰. Son domaine est très vaste et s'étend aux différents aspects que le droit est susceptible de revêtir. A leur tour ils s'appellent: *auctoritas legum, legis, senatusconsulti, edicti perpetui, rescripti, rei judicatae, judicati, prudentium*, etc.⁹¹. L'*auctoritas juris* est leur synthèse⁹².

⁸⁸ Cf. Kunkel, Z. S.-S., 1948, p. 452, n. 37.

⁸⁹ Cic., *De orat.*, I, 202, fait état de l'*auctoritas publici juris*. L'expression n'a guère retenu l'attention des romanistes. Une simple allusion est faite à son sujet par Kübler (Z. S.-S., 1918, p. 184) et E. Levy (*Studi Riccobono*. II, p. 83, n. 29). Kunkel (Z. S.-S., 1948, p. 452) parle uniquement de prestige du droit.

⁹⁰ C'est ce qui ressort des textes où ces mots sont employés: Pap., D., L, 1, 15, pr.: ... *cum facti quidem quaestio sit in potestate judicantium, juris autem auctoritas non sit*; Marcien, D., XLVIII, 16, 1, 4, cite ce texte de Papinien et écrit *auctoritas legis*; Pap., D., XXVI, 7, 39, 6.: *quia non videtur levis culpa contrajuris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare*. Cf. Pap., F. V., 294, 2; Ulp., D., XII, 3, 4 pr.: *auctoritas juris non refragabitur*; Paul, D., XL, 9, 20: *si servo alieno libertas non consentiente domino data est, valere ex auctoritate juris non potest*; Marc., D., XXX, 112, 4: *divi Severus et Antoninus rescripserunt jus-iurandum contra vim legum et auctoritatem juris in testamento scriptum nullius esse momenti*; C., IV, 64, 6: *juris auctoritas demonstrat*; C., 4, 13, 2 (286): *ne contra juris auctoritatem ... inquietemini*; C., VIII, 47, 3 (286): *intelligis juris auctoritatem desiderio tuo refragari*; C., V, 4, 19 (405); C., III, 32, 11, 1 (293): *juris auctoritate significatum est*; C., III, 36, 16 (293): *juris auctoritate significatur*; C., IV, 6, 1 (215): *impediente quocumque modo juris auctoritate matrimonium constare nullam de dote actionem habet*; C., IV, 29, 6, 2 (228): *auctoritate juris tuetur*; C., IV, 35, 13 (294): *juris auctoritate manifeste declaratur*; C., V, 30, 3 (472); C., VI, 20, 3 (230): *juris auctoritate improbatur*; C., VI, 38, 2 (293): *juris auctoritate definitum est*; C., VII, 4, 12 (294): *auctoritate juris declaratur*; C., VIII, 17, 7 (293): *juris auctoritate declaratur*; C., VIII, 35, 5 (293): *auctoritate juris manifestatur*; C., VIII, 44, 24 (294): *juris auctoritate monstratur*; C. VIII, 54, 3 (290): *veteris juris auctoritate rescriptum est*.

L'ensemble de ces textes prouve, sans laisser de place au doute, que notre expression vise le caractère officiel et obligatoire du droit et non son prestige comme le pensent habituellement les interprètes de l'*Enchiridion*.

⁹¹ Sur ces diverses expressions, voir Heumann-Seckel, *Lexicon*; *Thes. l. l. V. I. R.*, s. v° *Auctoritas*. On trouve *auctoritas edicti perpetui* dans C., II, 1, 3 (202) et C., V, 71, 11, 1 (290).

⁹² *Auctoritas juris* vise des solutions établies par la jurisprudence dans de nombreux textes, notamment: C., V, 14, 6 (293): ... *auctoritate juris saepissime sit res-*

En elle s'insère l'*auctoritas prudentium*⁹³ avec tout son cortège de principes jurisprudentiels. L'*Enchiridion*, dans un passage célèbre, identifie l'*interpretatio* avec le *jus civile*⁹⁴, et, quand à propos du brevet de jurisconsulte il invoque l'*auctoritas juris*, à travers elle c'est la jurisprudence qui se trouve visée dans son rôle de source du droit.

Il ne s'ensuit pas que l'*Enchiridion* reconnaisse une valeur privilégiée aux *responsa* des juristes brevetés. Il déclare seulement que la création du *jus respondendi* avait pour but d'affermir l'autorité du droit. Cette formule ambitieuse ne suppose ni la force obligatoire des *responsa*, ni une dilatation de leur prestige. Elle rend une note authentiquement augustéenne qui détonne dans la platitude du traité. Avec elle est évoqué tout le vaste programme de réforme du droit et de la justice entrepris par Auguste et célébré par les poètes du régime. Le *jus respondendi* est situé au milieu de ce courant réformateur⁹⁵.

ponsum; Pap.; D., XL, 7, 36 : *quae juris auctoritas* (à propos d'une solution jurisprudentielle); C., IV, 64, 6, etc. *Auctoritas juris* vise la loi dans D., L, 1, 15, *pr.* (comme le prouve la comparaison avec D., XLVIII, 16, 1, 4); un sénatus-consulte, dans C., IV, 29, 6, 2 (cf. F. V.; 294); le droit prétorien, dans C., VIII, 35, 5; un rescrit impérial, dans C., VIII, 54; 3. En ce qui concerne la coutume. Paul écrit, D., I, 3, 36 : *immo magnae auctoritatis hoc jus habetur*...

⁹³ Nous avons déjà signalé que Cicéron avait classé l'*auctoritas prudentium* parmi les sources du droit (*Top.*, 5, 28). Pomponius voit en elle la source du *jus civile*. : D., I, 2, 2, 5 : «*His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes juris suis nominibus designantur, sed communi nomine appellatur jus civile*». Cf. Kaser, *Das altrömische jus* p. 78. Au § 12, Pomponius revient sur cette question. Citons encore Papinien, D., I, 1, 7, *pr.* : «*Jus autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*». Cette énumération est à rapprocher de celle de Cicéron (*Top.*, 5, 28), mais elle est plus courte et n'englobe plus dans le *jus civile* les édits des magistrats.

⁹⁴ Voir la note précédente. Pomp., D., I, 2, 2, 12 : ... *jus civile quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*.

⁹⁵ La réforme du droit par Auguste doit être rapprochée du problème de la *cura legum*. Premierstein, p. 149 et suiv., a raison de dire que si Auguste refusa les pouvoirs extraordinaires qu'on lui offrit sous ce nom, il retint et mis à exécution grâce à ses attributions ordinaires le programme de rénovation juridique impliqué dans cette formule, Voir *R. G.* 6, Suét., *Aug.*, 27, 5; Dio Cass., 54, 10, 5; 54, 30, 1; Hor., *Epist.*, II, 1, 1-3 : *Cum tot sustineas et tanta negotia solus, res Italas armis tuetur, moribus ornes, legibus emendes*... Ovide, *Mét.*, XV, 832-34 : *Pace data terris animum ad civilia vertet jura suum legesque feret justissimus auctor exemploque suo mores reget*. Le membre de phrase de l'*Enchiridion* «*ut major*...», rattache direc-

Il est aisé d'apprécier dans quelle mesure le brevet impérial pouvait contribuer à restaurer le respect du droit. Il serait exagéré de parler d'une crise de l'*interpretatio* à la fin de la République. Mais elle avait alors perdu l'éclat et l'homogénéité qu'elle présentait quand elle était encore l'apanage de quelques aristocrates⁹⁶. L'afflux de juristes venus de l'ordre équestre au dernier siècle avant J.-C. avait vulgarisé la jurisprudence. L'élargissement de son recrutement avait nui à l'unité de la doctrine et développé le *jus controversum*⁹⁷. Cicéron, dans le *Pro Murena*, associe les deux phénomènes. Un jurisconsulte, remarque-t-il, peut s'improviser en trois jours⁹⁸ ! D'où une baisse de qualité de l'antique discipline et le fatras des controverses. Cette accu-

tement la création du *jus respondendi* à l'idée d'une restauration du droit. Cette dernière était déjà demandée par Cicéron dans le *Pro Marcello*, 8, 23, et par les *Epistulae ad Caesarem* attribuées à Salluste. Kunkel (Z. S.-S., 1948, p. 448) adopte un point de vue voisin du nôtre, sans toutefois faire appel aux textes que nous venons de citer. Il rapproche le *jus respondendi* du projet de César et de Pompée de codifier le droit (Suét., *Jul.*, 44, 2; Isid., *Orig.*, 5, 1, 5) et du programme cicéronien de *jure civili in artem redigendo*. En réalité, la création du brevet impérial ne répond pas à une idée de codification ou d'ordonnancement doctrinal. Cette idée est parente de celle de réforme du droit, mais en reste distincte. Le mouvement réformateur d'Auguste ne visait pas une codification. Kunkel le reconnaît lui-même.

⁹⁶ Cic., *Off.*, 2, 65 : « *Quae autem opera, non largitione beneficia dantur, haec tum in universam rem publicam, tum in singulos cives conferuntur. Nam in jure cavere, consilio juvare atque hoc scientiae genere prodesse quam plurimis vehementer et ad opes augendas pertinet et ad gratiam. Itaque cum multa praeclara majorum, tum quod optime constituti juris civilis summo semper in honore fuit cognitio atque interpretatio; quam quidem ante hanc confusionem temporum in possessione sua principes retinuerunt, nunc, ut honores, ut omnes dignitatis gradus, sic hujus scientiae splendor deletus est, idque eo indignius, quod eo tempore hoc contigit, cum is esset, qui omnes superiores, quibus honore par esset, scientia facile vicisset. Haec igitur opera grata multis et ad beneficiis obstringendos homines accomodata* ».

Dans ce texte très riche, Cicéron dit quelle importance politique avait la science du droit entre les mains de l'aristocratie, et quelle protection elle permettait de donner à la clientèle des nobles. Mais au cours du dernier siècle de la République, l'ordre sénatorial perdit le monopole de fait qu'il exerçait jusque-là en ce domaine. Cicéron rattache le déclin de la jurisprudence à l'avilissement de son recrutement. Dans une remarquable étude, Kunkel (*Festschrift Zycha*, p. 1 et suiv.), avec une extrême précision, a illustré le propos de Cicéron en dressant une liste détaillée des juristes républicains avec indication de leur situation sociale.

⁹⁷ Cic. *Pro Murena*, 28 : « *Quae consuluntur autem minimo periculo respondentur. Si id quod oportet responderis, idem videre respondisse quod Servius; sin aliter, etiam controversum jus nosse et tractare videre* ». Cf. *De orat.*, 1, 241-242; *Pro Caec.*, 67-69; *De fin.*, 1, 12. Voir Jörs, *Röm. Rechtswiss. zur Zeit der Republik*, p. 84 et suiv.

⁹⁸ *Pro Murena*, 28 : « *Triduo me jurisconsultum esse profitebor* ».

sation, si on fait la part de la satire, ne voyait plus dans la liberté jurisprudentielle qu'une licence.

Dans la perspective ainsi tracée, Auguste pouvait se flatter de régénérer la jurisprudence en contrôlant son recrutement. Une sélection des prudents était de nature à relever la qualité des *responsa*, faire reculer les controverses, consolider *l'auctoritas juris*. Le prétexte était excellent pour justifier une emprise autoritaire sur la jurisprudence. Il était d'autant mieux choisi qu'il correspondait à un état de fait dénoncé par de purs républicains. Un certain mépris qui, à la veille du principat, se répandait dans l'opinion à l'égard des solutions jurisprudentielles, souvent négligées par les juges⁹⁹, pouvait être combattu par une épuration des prudents. Balayer les amateurs, les jurisconsultes en trois leçons, les obscurs, ne laisser la parole qu'aux maîtres, résorber ainsi le flot des fausses interprétations qui discréditaient les bonnes, n'était-ce pas étendre au droit le souci augustéen de la grandeur et du retour aux antiques traditions, faire suivre la restauration de la République d'une restauration de la jurisprudence, alors que l'une et l'autre avaient été souhaitées par Cicéron¹⁰⁰? Décidément, Auguste joignait à l'art du camouflage et du slogan celui de prendre ses armes chez l'adversaire. Le *jus respondendi* pouvait servir à restaurer l'autorité du droit en vidant le forum de l'encombrement des mauvais *responsa*, qui égaraient les juges.

* * *

Pas plus que l'*Enchiridion*, Gaius ne fait allusion soit à la force obligatoire, soit à un supplément d'autorité morale des *responsa* à leur point d'émergence. Il ne voit en eux que les avis personnels des jurisconsultes : *sententiae et opiniones*. Il souligne leur subjectivité initiale¹⁰¹. Il suffit de parcourir le Digeste pour voir comment l'innova-

⁹⁹ Sur ce point, Cic., *Pro Caec*, 67-69. Nous reviendrons sur ce texte.

¹⁰⁰ Voir la note précédente.

¹⁰¹ Cette subjectivité apparaît dans les Institutes de Gaius chaque fois qu'elles emploient les mots *sententia* et *opinio*: II, 220 : *secundum nostrorum praefectorum opinionem*; 222 : *secundum hanc igitur opinionem*; 221 : *sed diversae scholae auctores putant . . . quae sententia*, 223 : *secundum nostrorum opinionem*, *secundum illorum opinionem*; III, 140 : *cujus opinionem Cassius probat . . . cujus opinionem Proculus secutus est*; 156 : *sequimur Sabini opinionem contra sententis*; 184 : *sed et illorum sententia qui existimaverunt . . . Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur, magis tamen plerique posteriorem probant*; IV, 8 : *secundum quorundam opinionem*; II, 51 : *cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint . . .*; 280 : *quam sententiam . . . magis optinere video*; III, 64 : *quae sententia aperte falsa est*; 71 : *sed hujus sententiam plerique improbant*; 149 : *praevaluit sen-*

tion (*sententia* ou *opinio*) d'un prudent court des chances diverses. Elle est jugée *vera*, *verior*, *verissima* ou *falsa*, *probabilis* ou *non probabilis*¹⁰². Elle peut échouer, et après un tour de scène disparaître comme une marionnette inconsistante. Si elle connaît le succès, on dit : *placet*, *optinuit*, *probata est*; ou bien : *receptum est*, *eo jure utimur*¹⁰³. Elle est alors érigée en norme juridique. Un rescrit d'Hadrien précise comment s'opère ce passage du subjectif à l'impersonnel, la transformation d'un avis en règle de droit. A l'état naissant, une solution jurisprudentielle isolée ne s'impose pas au juge. Il n'est lié que par l'accord des prudents.

Gaius, I, 7 : «*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur*».

Hadrien trace au juge sa ligne de conduite. Il est libre de son opinion si les jurisconsultes sont désunis. Il perd sa liberté en face d'une jurisprudence unanime.

A propos d'une même affaire, plusieurs jurisconsultes étaient souvent consultés, parfois par le même plaideur¹⁰⁴. Si leurs opinions divergeaient, l'absence d'unité de la jurisprudence était évidente. Mais

tentia; 184 : *quae sententia non optinuit*. Le caractère subjectif des *sententiae et opiniones* apparaît aussi dans l'habitude de mentionner leurs promoteurs ou l'école qui les avait adoptées (Voir *V. I. R.*, s. v^{is} *Sententia*, *Opinio*). Citons, en outre, l'expression fréquente (surtout chez Ulpien) : *ut mea fert opinio* (D., XXVII, 9, 7, 3; D., XLVIII, 19, 5, *pr.*; D., XXIV, 1, 32, 14). La distinction de Théophile (*Paraphrase*, 2, 9), qui voit dans la *sententia* l'avis catégorique et dans l'*opinio* l'avis nuancé précédé de *puto*, n'a aucune valeur au point de vue de la terminologie classique, qui allie *sententia et puto*.

¹⁰² Sur ces différentes expressions, voir *V. I. R.*, s. v^{is} *Sententia*, *Opinio*. *Sententia vera* se trouve surtout chez Ulpien. On disait aussi bien *opinio vera* (D., XVI, 1, 32, 1). Mentionnons aussi *sententia aequior* (D., XXXVIII, 17, 2, 8), *benignior* (D., XVII, 1, 4), *justissima* (D., XIX, 1, 38, 1). Cf. Cic., *De orat.*, 1, 240 : «*Galbae disputationem sibi probabilem et prope veram videri*». Cic., *Pro Caec.*, 67-69, traite longuement de l'approbation ou du rejet des solutions jurisprudentielles.

¹⁰³ *V. I. R.*, *loc. cit.*, et s. v^o *Uti*. Remarquons que l'approbation d'une *sententia* peut, avant de se généraliser, commencer par être une simple adhésion personnelle : Jav., D., XXIV, 3, 66, 4 : *Labeonis sententiam probo*; Paul, D., VI, 1, 33 : *veriores putat Pomponius Trebatii opinionem*. Inversement, Ulp., D., XIII, 3, 27 : *falsam putat (Pomponius) opinionem Labeonis* Cf. Pap., D., XLVIII, 5, 12, 5; D., XXVI, 2, 33.

¹⁰⁴ Sur ce point, voir Schulz, p. 52, qui cite Cic., *Ad fam.*, 7, 21; D., XXXIII, 7, 16, 1; D., XXVIII, 6, 39, 2. Il faut ajouter, Alf., D., VIII, 5, 17, 1 : «*Annio consilium omnes juris periti dederunt ut*... (cas d'unanimité des prudents consultés à propos de la même affaire).

il est moins évident que son unité ait été prouvée par la concordance des *responsa* délivrés à l'occasion du même procès. Un tel mode de preuve eût été un jeu de hasard. L'opinion de deux ou trois prudents ne pouvait pas faire loi (*legis vicem optinere*). Mais la consultation de tous est une éventualité impensable. L'établissement d'un point de droit indiscuté ne devait pas exiger un pareil référendum.

On recourait à un moyen beaucoup plus simple. Il suffisait d'invoquer des *responsa*, délivrés précédemment. Plusieurs textes¹⁰⁵ attestent cet usage. Le litige était ainsi confronté avec des opinions jurisprudentielles antérieures. L'étude des précédents, qui occupe une large place dans l'œuvre des prudents, permettait aisément de reconnaître l'unité de jurisprudence, nécessaire d'après Hadrien pour lier le juge.

Si des doutes ont entouré l'interprétation de son rescrit¹⁰⁶, c'est parce qu'on a omis de rapprocher le passage de Gaius, I, 7, d'un certain nombre de textes qui font état, comme lui et presque dans les mêmes termes, de l'unanimité des prudents.

Il convient de citer tout d'abord Gaius lui-même :

D., XLV, 1, 141, 3. «*Si ita fuero stipulatus «mihi aut Titio» et tu mihi daturum te spondeas, secundum omnium opinionem ad interro-*

¹⁰⁵ Francisci, *Storia*, II, p. 408, reprend et élargit la liste de Jörs : C., VI, 37, 12 : *Cum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est* . . . (240), C., V, 71, 14; *Utere viri prudentissimi Papiniani responso ceterorumque, quorum precibus fecisti mentionem* . . . (293); C., VII, 32, 3; C., VI, 42, 16; C., IX, 22, 11; C., IX, 23, 1; C., II, 19, 1; C., V, 4, 6; C., VII, 18, 1; Pap. oxy. 237, VI, 1. De Visscher, p. 633, n. 1, ajoute Cic., *Top.*, 4, 24, faisant état d'un *responsum* invoquant un *responsum* antérieur. Mentionnons *Pro Caec.*, 69 : *Et in eam rem (Crassus) non solum rationes adferret, sed etiam Q. Mucio, socero suo, multisque peritissimis hominibus auctoribus uteretur*; cf. *De orat.*, I, 250 : *Si leges nobis aut si hominum peritorum responsa cognoscenda sunt* . . .

¹⁰⁶ A juste titre, un grand nombre de romanistes voient dans le rescrit d'Hadrien une affirmation du rôle de la *communis opinio* jurisprudentielle comme source du droit (Giffard, *Précis*, I, p. 60; Monier, *Manuel*, I^e, p. 82; Jörs-Kunkel, *R. R.*, p. 25; de Francisci, *Storia*, II, p. 409; de Visscher, p. 634 et suiv.; etc.). Mais cette interprétation n'a pas été l'objet d'une démonstration, et c'est pourquoi au cours de ces dernières années elle a été violemment attaquée. On a soutenu que le texte de Gaius serait une falsification postclassique : Pringsheim, *The legal policy and reforms of Hadrian*, *J. R. S.*, 1934, p. 147; Wieacker, *Quellen zur Hadrianischen Justizpolitik* (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandl., 1935, t. V, p. 48); Schulz, p. 115. Cette thèse croit trouver un appui dans une ressemblance très lointaine avec la loi des citations. En outre, Schulz invoque, pour prouver la falsification du texte, des arguments inattendus : 1° les *responsa* ne sont pas une source du droit ! 2° jamais le juge n'est tenu de les respecter !

gatum te respondere, quia constat mihi soli adquiri obligationem, Titio autem dumtaxat recte solvitur».

Ajoutons d'autres fragments jurisprudentiels :

Afr., D., XIX, 2, 35 *pr.* : «*Et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est . . .*».

Pap., D., XXI, 2, 64, 4 : «*Qui unum jugerum pro indiviso solum habuit, tradidit, secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidium jugeri . . .*»

Paul, F. V., 319 : «*Etiam graecis verbis cognitorem dari posse inter omnes constat*».

Paul, D., III, 3, 61 : «*Plautius ait : procuratorem damnatum non debere conveniri, nisi aut in rem suam datus esset aut optulisset se, cum sciret cautum non esse, omnibus placuit*».

Ulp., D., XLX, 1, 11, 8 : «*Idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere ab omnibus receptum ait*».

Ulp., D., XXVIII, 5, 51, 1 : «*Si in non faciendo impossibilis condicio institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus esset*».

Ulp., D., XLVII, 2, 46, *pr.* : «*Inter omnes constat, etiamsi exstincta sit res furtiva, attamen furti remanere actionem adversus furem*».

Ulp., D., XLVII, 10, 5, 6 : «*Illud quaeritur, an pater filio familias injuriam passo ex lege Cornelia injuriarum agere possit : et placuit non posse deque ea re inter omnes constat*».

Ulp., D., III, 2, 4, *pr.* : «*Athletas autem Sabinus et Cassius responderunt omnino artem ludicram non facere : virtutis enim gratia hoc facere. Et generaliter ita omnes opinantur et utile videtur, ut neque thymelici neque xystici neque agitadores nec qui aquam equis spargunt ceteraque eorum ministeria, qui certaminibus sacris deserviunt, ignominiosi habeantur*»¹⁰⁷.

Plusieurs constitutions impériales sont à verser aussi à ce dossier :

C. Théod., IV., 21, 1 : «*. . . cum prudentium omnium responsa tum lex ipsa naturae successores eos faciat*» (395). Cf. C., VIII, 2, 3.

C. Théod., I, 2, 10 : «*Nam sicut ex causis numerosis etiam haec actio transmittitur ad heredem, quae testatori competisse monstratur, et ediverso definitione juris consultorum omnium consona responsione firmatur ab herede actionem non incipere, quae non competierit testatori*» (396)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Citons d'Ulpien aussi : F. V., 77 : «*Omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt*».

¹⁰⁸ Cf. Sirmond., 15 : «*fori aequitas responsis veterum et legum nostrarum aeternitate solidata . . .*», et Sirmond., 16. Il faut remarquer qu'un grand nombre de

C., V, 4, 25, 1 : « omnes paene juris antiqui conditores admiserunt » (530).

C., VI 57, 6 : « ... omnes veteris juris auctores *consentiunt* » (530). Il convient de citer, en outre, un texte d'Aulu-Gelle :

N. A., 13, 13 : « *Id autem non ex otiosa quaestione agitabatur, sed usus forte natae rei ita erat, ut vocandus esset in jus quaestor... in Varronis omnes sententiam concesserunt quaestorque in jus ad praetorem vocatus est* ».

L'ensemble de ces textes est concluant. L'unanimité jurisprudentielle était fréquemment invoquée par les prudents et par les empereurs. Ils reconnaissaient en elle une source du droit et l'identifiaient avec la *communis opinio*. Le rescrit d'Hadrien résumé par Gaius se trouve ainsi arraché à la solitude et cesse d'être une devinette. La force obligatoire qu'attribue ce rescrit à l'unanimité des prudents n'est pas autre chose, comme dans les textes qui viennent d'être cités, que l'autorité des *sententiae receptae*¹⁰⁹. Ces textes prouvent, en outre, que

constitutions impériales, sans faire état de l'unanimité jurisprudentielle, reconnaissent dans la jurisprudence une source de droit : C., II, 12, 23; C., VII, 7, 1, 1 b; C., IX, 1, 19; C., V, 16, 6, 1; C., V, 17, 3, 3; C., VI, 21, 6, *pr.*; C., VI, 38, 1; C., VII, 18, 1, 1; C., IX, 41, 12. Souvent elles adoptent l'opinion d'un juriste déterminé : C., III, 42, 5; C., III, 28, 35.1; C., V, 4, 6; C., VI, 25, 9, 1; C., VIII, 37, 4; C., V, 71, 14; C., VI, 42, 30; D., XXXVII, 14, 17.

Les constitutions impériales qui invoquent l'unanimité jurisprudentielle sont antérieures à la loi des citations. Il fallait s'y attendre, puisque cette loi a introduit un nouveau système pour évaluer l'autorité des prudents. Cependant, deux constitutions de l'année 530 font état de l'unanimité jurisprudentielle. Est-ce une simple constatation historique? C'est possible. Mais il est tentant de penser que sous Justinien la loi des citations n'étant plus en vigueur, la règle de la *communis opinio* avait retrouvé avant l'élaboration du Digeste une certaine importance dans l'utilisation de la jurisprudence classique. Massei (*Scritti Ferrini*, p. 450 et suiv.) donne de bons arguments pour prouver qu'avant la const. *Deo auctore* la loi des citations n'était plus appliquée. Il remarque notamment que les constitutions impériales antérieures au 15 décembre 530 citent des juristes ne figurant pas dans la liste de la loi des citations.

¹⁰⁹ On s'étonne souvent que Gaius, I, 7, ne parle pas de l'*auctoritas prudentium*, alors que Cicéron (*Top.*, 5, 28) et Papinien (D., I, 1, 7, *pr.*) la rangent parmi les sources du droit. Voir en dernier lieu, Zulueta, *Reflections on Gaius*, I, 7, *Tulane Law Review*, t. XXII, 1947, p. 173 et suiv. Mais de même, au début de ses Institutes, Gaius ne parle pas de l'*auctoritas senatus* et de l'*auctoritas principis*, il ne mentionne que les sénatus-consultes et les constitutions impériales.

On s'étonne également que Gaius limite le droit jurisprudentiel aux *responsa* et omette la littérature juridique. C'est pourquoi d'après une opinion largement répandue le terme de *responsa* engloberait chez Gaius, à côté des consultations proprement dites, la littérature elle-même. Ce point de vue est inexact. A l'époque classique, un *responsum* reste un *responsum*, et, quand Gaius définit les *responsa* com-

les principes posés par Hadrien restèrent en vigueur sous le Haut-Empire et étaient encore invoqués quelques années avant la loi des citations.

D'autre part, si l'on se tourne vers le passé, on s'aperçoit qu'Hadrien, loin d'innover, ne fit que consacrer des règles coutumières qui présentaient déjà à la fin de la République un caractère traditionnel. Dans les *Topiques*¹¹⁰, Cicéron range l'*auctoritas prudentium* parmi les sources du droit. Dans le *Pro Caecina*, il est amené à préciser le mode de formation du droit jurisprudentiel.

Il le fait parce que de son temps l'autorité des prudents était menacée. L'opinion s'était répandue qu'elle ne liait pas le juge. Cette

me des *sententiae et opiniones*, il veut dire seulement que les consultations expriment les avis des prudents. Quand il écrit *respondit*, il ne vise jamais une page de doctrine. Dans ses *Inst.*, I, 7, il n'assimile pas les *responsa* aux traités de droit. C'est seulement au Bas-Empire que le terme de *responsum* a perdu sa signification technique pour embrasser toute la production littéraire des prudents. Voir Théophile, *Par.*, 1, 2, 9, commenté *infra*, sect. III.

De même, la littérature juridique n'est devenue une source du droit qu'au Bas-Empire. On appela alors *leges* les œuvres des prudents (voir *infra*). La *recitatio* des textes de la jurisprudence classique se généralisa au IV^e siècle. Elle se rapprochait de la citation des textes législatifs. Mais sous le Haut-Empire c'était la *communis opinio* qui était une source du droit. La littérature n'était alors qu'un moyen d'information, qui permettait de connaître les *sententiae receptae*. D'ailleurs (voir *supra*) la production littéraire des juristes était restée libre et n'avait pas été soumise au régime de l'autorisation préalable comme les consultations. On voit par là que pour Auguste comme pour Gaius, I, 2 et 7, c'étaient les *responsa* qui constituaient le mode de formation du droit jurisprudentiel (D., I, 2, 2, 49, *auctoritas juris*). Auguste restait en cela fidèle à la tradition républicaine qui voyait dans les consultations l'expression fondamentale de l'*interpretatio* :

Cic., *Leg.*, 1, 14 : « *Summos fuisse in civitate nostra viros qui id (jus civile) interpretari populo et responsitare soliti sint* ».

De orat., 1, 212 : « *Sin autem quaereretur, quisnam jurisconsultus vere nominaretur, eum dicerem qui legum et consuetudinis ejus qua privati in civitate uterentur et ad respondendum et agendum et cavendum peritus esset* ».

Ainsi Gaius, I, 2 et 7, n'a fait que reprendre une conception traditionnelle. Il est permis toutefois de se demander si, au II^e siècle après J.-C., cette conception était encore justifiée et ne négligeait pas excessivement le rôle que la littérature jouait alors dans la formation des *sententiae receptae*.

Il convient enfin de laver Gaius d'un reproche injuste qu'on lui a adressé. On l'a accusé d'avoir confondu l'autorité des *responsa* et celle de la *communis opinio*. Voir Krueger, p. 152; Pringsheim, *loc. cit.* Mais la confusion était impossible. Car pour Gaius les *responsa* n'étaient que de simples avis et n'avaient aucune valeur officielle. Quand ils bénéficiaient de la force obligatoire, c'était par emprunt. Ils la tiraient de leur conformité avec la *communis opinio*.

¹¹⁰ *Top.*, 5, 28, déjà cité.

négarion de la force obligatoire de l'*interpretatio* attaquait une tradition vénérable et était l'aspect le plus grave de la perte de prestige subie par la jurisprudence à la fin de la République. Le *Pro Murena* et le *De officiis* soulignent le déclin et la médiocrité de la science juridique¹¹¹. Le *Pro Caecina* fait état d'une condamnation radicale du droit jurisprudentiel prononcée par une partie de l'opinion publique. Cicéron résume cette condamnation en quelques mots :

67. «*Et non numquam ab ingeniosis hominibus defendi mihi mirum videri solet, nec juris consultis concedi nec jus civile in causis semper valere oportere*».

70. «*Nam qui jus civile contemnendum putat, is vincula revellit non modo judiciorum sed etiam utilitatis vitaeque communis*».

Personne à Rome ne peut avoir proclamé le mépris du droit. *Jus civile* est, dans ce texte, comme souvent dans la langue cicéronienne, l'*interpretatio*¹¹². Le mépris, dont parle Cicéron, ne concernait que la jurisprudence.

Après l'exposé de la thèse, vient la réfutation. Cicéron distingue les controverses juridiques et le droit jurisprudentiel. Il reconnaît que les controverses laissent au juge la faculté de choisir entre les opinions en présence. Sur un point de *jus varium*, il était permis de dire de la solution qu'on rejetait : *non esse juris*.

69. «*Deinde si de jure vario quippiam judicatum est non potius contra juris consultos statuunt (judices), si aliter pronuntiatum est ac Mucio placuit quam ex eorum auctoritate, si, ut Manilius statuebat, sic est judicatum. Etenim ipse Crassus non ita causam apud C. viros egit ut contra juris consultos diceret, sed ut hoc doceret, illud quod Scaevola defendebat non esse juris, et in eam rem non solum rationes adferret sed etiam Q. Mucio, socero suo, multisque peritissimis hominibus auctoribus uteretur*»¹¹³.

¹¹¹ *Pro Mur.*, 28; *De off.*, 2, 65. Voir page 29, notes 97 et 98.

¹¹² Voir, dans l'édition Budé, la note d'André Boulanger, p. 119, n. 2. D'ailleurs, il est bien connu que *jus civile* est souvent chez Cicéron le droit jurisprudentiel : Costa, *Cicerone giureconsolto*, p. 22, n. 3. Ehrlich, *Theorie der Rechtsquellen*, p. 1 et suiv., groupe sur ce point un grand nombre de textes. Voir en dernier lieu, Kaser, *Altörm. Jus.* p. 78 et suiv. Pomponius identifie également *jus civile* et *interpretatio* (D., I, 2, 2, 5 et 12).

¹¹³ Etant donné l'importance de ce texte, il n'est pas inutile de le traduire : « Ensuite, si le jugement porte sur un point de droit douteux, le juge ne statue pas plus à l'encontre que dans le sens de l'autorité jurisprudentielle s'il rejette une opinion de Mucius ou adopte un avis de Manilius. C'est ainsi que Crassus lui-même, plaidant devant les centumvirs, n'a pas attaqué la jurisprudence mais s'est borné à montrer que la thèse de Scaevola était contraire au droit, et pour la réfuter n'a pas usé seulement du raisonnement, il a invoqué l'autorité de son beau-père Q. Mucius et de beaucoup d'autres maîtres » ? Il est intéressant de remarquer que,

Par opposition au *jus varium*, le *jus civile* est pour Cicéron la partie stable et constante de *l'interpretatio*. Sa caractéristique est l'unité. Le *jus civile* fournit une mesure commune à tous : *unum omnibus*. Son mérite est l'inflexibilité (*quod neque inflecti . . .*). Il doit être respecté par le juge.

68. «*Neque enim fieri potest ut aliud judicari de jure, aliud responderi oporteat . . .*».

70. «*Quod vobis venire in mentem profecto necesse est, nihil esse in civitate tam diligenter quam jus civile retinendum. Etenim hoc sublato nihil est qua re exploratum cuiquam possit esse quid suum aut quid alienum sit, nihil est quod aequabile inter omnis atque unum omnibus esse possit*».

73. «*Quod enim est jus civile? Quod neque inflecti gratia neque perfringi potentia neque adulterari pecunia possit*»¹¹⁴.

De même, dans le *De oratore*, Cicéron distingue le *jus non controversum* et le *jus quod ambigitur inter peritissimos*. Celui-ci, remarque-t-il, est un nid à procès. L'autre les rend inutiles, car il fixe d'avance leur sort.

1, 241. «*Ac tamen quae causae sunt ejus modi, ut de earum jure dubium esse non possit, omnino in judicium vocari non solent . . . Ergo in hoc genere juris judicia nulla sunt. Licet igitur impune oratori omnem hanc partem juris non controversi ignorare, quae pars sine dubio multo maxima est*». – 242. «*In eo autem jure quod ambigitur inter peritissimos, non est difficile oratori ejus partis, quamcumque*

d'après Cicéron, en cas de controverse jurisprudentielle, le choix du juge ne peut porter que sur une opinion, soutenue par des jurisconsultes. Le juge ne peut pas en forger une qui lui soit personnelle. Remarquons en outre que le but de Cicéron est de montrer que sur un point de *jus varium* le rejet d'une des thèses proposées par les juristes est une chose normale et ne constitue pas un argument en faveur de ceux qui condamnent l'autorité de la jurisprudence, même quand elle n'est pas divisée.

¹¹⁴ Il convient de remarquer qu'à la fin de sa défense de la jurisprudence, Cicéron opère un glissement dans sa dialectique. Au § 70, il fait une remarque très juste : *sin peritis non putat esse obtemperandum, non homines laedit, sed leges ac jura labefactat*. Autrement dit les menaces qui pèsent sur la jurisprudence atteignent par ricochet la loi et les autres formes du droit. En effet, *l'interpretatio* modelait l'application des normes juridiques et plaçait les prescriptions légales à la portée du juge. Cicéron tire ensuite un très habile parti de l'association qu'il vient d'établir entre loi et jurisprudence. Il termine en créant entre l'une et l'autre une confusion nuancée et parvient par ce subterfuge à prêter à la jurisprudence la rigidité de la loi. Rendons à l'art du dialecticien ce qui lui appartient. Cet art n'enlève pas aux principes leur rigueur et à la distinction, faite au début de l'argumentation, entre *jus varium* et jurisprudence constante, son exactitude.

defendet, auctorem aliquem invenire; a quo cum amentatas hastas acceperit, ipse eas oratoris lacertis viribusque torquebit »¹¹⁵.

Ainsi, dans le *De oratore* comme dans le *pro Caecina*, Cicéron fait deux parts dans la jurisprudence : les controverses et les solutions définitives. Seules ces dernières ont force obligatoire. L'introduction du *jus respondendi* laissa intacts ces principes régulateurs du droit jurisprudentiel formulés par Cicéron. Le rescrit d'Hadrien ne fit que les confirmer.

Il est permis de se demander s'il apporta un durcissement dans leur application. A partir d'Hadrien, la force obligatoire des *sententiae receptae* supposait-elle un accord des jurisconsultes ne tolérant aucune divergence, ni dans le présent, ni dans le passé, à l'intérieur du cercle de la jurisprudence brevetée ? S'il en avait été ainsi, aucune solution novatrice n'aurait pu s'imposer à titre définitif, car dans la masse de la jurisprudence les solutions anciennes eussent conservé immuablement leur pouvoir de contradiction et stérilisé la formation d'une *communis opinio* nouvelle. Une joyeuse fantaisie aurait régné dans les jugements, car rien n'aurait empêché les juges de revenir à leur gré aux théories du bon vieux temps.

En réalité, la jurisprudence conserva après Hadrien sa plasticité. Et son autorité ne se désagrégea pas. Il suffit de relire les *Institutes* de Gaius pour constater qu'à la suite de diverses controverses une solution finit par l'emporter qui élimine la thèse antagoniste¹¹⁶.

La même souplesse dans la formation de la *communis opinio* apparaît dans le *Digeste*. Contentons-nous d'un sondage. Il n'est pas douteux que l'expression *eo jure utimur* s'applique à des principes dont la validité n'est pas discutée¹¹⁷. Les prudents l'utilisent indifféremment à propos de solutions jurisprudentielles ou de solutions

¹¹⁵ Crassus avait affirmé la nécessité pour l'orateur de connaître le droit. Antoine (le grand-père du triumvir) déclare, au contraire, dans le passage cité, que la science du droit est inutile pour l'éloquence. Malgré le caractère outrancier de sa thèse, il dégage des principes certains : 1° le *jus non controversum* ne laisse aucun choix au juge, bien qu'il soit exagéré de dire que les principes stables ne donnent lieu à aucun procès ; 2° les controverses juridiques permettent de trouver dans un procès, de part et d'autre, l'appui d'une opinion jurisprudentielle. Le texte laisse supposer la liberté d'appréciation du juge.

¹¹⁶ Par exemple, II, 51 : « ... cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri posse » ; II, 280 : « Scio tamen Juliano placuisse.. quam sententiam et his temporibus magis optinere video » ; III, 64 : « idque maxime Pegaso placuit. Quae sententia aperte falsa est » ; III, 71 : « Cassio placuit ... sed hujus sententiam plerique improbant » ; III, 149 : « Magna quaestio fuit ... praevaluit sententia ... » ; III, 184 : « Quae sententia non optinuit » ; etc.

¹¹⁷ Gaius, I, 8 : « Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones » ; II, 40 : « Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur ».

introduites par des constitutions impériales¹¹⁸. Or fréquemment, avant comme après Hadrien, ces mots consacrent la réception d'une *sententia* qui s'est imposée en jurisprudence malgré l'existence d'une opinion contraire dont l'écho se perdit dans le vide¹¹⁹.

III

Sous Justinien, le *jus respondendi* était une institution morte. Mais il fut ramené au premier plan de l'actualité par l'abolition de la loi des citations et l'élaboration du Digeste. L'apport de la jurisprudence classique dans la compilation se limita, ou plutôt voulut se limiter aux juristes brevetés¹²⁰. Le *jus respondendi* créait à retardement un

¹¹⁸ En ce qui concerne les constitutions impériales : D., XXVIII, 6, 4, *pr.* ; D., XLVIII, 16, 15, 1 ; D., XLIX, 1, 14, *pr.* ; D., XLII, 4, 7, 16 ; D., XLVIII, 17, 1, *pr.* ; D., XXXIV, 9, 18, *pr.* ; D., XII, 6, 26, *pr.* ; F. V., 120 ; etc.

¹¹⁹ Mettons en tête un texte de Gaius, I, 135 : «*At is, qui ex eo filio conceptus est qui in tertia mancipatione est, non nascitur in avi potestate. Sed eum Labeo quidem existimat in ejusdem mancipio esse, cujus et pater sit; utimur autem hoc jure, ut quamdiu pater ejus in mancipio sit, pendeat jus ejus*». Plusieurs textes de Javolenus sont à mentionner : D., XVIII, 1, 79 : «*Labeo et Trebatius negant... ego contra puto... eoque jure utimur*» ; D., XXXV, 1, 40, 3 : «*Namusa Servium respondisse scribit... ego puto... et eo jure utimur*» ; D., XXIII, 5, 18, 1 : «*ait Labeo... puto potius... quo jure utimur*» ; D., XL, 7, 39, 4 : «*Labeonis et Ofilii sententia rationem quidem habet, sed hoc jure utimur, ut...*».

Deux passages de Gaius sont encore à retenir : D., XXXV, 2, 73, 1 : «*magna dubitatio fuit... sed hoc jure utimur, ut...*» ; D., XL, 4.57 : «*et sane sunt quidam qui... crediderunt... sed mihi traditum est hoc jure nos uti, ut...*».

Ajoutons un texte de Paul : D., XXVIII, 6, 38, 3 : «*... Scaevola noster dicebat. Sed plerique in diversa sunt opinione... quo jure utimur...*». Plusieurs textes d'Ulpien confirment l'élasticité admise pour la formation du droit jurisprudentiel : D., XXVIII, 5, 19 : «*et Pegasus quidem existimat... Aristo contra putat... quam sententiam et Javolenus probat et Pomponius et Arrianus, et hoc jure utimur*» ; D., XXXIII, 7, 12, 4 : «*... Labeo quidem putat... sed Neratius... et hoc jure utimur, ut...*» ; D., XLIII, 13, 1, 6 : «*Sunt qui putent... hoc tamen jure utimur, ut...*».

L'emploi de la formule *alio jure utimur* prouve également qu'une *sententia* pouvait être érigée en règle de droit malgré des divergences qui furent éliminées pour aboutir enfin à l'unité de jurisprudence : Gaius, II, 154 : «*... quamquam apud Fufidium Sabino placeat... sed alio jure utimur*» ; IV, 163 : «*quamquam Proculo placuit... sed alio jure utimur...*».

¹²⁰ Const. *Deo Auctore*, § 4 ; const. *Tantu*, § 20. Voir Krueger, p. 438. Malgré l'ordre de Justinien, les compilateurs utilisèrent certains juristes non brevetés, comme ce fut le cas pour Gaius. Il s'agit alors vraisemblablement d'une erreur de la part des commissaires chargés d'élaborer le Digeste, erreur provoquée par la loi des citations.

nouveau monopole. A cette occasion, on écrivit son histoire. Ce fut un roman historique. Aux yeux des Byzantins, le brevet impérial jetait sur la littérature juridique du Haut-Empire une coloration officielle.

Les Institutes de Justinien reprennent docilement la définition des *responsa* donnée par Gaius. Mais les mêmes mots reflètent dans le manuel byzantin une signification fort peu classique. Au Bas-Empire, le *responsum* avait perdu sa vraie physionomie, son insularité, sa différence avec le traité doctrinal. Connu à travers la production littéraire, il s'était fondu en elle. Les *sententiae et opinioniones* dont parlait Gaius semblèrent embrasser l'ensemble de la littérature brevetée. Théophile déclare dans sa *paraphrase* que *responsum*¹²¹ est un ὄνομα γενικόν qui s'étend à la totalité du droit jurisprudentiel.

A un autre point de vue, la définition de Gaius fut déformée. On ne s'aperçut pas qu'elle imprégnait de subjectivité les solutions des prudents. On attribua, au contraire, à la jurisprudence classique une valeur officielle, qui crut trouver son fondement dans le rescrit d'Hadrien. Les Institutes de Justinien présentent une interprétation inattendue de ce rescrit. Elles ne font aucune distinction entre l'unanimité jurisprudentielle et le *jus controversum*. Ni celui-ci, ni celle-là ne sont mentionnés. Dans l'esprit des compilateurs, l'opinion des juristes brevetés avait toujours dû être respectée sous le Haut-Empire, la liberté du juge avait été supprimée, chaque *responsum* avait eu force obligatoire.

Inst., I, 2, 8 : «*Responsa prudentium sunt sententiae et opinioniones eorum, quibus permissum erat iura condere. Nam antiquitus institutum erat, ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare jus respondendi datum est, qui juris consulti appellabantur. Quorum omnium sententiae et opinioniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum*».

Il faudrait beaucoup de bonne volonté et une singulière accumulation de réserves mentales pour trouver dans ces lignes la teneur du passage correspondant des Institutes de Gaius. Car rien ici ne subordonne l'efficacité des *sententiae* à l'unité de la jurisprudence. Ce serait une illusion de penser que cette dernière est incluse dans le seul mot *omnium*¹²², sans le complément du «*si in unum sententiae*

¹²¹ I, 2, 9 : τὸ δὲ παρ' αὐτοῖς νομοθετούμενον γενικῶ ὀνοματι κέκληται *responsa*.

¹²² C'est pourtant l'opinion de Schulz p. 338 mais cet auteur omet de présenter une démonstration et se contente d'une simple affirmation. On a parfois supposé que le texte des Institutes de Justinien, après l'emprunt fait à Gaius de la définition des *responsa*, avait utilisé les Institutes d'Ulpien. Mais de Visscher, p. 640, n. 2, et Schulz, *ibid.*, ont raison quand ils constatent que les compilateurs ont remanié la

concurrunt» de Gaius. D'ailleurs, toute acrobatie exégétique serait peine perdue. La *Paraphrase* de Théophile traduit sans ambiguïté le sentiment des Byzantins et rien chez elle ne laisse entrevoir une allusion à la *communis opinio*. Pour Théophile, tous les *responsa* liaient le juge à l'époque classique : 1, 2, 9. αὐται δὲ αἱ *sententiae* καὶ *opinionēs* ταύτην ἔσχον τὴν αὐθεντίαν ὥστε μὴ ἔχειν παρρησίαν δικαστὴν ταῖς αὐτῶν ἀπειθεῖν ἀποκρίσεσιν, ὥσπερ καὶ βασιλέως βοᾷ διάταξις.

Les silences des *Institutes* de Justinien sont remarquables. Elles taisent le nom de l'empereur qui aurait établi l'autorité officielle des juristes brevetés. Celle-ci pour les compilateurs remontait à l'origine du *jus respondendi*. Il était donc difficile de nommer Hadrien. Aussi bien a-t-on évité de nommer Auguste. Une difficulté chronologique se présentait. Elle a été enjambée. pour le fond, le rescrit d'Hadrien a été soumis à la mesure d'un préjugé. Tout ce qui excédait cette mesure a été amputé. Seule l'idée de force obligatoire fut retenue, libérée de la condition de l'unanimité jurisprudentielle. Tous les juristes brevetés se virent accorder rétrospectivement le même pouvoir de lier le juge. Les compilateurs écartèrent opportunément le problème des controverses. De leur point de vue, il était insoluble, puisque la même autorité était reconnue indistinctement à tous les avis. En réalité, c'est dans le *Digeste* qu'une solution est apportée, mais elle ne concerne que l'avenir. En éliminant dans la compilation, au moins en principe, les contradictions de la jurisprudence classique, Justinien voulut substituer au désordre de celle-ci un ordre impeccable, dont il revendiqua le mérite¹²³.

Dans les *Institutes*, un mot, *omnium*, échappe à la mutilation du rescrit d'Hadrien. Chez Gaius, il contribuait à définir la *communis opinio*. Ici, arraché à son contexte primitif, il a une tout autre portée. Il aligne tous les juristes brevetés sur le même plan : ils forment une société de pairs. Le privilège est le même pour tous. Ils ont tous le même pouvoir de lier le juge. L'allusion est évidente. Elle oppose aux hiérarchies établies par la loi des citations le régime égalitaire de la jurisprudence classique. Les constitutions *Deo Auctore* et *Tanta* restaurèrent l'égalité entre jurisconsultes dans les limites de la compilation, en attribuant à tous les fragments qui la composent une valeur identique. L'égalité, que les constitutions préface font renaître entre les anciens prudents, correspond, malgré un intervalle de plusieurs siècles, et veut sans doute correspondre à celle que les *Institutes* de Justinien et, à leur suite, la *Paraphrase* de Théophile fondent pour le Haut-Empire sur le *jus respondendi*. De même que tous les *responsa*

suite du texte de Gaius, relative au rescrit d'Hadrien. La similitude des expressions est frappante.

¹²³ Const. *Deo Auctore*, §§ 4, 8; const. *Tanta*, §§ 10, 15.

liaient également le juge à l'époque classique, aux yeux des compilateurs, de même tous les fragments du Digeste ont force de loi, il n'existe entre eux aucune hiérarchie. L'esprit de la compilation est à cet égard un retour au passé. Le parallélisme n'est pas seulement dans le fond, il se poursuit jusque dans la forme de l'énoncé des principes :

Inst., 1, 2, 8 :	Theoph., <i>Par.</i> , 1, 2, 9 :	Const. <i>Deo Auctore</i> :	Cons. <i>Tanta</i> :
... <i>quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat.</i> ...	αὗται δὲ αἱ <i>sententiae</i> καὶ <i>opiniones</i> ταύτην ἔσχον τὴν αὐθεντίαν ὥστε μὴ ἔχειν παρρησίαν δικαστὴν ταῖς αὐτῶν ἀπειθεῖν ἀποκρίσεσιν...	§ 5. ... <i>omnibus auctoribus juris aequa dignitate pol- lentibus et nemini quodam praerogativa servanda.</i> ...	§ 10. ... <i>unaque omnibus auctoritate indulta.</i> ... § 20a. ... <i>omnibus uno dignitatis apice inpartito nec sibi quodam aliquam praerogativam vindicante.</i>

La similitude des expressions correspond à une similitude dans le fond. Pour les compilateurs, l'égalité des textes du Digeste restaurait l'égalité des *responso* (c'est-à-dire, à leurs yeux, de la littérature juridique) sous le principat.

* * *

La nouvelle signification, donnée au mot *responsum* par les Byzantins, eut une répercussion profonde sur leur conception de *l'auctoritas prudentium*. Le pouvoir de lier le juge, qu'ils faisaient dépendre du brevet impérial, fut étendu à toute la littérature brevetée, puisqu'elle constituait, d'après la définition de Théophile, un vaste *responsum*. Aussi bien, il ne pouvait pas être question de limiter la force obligatoire des *sententiae* jurisprudentielles au seul procès qui les avait suscitées. C'était pour les Byzantins une force obligatoire générale, semblable à celle des rescrits. L'assimilation avec les constitutions impériales fut poussée jusqu'à la limite. On étendit la qualification de *leges* aux œuvres des prudents. C'est la qualification favorite que leur donne les constitutions de Justinien¹²⁴. Au Digeste, une inter-

¹²⁴ Voir notamment : const. *Deo Auctore* 4, 7, 10; *omnem*, 1, 2; const. *Tanta*, 10, 17, 20 a.; C., III 28, 33, 1; C., VI 30, 19; C. I, 14, 12, 2; etc. Cf. Heumann-Seckel, *Lexicon* s. v° *Lex* col. 312; Longo, *Vocabulario d. Cost. lat. di Giust.*, s. v° *Lex*. Ce serait une erreur de croire que le terme de *lex* ne visait que les fragments insérés dans le Digeste. Justinien appelle *leges* les textes jurisprudentiels, indépendamment

polution manifeste fait dire à Papinien, D., I, 3, 1 : «*Lex est . . . viro-
rum prudentium consultum*»¹²⁵. Corrélativement, les juristes brevetés
furent appelés *legislatores*¹²⁶, comme l'empereur lui-même, encore que
ce dernier reçut de préférence le titre de *sacratissimus legislator*¹²⁷. A
son tour, Théophile¹²⁸ définit par νομοθετεῖν l'activité littéraire des
prudents. Il incorpore dans la notion de loi le droit jurisprudentiel.
Ces définitions sont liées à une conception stupéfiante du *jus respon-
dendi*. La constitution *Deo Auctore* voit en lui une délégation du pou-
voir législatif de l'empereur et de son pouvoir connexe d'«interpréta-
tion authentique» : § 4. « . . . antiquorum prudentium, quibus auctori-
tatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi prin-
cipes prae buerunt »¹²⁹. Les Byzantins ne pouvaient pas imaginer que la
jurisprudence ait été sous le Haut-Empire une source de droit à titre
originnaire. Pour eux, elle l'avait été en vertu d'une concesssion impé-
riale, qu'ils identifiaient avec le *jus respondendi*. Ils transformèrent
l'autorisation de donner des *responsa* en autorisation de légiférer.

Il est facile de voir comment ce contresens s'articule sur les tex-
tes classiques. Etant donné que traditionnellement le pouvoir législa-
tif de l'empereur recevait le nom d'*auctoritas principis*¹³⁰, l'expression
ex auctoritate principis respondere parut faire état d'un pouvoir légis-
latif délégué. Et c'est ainsi que la définition du brevet impérial pré-
sentée par l'*Enchiridion* conduisit à l'*auctoritas conscribendarum in-
terpetendarumque legum* de la constitution *Deo Auctore*¹³¹. La défini-

de leur utilisation dans la compilation (voir en particulier const. *Deo Auctore*, §§ 4, 7, 10, *Tanta*, § 10; *Omnem*, § 1; C., I, 14, 12, 2). Sur l'expression *pars legum*, de Francisci, *Storia*, t. III, p. 232, 281.

¹²⁵ Sur ce texte : Albertario, *Studi*, t. III, p. 155. Il va de soi que les Byzantins ne limitaient pas la notion de *lex* aux œuvres des prudents.

¹²⁶ Const. *Tanta*, §§ 20 et 20 a; C., IV, 5, 11, *pr.*; C., IV, 18, 2, 1 a; C., V, 11, 7, 1; C., VIII, 47, 10, 5; Nov., 112, *prae f.*

¹²⁷ C., VI, 30, 22, *pr.*; Inst., IV, 13, 10.

¹²⁸ *Par.*, 1, 2, 9 : Ἐν ἑκτῇ τάξει νομοθετοῦσιν οἱ σοφοὶ, σοφῶς δὲ λέγω οἷς τὸ νομοθετεῖν ἢ δῆμος ἢ σύγκλητος ἢ βασιλεὺς ἐπέτρεψε, τὸ δὲ παρ' αὐτοῖς νομοθετούμενον γενικῶ ὀνόματι κέκληται *responsa*. Théophile croit que le *jus respondendi* pouvait être donné par le Sénat et le peuple. Il le définit comme une délégation de pouvoir législatif. Voir *infra*. Chez lui, *jus publice interpretari* des Inst. de Just. devient δημοσίᾳ νομοθετεῖν. Il range la jurisprudence dans la ἐγγραφὸς νομοθεσία (*jus scriptum*). Plus haut (1, 2, 3), il plaçait les *responsa* au nombre des ἐγγραφοὶ νομοί.

¹²⁹ Const. *Tanta*, § 20 a.

¹³⁰ Premierstein p. 195 et suiv.; Orestano, *Potere normativo d. imp.*, p. 31-35; Grant p. 431 et suiv.; Magdelain, *Auctoritas principis*, p. 79 et suiv.

¹³¹ Eunape [*Vitae sophist.*, éd. Boissonade. 1849 p. 500; éd. W.-C. Wright, 1921 (Collect. Loeb) p. 541] attribue à un certain Innocentius, qui semble avoir vécu sous

tion de Gaius vint s'insérer aussi dans le système byzantin, et l'on aperçoit très bien dans quel esprit elle fut retranscrite dans les Institutes de Justinien : « *responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum [erat] <est> jura condere* ». Gaius parlait seulement d'une autorisation de contribuer par des *responsa* à la formation de la *communis opinio*, comme le prouve la suite du texte, tronquée par les compilateurs. Ceux-ci individualisèrent l'opération collective de *jura condere* et virent dans chaque prudent une source du droit, un *juris conditor*. La définition de Gaius acquit une portée toute nouvelle.

La théorie byzantine du *jus respondendi* influença profondément l'élaboration du Digeste. Justinien prescrivit de n'utiliser que les œuvres des juristes brevetés. Dans la constitution *Deo Auctore*¹³², il rejette avec dédain les auteurs qui ne le furent pas. Ne voir dans cette exclusion qu'un souci de qualité, c'est n'apercevoir qu'un aspect du problème. Justinien restituait à certains prudents, pour la fraction de leur œuvre retenue dans la compilation, le pouvoir législatif qu'ils avaient eu autrefois dans la perspective historique des Byzantins. Mais Justinien n'entendait pas donner ce pouvoir législatif à ceux qui, du même point de vue, n'en avaient jamais bénéficié. Telle est la signification juridique du rejet des auteurs non brevetés. Moyennant un certain nombre d'interpolations et de coupures, des morceaux choisis de la jurisprudence classique se voyaient rendre, par une concession impériale en surimpression sur celle de l'antique *jus respondendi* entendu à la manière de Justinien, l'autorité officielle qu'ils avaient eue dans un passé imaginaire. Le reste de la littérature juridique était précipité dans le néant¹³³.

*
* *
*

Dioclétien, la *δυναμις νομοθετική* conférée par l'empereur. C'est la définition même du *jus respondendi* conçu à la manière des compilateurs. Schulz, p. 114, n. 6, qui omet ce rapprochement, pense qu'Eunape définissait simplement une fonction élevée de la chancellerie impériale. La brièveté du texte interdit une conclusion ferme. W.-C. Wright traduit en disant qu'Innocentius avait reçu la mission de compiler des textes législatifs. Cette interprétation trouverait un appui (omis par Wright) chez Sordani, qui présente au ^v siècle Hermogénien, l'auteur du Code Herm., comme un *jurislator* (Migne, *P. L.*, t. XIX, c. 547). Mais il n'est pas exclu qu'Eunape ait eu en vue le *jus respondendi*. Dans ce cas, la conception que les compilateurs se faisaient du brevet impérial aurait déjà été imaginée à la fin du IV^e siècle.

¹³² § 4.

¹³³ Const. *Deo Auctore*, §§ 7, 10; *Tanta*, § 19.

A la liste des contresens byzantins il faut ajouter celui dont fit l'objet l'expression *publice respondere*. Les compilateurs crurent trouver en elle une confirmation de leurs théories. Dans leurs Institutes, cette formule devint *publice interpretari*¹³⁴. Les commissaires de Justinien trahissaient par là leur incompréhension de la notion classique de *responsum*, équivalente pour eux à celle d'*interpretatio*. Les juristes brevetés étaient ainsi présentés comme des interprètes officiels du droit. Une fois de plus, le langage des classiques fut détourné de son sens. Les Byzantins ont ici en quelque sorte interpolé le fond en respectant assez relativement la forme.

Sous le Haut-Empire, *publice respondere* signifiait donner des consultations en public. L'erreur des compilateurs est excusable, car cet usage n'avait plus cours de leur temps. Mais le sens pur de l'expression est encore attesté dans le Digeste. Ulpien remarque qu'il n'est pas permis de *postulare* avant l'âge de dix-sept ans révolus, parce que la décence interdit aux adolescents de *procedere in publicum*¹³⁵. Pour illustrer son propos, il rappelle que Nerva fils attendit d'avoir franchi ce seuil pour donner des consultations *publice*. Cette précocité constitue certainement une anomalie. Le rang du jeune jurisconsulte l'explique peut-être. L'on sait, d'autre part, qu'à dix-huit ans on pouvait être à Rome un rhéteur de talent¹³⁶. Toutefois, Ulpien observe une certaine réserve et prétend seulement rapporter un cas exceptionnel, dont il ne garantit pas l'authenticité. Il s'abrite derrière un *fertur*. Mais il ne laisse subsister aucun doute quant au sens de *publice respondere* (*responsitare*).

De même, Aulu-Gelle¹³⁷ raconte que dans sa jeunesse, quand il sortit de ses livres et de la compagnie de ses maîtres pour se mêler à la société des hommes et à la vie du forum, il lui arriva de prendre part aux discussions qui avaient lieu dans les *stationes jus publice*

¹³⁴ Théophile (1, 2, 9) rend cette expression par δημοσίᾳ νομοθετεῖν.

¹³⁵ Ulp., D., III, 1, 1, 3 : « . . . dum minorem annis decem et septem, qui eos non in totum complevit, prohibet (praetor) postulare, quia moderatam hanc aetatem ratus est ad procedendum in publicum, qua aetate aut paulo majore fertur Nerva filius et publice de jure responsitasse ».

¹³⁶ Bornecque, *Les déclamations et les déclamateurs* (Trav. et Mém. de l'Univ. de Lille, 1902), p. 47.

¹³⁷ N. A., 13, 13 : « . . . Cum ex angulis, secretisque librorum ac magistrorum in medium jam hominum et in lucem fori prodissem, quaesitum esse memini in plerisque Romae stationibus jus publice docentium aut respondentium, an quaestor populi Romani a praetore in jus vocari posset . . . Sed ego, qui tum assiduus in libris M. Varronis fui, quum hoc quaeri dubitarique animadvertissem, protuli unum et vicesimum rerum humanarum, in quo scriptum fuit . . . in Varronis omnes sententiam concesserunt . . . ». Aulu-Gelle montre ici un cas d'unanimité jurisprudentielle conforme à Gaius, I, 7.

docentium aut respondentium. L'accès était libre, ainsi que la parole. Le premier venu pouvait intervenir. Sous l'Empire, ces *disputationes* publiques connurent une grande vogue. Scaevola en groupa une série dans son *Liber singularis quaestionum publice tractatarum*¹³⁸.

La publicité des *responsa* n'apparaît que sous le principat. Mais elle fut préparée par la très grande familiarité qui entourait les juriconsultes sous la République. Ils étaient à la disposition de tous et se laissaient interroger aussi bien à leur domicile, sur le forum, au pas de leur porte¹³⁹. Un groupe de jeunes *auditores* écoutaient les consultations du maître et recevaient ainsi une formation pratique¹⁴⁰. Cepen-

¹³⁸ Les *disputationes* d'Ulprien sont appelées *publicae disputationes* au C., IX, 41, 11 (290).

Quand Aulu-Gelle écrit à propos de Labéon : 13, 10, 1, *consulentibus de jure publice responsitavit*, l'emploi du fréquentatif prouve que *publice* signifie : en public et non officiellement. Il serait absurde de dire qu'un juriste avait l'habitude de répondre au nom de l'Etat. S'il avait ce privilège, ce n'était pas un usage de sa part. De même, voir Ulp., D., III, 1, 1, 3, à propos de Nerva fils. A propos de Javolenus, Plin. (*Ep.*, 6, 15, 3) déclare sans précision supplémentaire : *jus civile publice respondit*.

¹³⁹ Cic., *De or.*, 1, 200; *Tusc.*, 5, 112; *De leg.*, 1, 10; *De or.*, 3, 133; *Verr.*, 2, 1, 120. Voir Jörs, *Röm. Rechtswiss. z. Zeit d. Rep.*, p. 254.

¹⁴⁰ Sur cette forme d'enseignement, voir Jörs, p. 231 et suiv., et Schulz, p. 57. Les jeunes *auditores* n'étaient pas des curieux, ils avaient été préalablement introduits auprès du maître qu'ils écoutaient : Cic., *Lael.*, 1 : «*ego autem a patre ita deductus ad Scaevolam . . .*».

Certains auteurs (en dernier lieu, Kunkel, *Z. S.-S.*, 1948, p. 431) ont cru voir dans la présence des *auditores* une publicité véritable. C'est une erreur. L'assistance des étudiants n'est qu'un précédent de la publicité. Autre chose sont des étudiants qui écoutent leur maître, autre chose des passants que retient sa parole. Il ne faut pas confondre un cours privé et un cours public. Le cercle des *auditores* constituait une sorte de clientèle et formait une société choisie (Cic., *Off.*, 2, 47). D'autre part, quand Cicéron écrit (*Leg.*, 1, 14) : *interpretari populo et responsitare et populo praestare*, il veut dire simplement que les juristes sont à la disposition du public et non pas qu'ils répondent en public. La nuance est appréciable. *Publice respondere* n'apparaît pas dans les sources républicaines. Cic., *Leg.*, 1, 14 : «*Summos fuisse in civitate nostra viros, qui id (jus civile) interpretari populo et responsitare soliti sint . . ., hoc civile, quod vocant, eatenus exercuerunt, quoad populo praestare voluerunt*».

Praestare populo jus civile veut clairement dire que les juristes mettaient leur connaissance du droit à la portée de tous. Mais la notion de consultations délivrées en public est absente.

La publicité des *responsa* n'apparaît qu'au début de l'Empire, comme celle des déclamations et des lectures littéraires. Le droit semble ici avoir suivi l'exemple de la rhétorique. Parler de consultations publiques sous la République, c'est méconnaître le caractère récent de la publicité qui entoure l'activité des juristes et des rhéteurs sous l'Empire.

dant, à la veille de l'Empire, la délivrance des *responsa* conservait un caractère privé, et les curieux n'étaient pas admis à prêter leur audience aux jurisconsultes et à placer leur mot, comme le fit plus tard Aulu-Gelle. Les *stationes*, où les juristes de l'époque impériale répondaient et enseignaient en public, n'existaient pas encore. Pour être l'*auditor* d'un juriste, il fallait, sous la République, lui avoir été préalablement présenté (Cic., *Lael.*, 1). Les *auditores* étaient les disciples du maître.

La publicité des *responsa* est liée à celle des exercices de rhétorique et des *recitationes*. On disait similairement *publice declamare*, *recitare*¹⁴¹ et *publice respondere*. Les leçons et les déclamations des rhéteurs restèrent privées sous la République¹⁴², et les lectures littéraires se faisaient alors dans l'intimité. Pendant le règne d'Auguste, le goût de la parole et du succès oratoire, refoulé par la nullité des débats politiques, se réfugia dans la publicité de ces exercices inoffensifs¹⁴³. Ils eurent la faveur du prince. Auguste leur accordait son assistance¹⁴⁴. Néron¹⁴⁵, qui fut un artiste en tous genres, aimait faire applaudir ses déclamations. Les écoles de rhétorique et les *audito-*

¹⁴¹ Suét., *Domit.* 2; *Rhet.*, 1; S.H.A., *Sept. Sev.*, 1; Sénèque le Rhéteur dit aussi (*Exc. Contr.*, IV, *praef.*, 7) *admisso populo*; (*ibid.*, 2) *advocatis hominibus*. Avoir son public se disait *suum populum habere* (Sén., *Contr.*, X, *pr.*, 2). Cf. Sén., *Contr.*, IV, *pr.*, 2: *multitudinem admittere*.

¹⁴² Il s'agissait de *domesticae exercitationes* (Sén., *Contr.*, I, *pr.*, 12); *secretae exercitationes* (Sén., *Contr.*, VII, *pr.* 1). Cf. Sén., *Contr.*, III, *pr.*, 1, 5, 13; IX, *pr.*; X, *pr.*, 4. Sénèque oppose les exercices privés aux exercices publics (III, *pr.*, 13) qu'il compare à la vie du forum et aux spectacles.

¹⁴³ Les lectures publiques commencent avec As. Pollio: Sén., *Contr.*, IV, *pr.*, 2: «*Primus enim omnium Romanorum advocatis hominibus scripta sua recitavit*». Mais il ne déclamait pas en public: «*Numquam admissa multitudine declamavit*». Horace vit les débuts des *recitationes* publiques et les critiqua: *Epist.*, 1, 4, 73; 2, 1, 108. Cf. Ovide, *Tristia*, 4, 10, 57; Hor., *Sat.*, 1, 10, 81.

Les déclamations publiques n'étaient pas encore à la mode du temps de Labienus, qui ne les pratiqua pas: Sén., *Contr.*, X, *pr.*, 4: «*Non admittebat populum et quia nondum haec consuetudo erat inducta et quia putabat turpe ac frivola jactationis*». Ainsi ni As. Pollio, ni Labienus ne déclamèrent en public. Au contraire Haterius se signala par ses déclamations publiques: Sén., *Exc. Contr.*, IV, *pr.*, 7: «*Declamabat autem Haterius admisso populo ex tempore*». En somme, la publicité des *recitationes* et des déclamations n'apparaît que sous Auguste: voir G. Boissier, *D. A.*, art. *Declamation, Lector*; Funaioli, *P.-W.*, art. *Recitationes*, col. 442 et suiv.; Kroll, *P.-W.*, Suppl. VII, col. 1121, art. *Rhetorik*; A. Guillemin, *Le public et la vie littéraire*, p. 97 et suiv.; Marrou, *Histoire de l'éducation*, p. 385.

¹⁴⁴ Suét., *Aug.*, 89.

¹⁴⁵ Suét., *Rhet.*, 1. Claude fit des lectures publiques: Suét., *Claud.*, 41.

ria¹⁴⁶, affectés aux *recitationes*, étaient ouverts au public. De même, les *stationes* des juristes, mentionnées par Aulu-Gelle, n'avaient pas d'autre raison d'être que de concentrer un auditoire qui autrement eût été dispersé. *Auditoria* et *stationes* furent l'organe créé par la fonction. Dès le premier siècle de l'Empire, la vanité littéraire chercha des locaux à sa taille. On ne sait pas toutefois à partir de quel moment les juristes donnèrent à leur activité des salles de spectacle. Les *stationes* ne sont mentionnées qu'à partir du deuxième siècle. La publicité des *responsa* ne semble pas avoir eu à ses débuts un domicile fixe.

S'il faut croire Aulu-Gelle, elle fit son apparition sous Auguste, puisque Labéon passe, dans les *Nuits Attiques*¹⁴⁷, pour avoir eu coutume de répondre *publice*. Ainsi juristes et rhéteurs auraient commencé à peu près ensemble leurs exhibitions. Au contraire, d'après Pomponius, *Sabinus . . . publice primus respondit*¹⁴⁸. La publicité des *responsa* se trouve ainsi rejetée sous le règne de Tibère, qui décerna à Sabinus le brevet de jurisconsulte. Pour concilier les témoignages d'Aulu-Gelle et de Pomponius, il faudrait supposer que Labéon, dont la mort, de date inconnue, est antérieure à celle de Capiton en 22 ap. J.-C.¹⁴⁹,

¹⁴⁶ Voir les articles déjà cités de Boissier, Funaioli, Kroll. Cf. Guillemin, *loc. cit.*

¹⁴⁷ *N. A.*, 13, 10, 1 : « *consulentibus de jure publice responsitavit* ».

¹⁴⁸ *D.*, I, 2, 2, 48.

¹⁴⁹ Krueger, p. 189. Siber (*Z. S.-S.*, 1941, p. 399) voit dans le § 48 de l'*Enchiridion* la preuve que Sabinus donnait des consultations publiques. C'est à notre avis la seule traduction correcte de ce texte. Mais Siber a une inspiration moins heureuse quand il déclare que Sabinus imita l'exemple fort ancien de Tib. Coruncanius. De ce dernier l'*Enchiridion* déclare, § 35 : « *Ante Tib. Coruncanium publice professum neminem traditur* » ; § 38 : « *Primus profiteri coepit* ». L'*Enchiridion*, à quelques paragraphes d'intervalle, n'a pas pu attribuer à la fois à Tib. Coruncanius et à Sabinus le mérite d'avoir créé la publicité jurisprudentielle. Si Tib. Coruncanius fut le premier à donner ses consultations et son enseignement en public, Sabinus en ce domaine ne peut avoir été à la rigueur que le second. *Publice profiteri*, en réalité, à propos de Tib. Coruncanius, vise seulement la divulgation de la science juridique. Pomponius ne dit pas que Tib. Coruncanius se donna en spectacle comme les juristes de l'Empire. Il se borne à constater que ce pontife répandit dans le public une science restée jusque-là secrète, § 35 : « *Ceteri autem ad hunc vel in latenti jus civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant* ». L'instrument de divulgation fut l'enseignement, mais il serait absurde de supposer qu'au III^e siècle avant J.-C. un enseignement public ait pu exister à Rome. L'anachronisme serait assez violent et contredirait le caractère nettement aristocratique que conserva jusqu'au dernier siècle de la République la science du droit. Les *auditores* étaient des jeunes gens que les juristes avaient acceptés dans leur intimité. Cf. Jörs, p. 231 ; Cic., *De off.*, 2, 47 ; *Lael.*, 1. Schulz, p. 10, prétend que le rôle attribué à Tib. Coruncanius est le résultat d'une falsifica-

vécut encore au début du règne de Tibère et imita alors l'exemple de Sabinus. Mais ce dernier possédait-il déjà le brevet impérial ? Il est plus vraisemblable d'admettre que les écoles sabinienne et proculienne s'enorgueillissaient chacune d'avoir été à l'origine de la publicité jurisprudentielle. Aulu-Gelle et Pomponius semblent avoir recueilli sur le même point d'histoire deux traditions rivales.

Etant donné que le *jus respondendi* fut institué par Auguste, il est impossible de voir en Sabinus le premier juriste breveté, sans retarder de manière inexplicable l'application de la réforme jurisprudentielle jusqu'au règne de Tibère. C'est cependant ce que firent les compilateurs, entraînés dans cette contradiction par leur interprétation de la formule *publice respondere*. Il faut leur reconnaître cette circonstance atténuante qu'à propos des *responsa* de Sabinus, l'*Enchiridion* place une assez longue digression sur le *jus respondendi*. Les compilateurs crurent trouver en elle une justification de leur contresens. Ils n'omirent pas de le signer par des remaniements d'une extrême maladresse.

Pomp., *Libro singulari enchiridii*, D., I, 2, 2, 48 : « ... Masurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit : [posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat] ». – 49. « Et, ut obitersciamus, ante tempora Augusti [publice] respondendi jus non [a principibus] dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant : neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulabant. Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate ejus responderent : et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se <si> populo ad respondendum se praepararet ». – 50. « Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare ut populo, responderet :

tion historique. Un passage de Cicéron aurait servi de base à la légende. D'après Schulz, Cicéron aurait dit que Tib. Coruncanus et d'autres juristes donnaient des *responsa* en public : Cic., *De orat.*, 3, 134 : « Haec fuit P. Crassi illius veteris, haec Ti. Coruncanii, haec ... Scipionis prudentissimi hominis sapientia, qui omnes pontifices maximi fuerunt, ut ad eos de omnibus divinis atque humanis rebus referretur eisdemque et in senatu et apud populum et in causis amicorum et domi et militiae consilium suum fidemque praestabant ». Ce texte déclare que certains grands hommes ont éclairé le Sénat et le peuple. On retrouve ici une idée chère à Cicéron qui voyait dans les meilleurs citoyens les conseillers naturels de l'Etat. Mais Cicéron distingue ici les conseils donnés aux pouvoirs publics et les consultations délivrées aux particuliers (*in causis amicorum*). D'une publicité de ces dernières, ni dans ce texte, ni dans aucun autre de Cicéron il n'est trace.

qui in equestri ordine jam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est».

Pomponius écrivit qu'à la suite de la réforme d'Auguste, le brevet de jurisconsulte fut sollicité comme une faveur : § 49. « ...*et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit*». Le nouveau régime jurisprudentiel s'appliqua donc, comme il fallait s'y attendre, sous le règne de son fondateur¹⁵⁰.

Et cependant le § 48 fait commencer seulement sous Tibère l'application de la réforme jurisprudentielle. Ainsi l'*Enchiridion*, dans son état actuel, se contredit sans pudeur à quelques lignes d'intervalle. Cette contradiction, qui a suscité les explications les plus variées, n'est certainement pas imputable à Pomponius. Elle est le résultat d'une interpolation dont il est aisé de retrouver la cause. Les compilateurs ont interprété la priorité reconnue à Sabinus (*publice primus respondit*) en voyant en lui le premier bénéficiaire du *jus respondendi*. Cette interprétation était conforme au sens qu'ils attribuaient à la formule *publice respondere*, exprimant à leurs yeux, comme le prouvent les Institutes de Justinien (1, 2, 8), le caractère officiel de la jurisprudence brevetée. Là où Pomponius parlait des débuts de la publicité jurisprudentielle, les Byzantins ont vu, au contraire, l'entrée en vigueur du *jus respondendi*. Dans leur esprit, l'application de la réforme augustéenne n'eut donc lieu que sous le règne de Tibère. Cette déduction était commandée par le § 50, d'après lequel cet empereur accorda le brevet de jurisconsulte à Sabinus, qui pour les compilateurs était le premier juriste officiel. Leurs erreurs auraient pu nous échapper, s'ils n'avaient eu à cœur de les mettre en évidence.

Ils ont développé avec soin tout le contenu qu'ils prêtaient à la phrase *publice primus respondit*. Ils ont précisé que Sabinus avait ouvert la série des juristes brevetés. Pour cela, ils ont décalqué le passage dans lequel Pomponius faisait débiter la réforme augustéenne sous Auguste lui-même. Ainsi le texte s'est enrichi de l'addition *posteaque hoc coepit beneficium dari*. Ensuite, les compilateurs ont eu le souci de nommer aussitôt, sans attendre le § 50, l'empereur qui avait

¹⁵⁰ § 50. «*Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare ut populo responderet*». Cette phrase définit clairement le *jus respondendi* comme une autorisation de donner des consultations. *Populo respondere*, comme nous l'avons déjà remarqué, signifie être à la disposition du public pour délivrer des *responsa*. Cette expression apparaît déjà chez Cicéron, *Leg.*, 1, 14. Elle ne vise pas la publicité des consultations, encore ignorée sous la République. D'ailleurs, Pomponius ne peut pas avoir voulu dire que Tibère autorisa Sabinus à délivrer des *responsa* en public. Ce serait une absurdité. Ajoutons, d'autre part, que rien dans l'expression *populo respondere* n'attribue un caractère officiel aux consultations. Les origines républicaines de cette expression le prouvent surabondamment.

fait à leur avis la première concession du brevet impérial. D'où un nouvel enrichissement du texte, rattaché au précédent par un *tamen* malencontreux dépourvu de toute signification : *a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat*. Cette deuxième addition est elle aussi le produit d'un décalque opéré, cette fois, sur le § 50.

Ainsi, le texte de Pomponius a été alourdi et sa logique disloquée. L'*Enchiridion* avait greffé sur les *responsa* de Sabinus un bref historique du *jus respondendi*. Puis l'énumération des grands jurisconsultes reprenait au § 50, en revenant tout naturellement à Sabinus pour faire état de la faveur que lui avait accordée Tibère. Les additions apportées par les compilateurs ont éliminé la publicité jurisprudentielle et rejeté l'application de la réforme augustéenne sous le règne de son successeur.

Ce décalage chronologique n'a pas en lui-même une grande importance. Ce qui est grave, c'est que l'erreur des Byzantins a charrié jusqu'à présent une conception insoutenable du *jus respondendi*. Sur la foi d'un texte remanié, on a cru que les juristes brevetés étaient des interprètes officiels du droit. Pour chasser ce mirage, il suffit de constater que, dans les textes classiques, *publice respondere* visc toujours la publicité de la jurisprudence. Seuls les Byzantins ont cru reconnaître en cette expression la substance du *jus respondendi*. Ce contraste entre le sens classique et le contresens des compilateurs permet d'affirmer l'interpolation du passage « *posteaque... concessum erat* » qui a rendu chaotique l'histoire du brevet impérial. Une fois cette interpolation reconnue, la chronologie se trouve rétablie¹⁵¹.

¹⁵¹ Pour expliquer le texte du § 48, Kunkel (Z. S.-S., 1948, p. 444), reprenant une hypothèse de Mommsen, pense que *fuit et* est une interpolation. Pomponius aurait écrit : *Sabinus in equestri ordine publice primus respondit*. Autrement dit, Sabinus aurait été le premier juriste breveté de l'ordre équestre. Pour concilier cette hypothèse avec la suite du texte, Kunkel est amené à remplacer *posteaque* par *posteaquam*. Rappelons, d'autre part, que Sabinus ne devint chevalier qu'à cinquante ans (D., I, 2, 2, 50). Or rien ne prouve qu'il ne reçut le *jus respondendi* qu'après cette promotion. S'il en avait été ainsi, il n'aurait commencé sa carrière de jurisconsulte qu'après la cinquantaine. Il est donc possible et même vraisemblable qu'il ait obtenu le brevet impérial avant d'appartenir à l'ordre équestre.

L'hypothèse de Kunkel soulève d'autres difficultés. On connaît sous Auguste des jurisconsultes de l'ordre équestre : Ofilius, Cascellius, Trebatius, qui n'entrèrent pas dans l'ordre sénatorial. Kunkel, p. 446, est contraint de supposer que le *jus respondendi* ne fut créé qu'à la fin du règne d'Auguste, quand ces juristes étaient morts.

Tout le système de Kunkel prête aux empereurs du I^{er} siècle la volonté de réserver à la noblesse sénatoriale le privilège du *jus respondendi*. Cette hostilité pour l'ordre équestre concorde mal avec l'emploi des chevaliers dans l'administration impériale et avec les faveurs dont ils bénéficièrent. Cf. R. Syme, *Roman Revo-*

Les compilateurs prolongèrent la perturbation qu'ils venaient d'introduire dans le § 48, en insérant dans le § 49 deux additions d'une rare absurdité. *A principibus*, comme on l'a remarqué depuis longtemps, est un non-sens. Quels furent les empereurs antérieurs à Auguste? Même si l'on consent à faire remonter jusqu'à César le début de l'Empire, ainsi qu'on le faisait souvent dans l'antiquité, le pluriel reste inexplicable. D'autre part, *[publice] respondendi jus* est un chef-d'œuvre. Un classique aurait compris que le brevet impérial était une autorisation de délivrer des consultations en public. L'idée, comique en elle-même, est historiquement inviable. Car, dans la perspective de *l'Enchiridion*, la publicité jurisprudentielle est postérieure à la création du *jus respondendi*. Un classique n'aurait pas mieux accueilli l'hypothèse de *responsa* délivrés au nom de l'Etat. Sous le Haut-Empire, les juristes donnaient leurs consultations en leur propre nom et, selon la définition déjà commentée de Gaius, elles n'étaient que des avis personnels. Le régime de l'autorisation préalable, imposé par Auguste aux juristes, ne comportait pas comme contre-partie le privilège de l'interprétation authentique. Ainsi, quel que soit le sens que l'on prête à *publice*, on aboutit à des notions inconciliables avec la pensée classique. Le *jus publice respondendi* est un byzantinisme, qui fait la somme des contresens commis par les compilateurs. Il noie la publicité jurisprudentielle dans le brevet impérial et fait des jurisconsultes des porte-parole de l'Etat.

lution, p. 367 et suiv.; Stein, *Ritterstand*, p. 196 et suiv., p. 427 et suiv., p. 442 et suiv. Certains chevaliers eurent un rôle de premier plan : Mécène, C. Sallustius, Crispus (Tac., *Ann.*, 3, 30), etc. Les nombreuses promotions de chevaliers dans l'ordre sénatorial montrent à quel point les honneurs leur étaient peu refusés.

En réalité, le texte de Pomponius ne peut pas servir de base à l'affirmation de Kunkel. Seule une étude de la condition sociale des juristes sous le principat serait de nature à emporter la conviction. D'ailleurs, il est inexact de dire, comme le fait Kunkel (p. 446), que Sabinus fut le seul jurisconsulte de l'ordre équestre au I^{er} siècle. Il faut ajouter au moins Longinus. Cf. Pomp. ; D., 1, 2, 2, 52 : « *fuit et alius Longinus ex equestri quidem ordine qui postea ad praeturam usque pervenit* ».

[II - Droit sacré]

LE POMERIUM ARCHAÏQUE ET LE MUNDUS

Sommaire. – La fonction sacrale du pomerium permet de situer son tracé à l'intérieur des murs. Sont rejetés le mythe ancien d'un pomerium palatinum (lié à la légende d'une Roma Quadrata) et le mythe contemporain d'une Rome préservienne des quatre régions. L'auteur du pomerium de la Rome prétarquinienne est inconnu. L'arx est séparée de l'urbs par le pomerium. Définition des auspicia urbana. Problème des auspices des titulaires de commandements extraordinaires. Le mundus n'est pas associé au tracé du pomerium. Ce n'est pas un dépôt de fondation, mais une importation étrusque. Problème des dies religiosi à propos de l'ouverture du mundus. Dans cette cavité souterraine on pratique la divination sur l'avenir de la récolte.

Le pomerium¹ est la frontière qui sépare les deux zones *domi* et *militiae*, autrement dit l'*urbs* et l'*ager*. Ces deux zones ont des statuts différents² : l'*urbs* est inaugurée, alors que l'*ager* ne l'est pas. L'inauguration confère au sol de la ville une valeur mystique qui exige une protection de sa pureté. Celle-ci est assurée par l'interdit funéraire qui écarte de la ville aussi bien l'incinération que l'inhumation des morts, et par l'interdit guerrier qui écarte l'armée (sauf à l'occasion du triomphe), car l'armée a partie liée avec la mort. Ces principes de droit sacré ont pour corollaire en droit public que la compétence urbaine d'abord du roi ensuite des magistrats supérieurs est purement civile, alors que l'*imperium militiae* ne s'exerce qu'en dehors de la ville, une fois que le pomerium a été franchi.

Cette dualité primordiale du pouvoir n'a pas été obscurcie par l'extension de la ville, au-delà des murs, quand une banlieue s'est formée. Il en est résulté que la compétence *domi* a été étendue jusqu'à la première borne milliaire, ce qui s'observe en particulier dans le régime des *iudicia legitima*. Aussi bien, dans cette zone intermédiaire entre le pomerium et la première borne les deux compétences civile et

¹ Catalano, *Novissimo Digesto italiano*, v. *pomerio*; Lugli, *Fontes ad topographiam veteris urbis Romae pertinentes*, I, p. 115-131; Holland, *Janus and the bridge*, 1961, p. 52 suiv., 246; De Martino, *Storia della costituzione romana*, I (1972), p. 126-129.

² Sur ce point, Magdelain, *Recherches sur l'Imperium*, 1968, p. 57 suiv.; et l'article *l'Inauguration de l'Urbs et l'imperium* (M.É.F.R.A., 1977, 2).

militaire cohabitent³ chacune avec son statut propre, les restrictions constitutionnelles de l'intercession tribunitienne et de la *provocatio ad populum* ne s'appliquant qu'au seul *imperium domi* et non à l'*imperium militiae*⁴. Mais ce dernier n'est acquis en la personne du général en chef qu'à la suite des auspices de départ pris au Capitole.

Le *pomerium*, comme son étymologie l'indique (*post murum*)⁵, est associé aux murs, c'est-à-dire à Rome aux fortifications dites serviennes de l'époque tarquinienne. Une certaine distance sépare de celles-ci la ligne pomériale. Lorsque une muraille engloba à une date discutée⁶ l'Aventin, jusque-là situé hors de l'*urbs*, le *pomerium* resté immobile se trouva dans ce secteur complètement détaché des fortifications⁷ (Gell. 13, 14, 4; Fest. 294 L).

La définition du *pomerium* a donné autant de difficulté aux anciens⁸ qu'aux modernes. A Rome comme en d'autres villes italiennes les fortifications sont entourées de deux bandes de terrain, l'une extérieure, l'autre intérieure (disons deux boulevards), chacune limitée par des cippes (Varro L. l., 5, 143; Liv. 1, 44; Tac., *Ann.* 12, 24). Lequel de ces deux boulevards est le *pomerium*? Où s'agit-il des deux? Ou bien le *pomerium* est-il simplement une ligne? Mais laquelle, celle des cippes du boulevard extérieur ou du boulevard intérieur?

Ces cippes de part et d'autre des fortifications sont consacrés (Liv. I, 44, 5 *termini consecrati*), ce qui fait dire à Tite-Live par extension que le *pomerium* est lui-même consacré, ce qui est une erreur, et inauguré⁹, ce qui est une autre erreur, l'inauguration étant celle non du *pomerium* mais de l'*urbs*¹⁰. De tels cippes ont été retrouvés sur le terrain pour la colonie triumvirale de Capoue (ILL RP 482), et, ce qui

³ Mommsen, *Staatsrecht*, I, p. 70.

⁴ Lugli, *Fontes*, I, p. 92; Karlowa, *Intra Pomerium und extra Pomerium*, 1896.

⁵ Walde-Hofmann, *Lat. etym. Wörterbuch*, II (1954), p. 334, v. *pomerium*. Sur cette étymologie voir les réserves de Blumenthal, *R. E.*, XXI, 1870; cf. *Der Kl. Pauly*, IV, 1016.

⁶ Lugli, *Itinerario di Roma*, 1975, p. 26, 41.

⁷ Alföldi, *Early Rome and the Latins*, 1963, p. 321; Lugli, *Tecnica edilicia*, 1957, I, p. 266.

⁸ Lugli, *Fontes*, I, p. 115 suiv.

⁹ Liv., I, 44, 4 *locus, quem in condendis urbibus quondam Etrusci, qua murum ducturi erant, certis circa terminis inaugurato consecrabant*.

¹⁰ La prétendue inauguration du *pomerium* chez Tite-Live, I, 44 (qui peut-être ne fait que s'exprimer elliptiquement pour renvoyer à celle de l'*urbs*) n'a aucun poids en face du nombre élevé de textes qui rapportent avec précision l'inauguration à l'*urbs* elle-même: Lugli, *Fontes*, I, p. 23 suiv.; VIII, p. 26 suiv.

est plus précieux, à Assise, Bolsena, Pérouse (la pierre portant ici le mot *tular*, propre au bornage) à la périphérie de la ville¹¹.

Lorsque les Romains expliquent *pomerium* par *post murum* (Varro L. l., 5, 143; Plut., *Rom.* 11, 4; Priscian. *Grammatici lat.*, Keil, III, p. 475) ou *pone muros* (Gell. 13, 14, I), ils le placent à l'intérieur des murs (Schol. in Iuv. IX, II *pomeria loca appellantur, quae intra muros sunt, hoc est pone muros*), de la même manière que le *postliminium* est le retour du captif à l'intérieur des frontières. Mais d'autres auteurs font dériver *pomerium* de *promoerium* et le placent à l'extérieur des murs (Fest. 294 L, Schol.; Lucan. I, 594 *pomeria dicuntur ante muros loca quasi promoenia*). Tite-Live (1, 44) élude la difficulté en le répartissant de part et d'autre de l'enceinte fortifiée et propose comme synonyme *circamoerium*¹².

Il convient de se libérer d'un faux problème qui a embarrassé les Romains et se perpétue dans la science contemporaine. La solution est fournie par le droit sacré. La ligne pomériale est *l'urbis principium* (Varro, L. l., 5, 143). Les expressions techniques *intra* ou *extra pomerium* (Varro *cit.*; Fest. 368 L; Gell. 15, 27, 5) qui appartiennent à la langue officielle (*lex perduellionis*, Liv. 1, 26, 6), se rapportent à l'intérieur ou à l'extérieur de *l'urbs*: Varro, *cit. intra pomerium ponuntur (urbes)*. Or, par définition le sol inauguré de *l'urbs* est en raison de cette bénédiction démilitarisé: la fonction principale du boulevard intérieur, qui longe les fortifications, est de permettre les opérations de défense en cas de siège, sans qu'elles touchent au sol urbain, qu'elles ne doivent pas souiller. Dans les termes du droit sacré, le *pomerium* ne peut être situé qu'à l'intérieur des murs, et c'est par un abus de langage que ce mot a pu être amené à désigner aussi le boulevard extérieur, quand sa signification sacrale s'est estompée.

Reste à savoir si dans la langue technique le mot *pomerium* désigne une bande de terrain ou la ligne pomériale. Selon un usage relâché du mot, il s'agit d'un *locus* (Liv. 1, 44, 4). C'est ainsi que le définissent les *libri de auspiciis*, qui sont une œuvre relativement récente¹³, sans doute du spécialiste Messala (cos. 53)¹⁴: *locus intra agrum effatum per totius urbis circuitum pone muros regionibus certis determinatus* (Gell. 13, 14, 1). Le *pomerium* serait, à l'intérieur de *l'ager effatus*¹⁵ (c'est-à-dire le territoire extra-urbain délimité augura-

¹¹ Lambrechts, *Les inscriptions avec le mot «tular» et le bornage étrusques*, 1970, p. 68-70, 75, 87; voir aussi Scullard, *Etruscan Cities*, 1967, p. 73-75.

¹² Pour d'autres définitions du mot, voir Lugli, *Fontes*, I, p. 116-117.

¹³ Mommsen, *Staatsrecht*, I, p. 4, 2.

¹⁴ Bardon, *Littérature latine inconnue*, 1952, I, p. 309.

¹⁵ Magdelain, *Recherches sur l'imperium*, p. 59. *L'ager Romanus* est dit *effatus*, parce que délimité rituellement par la parole. Pour une critique de Wissowa

lement par la parole), une bande de terrain en deçà des murs (*pone muros*) divisée en *regiones* (terme augural), qui semblent correspondre aux quatre régions d'une ville à plan orthogonal, partagée par deux axes médians se coupant perpendiculairement¹⁶.

Au contraire, Varron définit le *pomerium* comme une ligne, et seule cette définition est exacte. Après avoir rappelé le rite dit étrusque de la charrue, utilisé lors de la fondation des villes et des colonies, il précise que la ligne assimilée à un cercle *orbis* (jeu de mot avec *urbs*), résultant du *sulcus primigenius* (Fest. 270 L) et immédiatement au contact des mottes de terre toutes rejetées à l'intérieur, est le *pomerium* lui-même : L. l., 5, 143 *post ea* (derrière le sillon et les mottes)¹⁷ *qui fiebat orbis urbis principium*: tel est, conclut-il, le *postmoe-rium*. C'est par extension qu'on en est venu à désigner par ce mot le boulevard limité par cette ligne. Le témoignage de Varron est confirmé par Plutarque (*Rom.* 11, 4, γραμμῆ)¹⁸ et Tacite (*Ann.* 12, 24), ainsi que par les cippes de la colonie triumvirale de Capoue qui portent la mention : *qua aratrum ductum est*, pour définir le *pomerium* (ILL RP 482). On trouve une formule analogue dans la *lex Ursonensis* 73 à propos de la limite sacrale de la ville : *intra fines oppidi coloniaeve, qua aratro circumductum erit*¹⁹.

En face de ces témoignages, dont certains sont juridiques, ont peu de poids ceux de Caton (ap. Serv., *Aen.* 5, 755; Isid., *Orig.* 15, 2, 3), lequel est un amateur de droit mais non un juriste de profession²⁰ et surtout ne fut pas augure²¹, et d'Ovide (*Fast.* 4, 825), d'après qui le *sulcus primigenius* au lieu de marquer le tracé de la ligne pomériale indique le parcours des murs à bâtir²². Il s'agit d'une opinion vulgai-

(*Religion und Kultus*, 1912, p. 529), qui distingue à tort *ager R.* et *ager effatus*, *ibid.*, p. 59, n. 5.

¹⁶ Cf. Müller-Deecke, *Die Etrusker*, II, p. 151, n. 89 (réimpress, 1965).

¹⁷ Blumenthal, *R. E.*, XXI, 1868.

¹⁸ Cf. Plut. Q. R. 27; Rose, *Roman Questions*, p. 181. D'autre part, lorsque Pomponius écrit : *libro sing. enchir.*, D. 50, 16, 239, 6 *urbs ab urbo appellata est : urbare est aratro definire*, il fait du sillon primordial la limite de l'*urbs* (= zone intrapomériale). Il identifie ce sillon avec le *pomerium*, non avec le tracé des murs. (Cf. Fest., *urvat* 514 L, *ab eo sulco qui fit in urbe condenda urvo aratri*). Voir *infra* sur la confusion faite parfois à Rome entre le *sulcus* et les murs.

¹⁹ Sur Cic., *Nat. deor.*, 3, 94, *diligentiusque urbem religione quam muris cingitis*, voir Pease, *Ciceronis de natura deorum*, 1958, II, p. 1226.

²⁰ Wieacker, *Fest. Lübtow*, p. 193-194.

²¹ Szemler, *Priests of the roman Republic*, 1972, p. 144, se fondant sur la lecture correcte de Cic., *Sen.*, 64.

²² Sur le rite de la charrue chez ces deux auteurs : Schröder, *M. Porcius Cato. Das erste Buch der Origines*, 1971, p. 171-176; Bömer, *Ovidius Naso. Die Fasten*, 1958, II, p. 281.

re en contradiction avec le droit sacré²³. Son origine est facile à déceler, et tient à une particularité de la langue sacrale qui à propos du rite de la charrue appelait *fossa* le sillon primordial et *murum* les mottes de terre toutes rejetées à l'intérieur : Varro L. l., 5, 143 *terram unde exculpserant, fossam vocabant et introrsum iactam murum*. Les commentateurs les plus avisés de ce texte²⁴ ont perçu que ce fossé et ce mur symboliques, marquant l'enceinte religieuse de la cité, ne devaient pas être confondus avec les fortifications véritables, séparés de la ligne pomériale par l'épaisseur d'un boulevard. Varron n'omet pas de rappeler que cette ligne est en deçà de la muraille : L. l., 5, 143 *qui (orbis) quod erat post murum, postmoerium dictum* : dans cette phrase, comme dans les divers textes qui expliquent *pomerium* par *post murum* (Liv. I, 44, 5; Gell. 13, 14, I; Priscian. *Grammatici*, Keil, III, p. 475; Plut., *Rom.* 11, 4), *murum* a son sens propre. Les deux sens du mot, qui oscillent entre la réalité et le symbole, expliquent l'erreur de ceux qui pensaient que le *sulcus primigenius* coïncidait non avec la ligne pomériale mais avec les fortifications²⁵.

Sans le rite de la charrue²⁶, le *pomerium* perdrait sa valeur sacrale et ne serait plus qu'une ligne administrative. Ce cercle magique protège la ville contre les influences néfastes de l'extérieur, avec ce correctif qu'à la hauteur des portes, là où la charrue a été soulevée

²³ Thulin, *Die etruskische Disciplin*, III (1909), p. 14-15, tient l'opinion de Caton pour la solution la plus ancienne, doublée ensuite d'une nouvelle conception du *sulcus*, identifié avec le *pomerium*. Cet auteur est à peu près le seul à avoir posé le délicat problème de la relation du sillon primordial soit avec les murs, soit avec le *pomerium*. La littérature plus récente ne s'est guère avisée de ce dilemme; cf. Holland, *Janus*, p. 53.

²⁴ Richter, *Topographie von Rom*, 1901, p. 32; Grimal, *M. É. F. R.*, 1959, p. 46; cf. Blumenthal, *R. E.*, XXI, 1868; Collart, *Varron de lingua latina*, V, 1954, p. 236.

²⁵ Lorsque Varron écrit : r. r. 2, 1, 10 *quod, urbs cum condita est, tauro et vacca qua essent muri et portae definitum*, il n'exprime pas une autre conception du *sulcus* que dans le *de lingua lat.* 5, 143. Il n'identifie pas ce sillon avec le parcours des murs, il établit simplement la relation entre les deux choses, le sillon servant de repère aux murs moyennant l'épaisseur d'un boulevard. Par *definitum* il entend la limite de l'*urbs*, tracée par la charrue. De même Tite-Live (I, 44, 4) emploie une expression analogue à celle de Varron (*qua essent muri et portae*) en disant *qua murum ducturi erant*, tout en distinguant nettement dans ce texte le *pomerium*, dont il propose une définition, des murs qui lui sont associés.

²⁶ Pour une interprétation indo-européenne de ce rite (tenu habituellement pour étrusque à la suite des anciens), voir : Dumézil, *Rituels indo-européens à Rome*, 1954, p. 27-43; *Religion romaine, archaïque*, 1974, p. 647-649. Les livres sacrés des Étrusques codifiaient les rites de fondation des villes (Fest. 358 L; Macr., *Sat.*, 5, 19); cf. Pfiffig, *Religio Etrusca*, 1975, p. 40.

(Plut. Q. R. 27), la protection est assurée par Janus dieu des passages²⁷. Au point de vue juridique, le *pomerium* éteint de plein droit l'*imperium militiae* des magistrats et des promagistrats, lorsqu'ils le franchissent²⁸. Aucune procédure n'intervient alors, le seul passage suffit à dépouiller magiquement le titulaire.

Dans la tripartition dogmatique, déjà stabilisée à la fin de la République (Trebatius ap. Macr., *Sat.* 3, 3, 5; Aelius Gallus ap. Fest. 348 L; Varro ap. Plut. Q. R. 27), des *res sacrae* (consacrées rituellement), *religiosae* (principalement les tombeaux), *sanctae*, c'est dans la troisième catégorie que figurent les murs. Ces trois adjectifs, en dépit de leur sens assez souple dans la langue courante et dans les inscriptions²⁹, reçoivent un sens technique dans cette classification de droit sacré³⁰. La jurisprudence classique n'est pas parvenue à clarifier le concept de *res sanctae*³¹. En désespoir de cause par un jeu de mot étymologique, elle ne trouve pas d'autre solution, selon une inspiration plus ancienne (Aelius Gallus ap. Fest. 350 L *sanctum*... /ut/ violari id sine poena non possit), que d'exploiter la relation entre *sanctus* et *sancio*, en faisant perdre à l'adjectif son autonomie³², si bien que les *res sanctae* seraient les choses pourvues d'une *sanctio* (Ulp. D. 1, 8, 9, 3): l'escalade des murs d'une ville serait punie de la peine de mort en souvenir de la légende de Rémus (Pomp. D. 1, 8, 11; cf. Zonar. 7, 3), alors que selon une juste remarque de Mommsen³³ le «droit pénal civil» ignore ce prétendu délit, qui ne concerne en droit militaire que les remparts des camps (D. 49, 16, 3, 17). Il est significatif que les juristes ne rattachent pas la *sanctitas* des murs au rite du *sulcus primigenius*, qu'ils savent ne concerner que le *pomerium*. Toutefois les deux choses sont associées par Plutarque (Rom. 11; Q. R. 27, où le renvoi initial à Varron ne s'étend pas à cet aspect de la question). En

²⁷ Cf. Grimal, *Lettres d'Humanité*, IV, p. 63; Schilling, *M. É. F. R.*, 1960, p. 122 (sur la relation entre Janus et le *pomerium*). La légende veut à l'occasion de la guerre suscitée par l'enlèvement des Sabines que Janus ait déversé contre les Sabins un flot, lorsqu'ils menaçaient une porte près du Viminal (Ovid., *Met.*, 14, 775-804; *Fast.*, I, 259-274; Macr., *Sat.*, I, 9, 17); cf. Holland, *Janus*, p. 104. Nous laissons ici de côté le problème de la *porta Janualis*.

²⁸ La règle est bien connue pour les promagistrats; pour les magistrats voir Liv., 24, 7, 11; 24, 9, 2; Magdelain, *Recherches sur l'imperium*, p. 44.

²⁹ *Diz. Epigr.*, v. *locus*, IV (1966), p. 1697-1701.

³⁰ Trebatius ap. Macr., *Sat.*, 3, 3, 5 *sanctum est... interdum idem quod sacrum idemque quod religiosum, interdum aliud, hoc est nec sacrum nec religiosum est*.

³¹ *Diz. Epigr.*, IV, p. 1707.

³² Cf. Fugier, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, 1963, p. 291-292.

³³ *Strafrecht*, p. 562 = *Droit pénal*, II, p. 263, 4.

réalité, *res sancta* à propos des murs est la traduction d'un concept étrusque, dont les Romains n'ont pas réussi à donner une claire définition. Dans les *libri rituales* des Étrusques, la *sanctitas* des murs faisait l'objet d'une rubrique spéciale : Fest. 358 L *Rituales nominantur Etruscorum libri, in quibus perscriptum est, quo ritu condantur urbes, arae, aedes sacrentur, qua sanctitate muri, quo iure portae*³⁴. . . Parfois ces *libri* contiennent un matériel qui n'est pas typiquement étrusque (comme on l'a parfois remarqué³⁵), mais emprunté à d'autres peuples italiques, car ils étaient des compilations assez tardives. Ce n'est pas le cas pour les rites de fondation et le statut des murs et des portes, car c'est précisément dans ce domaine que les Étrusques ont fait figure d'initiateurs et ont été imités. Or, d'après le résumé de Festus, ces livres sacrés traitaient séparément de la fondation des villes, indissociable du *pomerium* (tracé *etrusco ritu*) (Varro L. l., 5, 143), et de la *sanctitas* des murs, sans établir de connexité entre ces deux questions, tant il est vrai que l'enceinte fortifiée et l'enceinte religieuse ne se confondent pas.

* * *

Sans valeur sont les témoignages sur le *pomerium palatinum* (Tac., *Ann.* 12, 24; Gell. 13, 14, 2), imaginé en fonction de la légende qui place sur cette colline la Rome la plus ancienne³⁶. Cette ligne sacrée aurait ceinturé le Palatin à la base, à une certaine distance de son pied. Une telle idée n'a pu naître qu'à partir du moment où erronément s'est répandue la croyance que le *pomerium* pouvait être situé *extra muros*, les fortifications étant sur la colline elle-même. Tacite, dont on ignore la source, ne dessine que partiellement son parcours,

³⁴ Les portes, classées parmi les *res sanctae* par la jurisprudence classique, n'appartenaient pas comme les murs à cette catégorie dans les *libri rituales*. La distinction entre murs et portes à cet égard apparaît chez Plutarque, Q. R. 27. D'autre part il existait un droit des portes dans la *disciplina Etrusca* qui exigeait trois portes pour une ville d'après Serv. auct., *Aen.*, I, 422 : cf. R. Bloch, *Aufstieg und Niedergang d. r. Welt*, I, p. 20; Dumézil, *Religion romaine archaïque*, p. 650.

³⁵ Dumézil, *cit.*, p. 620 suiv., 646 suiv. : Pfiffig, *Religio Etrusca*, 1975, p. 40, note à cet égard une interpolation sur les tribus, curies, centuries.

³⁶ Sur le *pomerium palatinum*, voir principalement : Richter, *Topographie von Rom*, 1901, p. 31-33; Basanoff, *Pomerium palatinum*, 1939 (Memorie della R. Accad. d. Lincei, série VI, vol. IX, fasc. I); Lugli, *Roma Antica. Centro monumentale*, 1946, p. 400; du même, *Mel. Carcopino*, p. 641; R. E., IA 1014; Castagnoli, *Studies Robinson*, I, p. 396; Holland, *Janus*, p. 55; De Francisci, *Primordia Civitatis*, 1959, p. 481; Gjerstad, *Early Rome*, V, p. 114, 10; Alföldi, *Struktur des voretruskischen Römerstaates*, 1974, p. 174, 91.

et cette particularité n'a guère été expliquée. Il trace une ligne qui va de l'extrémité sud-ouest du Palatin (*ara maxima*) à l'extrémité sud-est (*ara Consi*) et de là jusqu'à l'extrémité nord-est (*curiae veteres*), puis remonte vers la Velia au *sacellum Larum* (voir le croquis de Lugli, *Roma Antica*, p. 400). Là s'arrête la description que certains éditeurs ont tenté de compléter à tort en y ajoutant le forum³⁷. Ce dessin partiel mérite attention. Tacite précise que le long de la ligne décrite étaient disposés des cippes (*certis spatiis interiecti lapides*) : c'est l'essentiel de son témoignage. Ces cippes ne bornent que deux côtés du Palatin (côté sud et côté est), il ne s'agit pas d'un bornage continu, comme on s'y attendrait pour un *pomerium* véritable. A la chapelle des lares³⁸, qui est le terme de la description de l'historien, commence la *sacra via* proprement dite, appelée à ce point *summa sacra via* au sommet de la Velia (Mon. Anc. 4, 7); la voie qui va du *sacellum Streniae* dans la région du Colisée à la Velia, où elle rejoint la *sacra via*, n'est appelée elle-même *sacra via* qu'incorrectement³⁹. Conformément à une saine terminologie, Tacite arrête sa description là où commence la véritable voie sacrée à la chapelle des Lares, et laisse entendre que là approximativement prenaient fin les cippes. En somme, il n'a pas fait autre chose que retracer le parcours des Luperques sur deux côtés du Palatin⁴⁰, tel qu'il était marqué sur le terrain par des bornes, jusqu'au moment où il s'engage dans la *sacra via*⁴¹. Le bornage partiel du Palatin est le support de toute cette élucubration, qui a pour singulier résultat de placer le temple de Vesta en dehors de la ville (D. H. 2, 65, 3).

C'est sans doute le mythe d'une *Roma Quadrata*, fondée *etrusco ritu* sur le Palatin, qui a suscité celui d'un *pomerium palatinum*, une *urbs* n'étant pas concevable sans cette limite sacrale. L'existence d'une Rome palatine a justement attiré le scepticisme. Non seulement elle serait privée de tout ce qui est typiquement romain (Capitole, forum, comitium, regia, temple de Vesta, etc. . .), mais il conviendrait, d'après la date haute ou basse (au gré des savants) qu'on attribue aux restes archéologiques de cette colline, d'établir une chronologie relative douée de vraisemblance entre cette prétendue ville palatine et les villes étrusques qui passent pour lui avoir servi de modèles⁴².

³⁷ Pour une saine lecture du texte, voir Koestermann, *Cornelius Tacitus. Annalen*, III (1967), p. 148.

³⁸ Sur cette chapelle, Lugli, *Roma Antica*, p. 220.

³⁹ Platner-Ashby, *Topogr. Dict.*, p. 314-315; 456-457.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 393.

⁴¹ Aug., *Civ. Dei*, 18, 12; Latte, *R. Religionsgeschichte*, p. 84, 4.

⁴² Müller-Karpe, *Vom Anfang Roms*, 1959, p. 31; *Zur Stadtwerdung Roms*, 1962, p. 13.

L'expression *Roma Quadrata*, qui apparaît déjà chez Ennius vraisemblablement à propos de Numa⁴³, est elle-même suspecte. Il est plus que douteux que le Palatin se soit jamais appelé *Roma*, quelle que soit l'origine du mot, d'autant plus que, cette colline étant dotée d'une porte appelée *porta Romana*⁴⁴, on ne connaît guère d'exemple d'une ville donnant son nom à l'une de ses portes, comme on l'a souvent remarqué. Il est tout aussi insolite qu'une ville en Italie ait l'épithète de *Quadrata*⁴⁵. Les anciens entendaient tout simplement par là que la ville palatine avait la forme d'un tétragone (D. H. 1. 88; Plut., *Rom.*, 9). Selon l'opinion la plus probable, cette épithète attribuée à la Rome la plus ancienne le plan orthogonal des villes postérieures⁴⁶. Ce mot est un programme d'urbanisme. Et quand Tite-Live (5, 55) déclare qu'après la catastrophe gauloise Rome fût rebâtie selon un plan désordonné, il laisse entendre qu'elle passait pour avoir eu précédemment un plan régulier⁴⁷. Selon Varron (ap. Solin. 1, 17) la *Roma Quadrata*⁴⁸ était *ad aequilibrium posita*, ce qui vraisemblablement a trait

⁴³ Ap. Fest. 312 L; Warmington, *Remains of old Latin*, 1956, I, p. 42, 43, note. Il est difficile de placer ce vers dans les Annales d'Ennius sous le règne de Servius Tullius ou après, car la *Roma Quadrata* ne peut s'entendre que de la Rome palatine et non de la Rome servienne. Pour une solution différente, O. Skutsch, *Ennius, Entretiens sur l'Antiquité classique*, 17 (Fondation Hardt), p. 26; cf. Mingazzini, *Bollet. della Commissione archeol. comunale di Roma*, 78 (1964), p. 8; Szabo, *Maia*, 1956, p. 243; Weinstock, *R. Mitteil.*, 1930, p. 111-123; Thulin, *cit.*, III, p. 19.

⁴⁴ *Porta romana* ou *romanula* (Varro L. 1., 5, 164); cf. Holland, *Janus*, p. 257, 51; 258, 53.

⁴⁵ Täubler, *R. Mitteil.*, 41, p. 225.

⁴⁶ Castagnoli, *Topographia e urbanistica di Roma antica*, 1969, p. 158, 188; Palmer, *Archaic community of the Romans*, 1970, p. 28. Il faut renoncer à interpréter *Roma Quadrata* comme une ville divisée en quatre parties (d'après un sens particulier de *quadratus*), comme on l'a parfois proposé. Ce ne serait plus la Rome de Romulus mais la Rome servienne découpée en quatre régions (cf. Castagnoli, *Roma Quadrata, Studies Robinson*, I (1951), p. 389 suiv.). On a cité à ce propos les expressions : *versus quadratus*, *legio quadrata*. Voir aussi Castagnoli, *Orthogonal town planning*, 1971, p. 136, 35; sur *Roma Quadrata*, Musti dans *Gli storiografi latini tramandati in frammanti, Studi Urbinati* 49, 1975, p. 297-322.

⁴⁷ Müller-Karpe, *Vom Anfang Roms*, p. 32.

⁴⁸ La description de la *Roma Quadrata* par Solinus (1, 18 *ea incipit a silva quae est in area Apollinis, et ad supercilium scalarum Caci habet terminum, ubi tugurium fuit Faustuli*) a soulevé la perplexité : voir Castagnoli, *Studies Robinson*, I, p. 393 suiv.; Holland, *Janus*, p. 56, 21. La source est difficilement Varron, comme dans le passage précédent, car il est mort trop tôt pour mentionner le temple d'Apollon. De plus il est singulier de définir un carré par deux points.

D'après Festus (310 L.), *Roma Quadrata* a aussi le sens de dépôt de fonda-

à l'harmonie de son dessein⁴⁹ et, comme on l'a souvent supposé⁵⁰, à ses deux axes médians, *cardo* et *decumanus*. Autrement dit on attribuait fictivement à cette prétendue Rome palatine un plan en damier, qui en Italie s'est répandu plus tard.

Dans la phase préurbaine, le Palatin ne figure pas comme unité dans la ligue religieuse du Septimontium, mais au titre de ses deux croupes, *Cermalus* et *Palatium* (Fest. 458 L; 476). Il est fort peu assuré qu'il ait pu exister une unité politique là où la religion ne connaît que la diversité. Et il n'est pas plus heureux de dire que l'unité du Palatin s'est formée après la constitution de la ligne septimontiale. Une tombe fort ancienne⁵¹ entre ces deux croupes confirme la division de la colline en deux communautés, selon le principe que les morts sont écartés des secteurs habités. Seule la course des Luperques autour du Palatin, si elle est vraiment une lustration (Varro L. 1., 6, 34), ce qui dans la vaste floraison d'études sur ce thème est souvent mis en doute, plaiderait en faveur d'une unité qui ne saurait toutefois être tenue pour celle d'une *urbs* proprement dite.

Le mythe de la *Roma Quadrata* en a appelé un autre, d'après lequel *l'ager Romanus* de Romulus aurait été centurié, c'est-à-dire divisé à son tour d'après un plan orthogonal en damier, formé de car-

tion romuléen sur le Palatin, sous la forme d'un monument près du temple d'Apollon : Platner-Ashby, *cit.*, p. 448; Coarelli, *Guida archeologica di Roma*, 1974, p. 145. Le rapport avec le *mundus* près du *comitium* (Plut., *Rom.*, 11) pose un problème difficile, puisque le *mundus* est présenté, au moins par Plutarque aussi comme un dépôt de fondation, à moins qu'il ne se soit trompé, le terme de *mundus* désignant habituellement autre chose (Fest. 144 L; 124 L), le *mundus Cereris*. Le monument appelé *Roma Quadrata* est mentionné dans le *commentarium ludorum saecularium septimorum* de 204 après J.-C. (Pighi, *De ludis saecularibus*, 1965, p. 146; II, 12). D'autre part, on se demande si un petit monument carré proche de l'*area Apollinis* sur la *Forma Urbis* ne serait pas cette *Roma Quadrata* (voir Carretoni-Colini-Cozza-Gatti, *Pianta marmorea di Roma*, 1955, I, p. 143 (table XIII)). La relation chronologique entre le monument appelé *Roma Quadrata* et la ville de ce nom est un faux problème, puisque cette dernière est un mythe. Et il est superflu de se demander si c'est le monument qui a donné son nom à cette ville légendaire ou l'inverse, le monument faisant alors figure de réduction de la ville : cf. Mingazzini, *cit.*; sur la relation entre *mundus* et *Roma Quadrata*, voir Kroll, *R. E. mundus*, XVI, 562; Castagnoli, *Studies Robinson*, I, p. 389-393; Thulin, *Die etruskische Disciplin*, I, p. 17-24; Weinstock, *R. Mitteil.*, 1930, p. 111-123; Platner-Ashby, *Dict.*, p. 449.

⁴⁹ Sur ce sens d'*aequilibrium*, Colum. de arbor., 5, 2.

⁵⁰ Täubler, *R. Mitteil.*, 41, p. 217; Castagnoli, *Studies Robinson*, I, p. 390; du même, *Orthogonal town planning in Antiquity*, 1971, p. 74.

⁵¹ Gjerstad, *Early Rome*, IV, 1, p. 38-39, 332; Pallottino, *Aufstieg und Niedergang d. r. W.*, I, 1, p. 35-36; Heurgon, *Rome et la Méditerranée occidentale*, 1969, p. 85, 88.

rés portant le nom de *centuries*, chacune comportant 100 parcelles de deux jugères (*heredium*) : Paul. Fest. 47 *L. centuriatus ager in ducena iugera definitus, quia Romulus centenis civibus ducena iugera tribuit* (cf. Varro r. r. I, 10, 2; D. H. 2, 7)⁵². Il ne s'agit que d'une grossière anticipation du régime des colonies dont le territoire était centurié moyennant assignation de parcelles précisément de la même étendue (Frontin. *Gromatici* 30 Lach.). L'*heredium* romuléen de deux jugères appartient au même ensemble mythique que la *Roma Quadrata*. Et il est singulier qu'on puisse encore dissenter sur lui avec sérieux. Seule l'histoire du mot peut présenter un intérêt scientifique.

Contrairement à Varron (ap. Solin. 1, 17), d'après qui la Rome palatine est *ad aequilibrium posita*, il n'y a pas trace sur le Palatin de système axial, pas plus que dans la Rome servienne, dont le partage en quatre régions n'obéit pas à un plan géométrique⁵³. Il faut répudier pour la Rome archaïque, aussi bien romuléenne que servienne, le principe d'une division du sol urbain d'après les quatre points cardinaux, en fonction de deux axes perpendiculaires, *cardo* et *decumanus*, qui sont totalement absents. L'idée d'une projection du ciel sur la terre à l'image du partage du monde nord-sud et est-ouest est étrangère à la texture de Rome⁵⁴. Il n'y a pas à faire intervenir pour elle l'art des *gromatici* qui font dépendre expressément, *non sine mundi ratione* (Hygin. 166 Lach.), le tracé de l'axe d'orientation de la *disciplina etrusca* et se recommandent de Varron pour garantir cette filiation : Frontin. 27 Lach. *limitum prima origo, sicut Varro descripsit, a disciplina etrusca*. Les *gromatici* prescrivaient l'orientation *ab oriente ad occasum* (Frontin. 27; Hygin. 166, 167 Lach), *secundum solis decursum*. Mais ils étaient embarrassés pour expliquer que toutes les villes à plan orthogonal ne répondaient pas à cette exigence⁵⁵. Toutefois l'explication était simplifiée, quand une *via consularis* préexistante, le rivage de la mer, le pied des montagnes, avaient servi de référence (Front. 30; Hygin. 168, 179)⁵⁶.

⁵² Castagnoli, *Ricerche sui resti della centuriazione*, 1958, p. 21; Hinrichs, *Die Geschichte der gromatischen Institutionen*, 1974, p. 50; 79; Dilke, *Roman Landsurveyors*, 1971, p. 84; Salmon, *Roman Colonization*, 1969, p. 21. Sur l'aspect étrusque du problème, Mazzarino, *Historia*, 1957, p. 102. Voir aussi *Diz. Epigr.*, II v. *colonia*, 435-437; Schwegler, *R. Geschichte*, I, p. 617.

⁵³ Castagnoli, *Orthogonal town planning*, 1971, p. 74-75; Ward-Perkins, *Cities of ancient Greece and Italy: Planning in classical Antiquity*, 1974, p. 109, 19.

⁵⁴ Dans un autre sens, Werner Müller, *Die heilige Stadt*, 1961, p. 9-52, ouvrage intéressant surtout par son matériel comparatiste. Cf. Rykwert, *The idea of a Town*, 1976 (ouvrage paru après la rédaction du présent article).

⁵⁵ Hygin., 170, 178-179; Frontin, 31. Voir Hinrichs, *cit.*, p. 78.

⁵⁶ On parlait alors de *limites maritimi*, *limites montani*.

La prophétie de Végoia, qui se présente comme un texte sacré mais est un faux étrusque d'inspiration politique des derniers siècles de la République⁵⁷, fait également naître en Étrurie l'art de la *limitatio* : *cum autem Iuppiter terram Aetruriae sibi vindicavit, constituit ius-sitque metiri campos signarique agros* (*Gromatici* 350 Lach.). Le livre sacré dit *liber qui inscribitur «terrae iuris Etruriae»* (Serv., *Aen.* I, 2) contenait vraisemblablement les principes de cet art⁵⁸.

Quand les *Gromatici* rattachent avec Varron à la *disciplina etrusca* l'orientation des villes d'après les points cardinaux⁵⁹, ils postulent une relation de leur science avec l'art étrusque d'interpréter les éclairs et la configuration du foie des victimes sacrificielles. Cet art obéit aussi au principe de l'orientation, mais elle est différente pour l'observation des éclairs (nord-sud) et l'examen du foie (est-ouest)⁶⁰, si bien que le lien entre l'art des *gromatici*, prescrivant l'orientation *ab oriente ad occasum*, et la divination étrusque concerne plus l'hépatoscopie que la brontoscopie. La coïncidence peut difficilement être tenue pour fortuite, même si elle n'est que partielle; et il n'y a pas de raison décisive de tenir, comme on le fait parfois, la filiation étrusque de la gromatique, comme une construction érudite, dont Varron serait l'un des responsables. Il faudrait alors déposséder le *liber terrae iuris Etruriae* du contenu que suppose son titre et faire peu de cas de l'usage que les Étrusques ont fait de cette science, par exemple, dans l'*ager Veiens*⁶¹. Et on devrait aussi contre toute vraisemblance admettre que, s'ils l'ont empruntée aux

⁵⁷ Harris, *Rome in Etruria and Umbria*, 1971, p. 31-40; Pfiffig, *Religio Etrusca*, 1975, p. 158. Une date d'environ 90 avant J.-C. est souvent proposée.

⁵⁸ Pfiffig, *cit.*, p. 114. Mais on a pu mettre en doute que les villes étrusques les plus anciennes aient obéi à un plan orthogonal : Ward-Perkins, *cit.*, p. 25; Heurgon, *Vie quotidienne chez les Étrusques*, 1961, p. 167. Il n'est pas évident que cet art ait appartenu à leur fond religieux le plus ancien. L'instrument de visée, *groma*, est d'origine grecque (*gnōmōn*); Pfiffig, *cit.*, p. 114; Castagnoli, *Orthogonal town planning*, p. 80 (Hérodote, 2, 109). Et on est en mesure de se demander si la planification des villes de grande Grèce n'a pas servi de modèle aux fondations étrusques plus récentes (Ward-Perkins, *cit.*).

⁵⁹ Legall, *M. É. F. R. A.*, 87, 1975, p. 302-304.

⁶⁰ Pfiffig, p. 113, 123. D'autre part, certains savants se sont récemment demandé si la filiation entre l'art des *gromatici* et la *disciplina etrusca* n'était pas le simple fruit de rapprochements érudits de Varron, etc. : Hinrichs, *cit.*, p. 78. Pour un examen des divers avis : Castagnoli, *Orthogonal town planning*, p. 78.

⁶¹ Ward-Perkins, *Papers Brit. School Rome*, 1955, p. 44 suiv.; 1956, p. 60 suiv.

Grecs avec l'instrument de visée *groma*⁶², ils l'avaient tenue séparée chez eux de l'haruspicine malgré l'orientation est-ouest qu'elle partage avec elle.

La Rome archaïque, au forum comme au Palatin, ignore tout d'un tel système. Et il a fallu inventer le mythe de la *Roma Quadrata*, dotée de deux axes orientés, pour prêter aux *primordia civitatis* la dimension cosmique que Varron et les *gromatici* reconnaissent à d'autres villes. La science contemporaine a longtemps subi la séduction de ce mythe, au point de vouloir l'harmoniser avec le droit augural romain en supposant que cette Rome était un *templum*⁶³. A ce point la confusion est extrême. Jamais les Romains ne font coïncider *urbs* et *templum*, et le droit augural romain est indépendant de la *disciplina etrusca*⁶⁴. L'orientation pour observer le vol des oiseaux à Rome et dans d'autres villes d'Italie ne lui doit rien. Elle est variable⁶⁵, et change d'une ville à l'autre. L'*auguraculum* est placé sur l'*arx*, laquelle est à la périphérie de la ville au bord du mur d'enceinte. De son observatoire l'officiant a pour champ visuel l'ensemble de la ville et la coupe par une ligne médiane qu'il trace en esprit⁶⁶. Selon les villes l'orientation dépend de la position de l'*arx* par rapport à l'*urbs*. Dans chaque cas il faut préciser ce qu'on entend par droite et gauche en fonction de cet axe. A Rome l'orientation est ouest-est (Liv. 1, 18; Serv. auct. 2, 693)⁶⁷, c'est-à-dire exactement inverse à celle de l'haruspicine. A Iguvium d'après les Tables Eugubines elle est sud-est⁶⁸. A Cosa, colonie latine, à la suite de fouilles récentes qui ont mis à jour l'*auguraculum*,

⁶² D'après Hérodote (2, 109) les Grecs à leur tour avaient reçu la *groma* des Babyloniens: cf. Pfiffig, p. 114, qui retrace rapidement l'histoire du mot (*grec gnōmōn*).

⁶³ L'existence d'un *cardo* et *decumanus* pour le *templum* augural est mis en doute par Wissova, *R. E.*, II, 2339. Cependant sur l'*auguraculum*, formé de cippes, découvert récemment à Bantia, des axes médians sont clairement indiqués (Torelli, *Rend. Acc. Lincei*, 21, 1966, p. 293-315; 1969, p. 39-48). A Rome pour l'*auguraculum* de l'*arx* d'après la formule rituelle rapportée par Varron (l. l., 7, 8), au moins une médiane est mentionnée (*conregione* = *e regione*, en ligne droite): Magdelain, *R. É. L.*, 47, p. 260. Ce qui est moins évident, c'est l'emploi des mots *cardo* et *decumanus* pour les axes du *templum*.

⁶⁴ R. Bloch, *Tite-Live et les premiers siècles de Rome*, 1965, p. 46-48.

⁶⁵ Wissova, *Religion und Kultus*, p. 525; *R. E.*, II, 2341; cf. Weinstock, *J. R. S.*, 1946, p. 123.

⁶⁶ Voir Magdelain, *R. É. L.*, 47, p. 257-262, voir aussi la fin du présent article sur le sens de l'expression *auspicia urbana*.

⁶⁷ Pfiffig, p. 114; cf. Isid., *Orig.*, 15, 4, 7; D. H., 2, 5.

⁶⁸ Poultney, *The bronze tables of Iguvium*, 1959, p. 236, et le croquis de la page suivante, d'après la table VIa.

elle est au nord⁶⁹. On est loin de la rigueur de la *disciplina etrusca*. A Rome et dans les villes qui pratiquent une religion analogue, le droit augural n'impose une orientation fixe ni à l'observation des oiseaux ni à *l'urbs*. Au contraire, dans chaque ville c'est la configuration du terrain, d'après la place de *l'arx*, qui dicte la direction de l'axe qui partage la ville en régions auspicales de droite et de gauche. Ce qui est commun aux Étrusques et aux Romains, c'est l'orientation vers le sud (*pars antica*) pour l'observation des éclairs (Varro L. l., 7, 7; Plin., N. H. 2, 143)⁷⁰, en vertu du principe que les dieux ont leur siège au nord (Fest. 454 L; 244 L). Mais cette orientation n'est pas celle de la gromatique.

* * *

Si l'on fait abstraction des mythes du *pomerium palatinum* et de la *Roma Quadrata*, force est de reconnaître que les Romains ne savaient rien de sérieux sur l'histoire de la formation de Rome avant le tracé du *pomerium* dit servien (Liv. 1, 44), qui resta en vigueur jusqu'à Sylla, lequel en dessina un autre plus étendu, usant d'un droit régalien tenu pour inhérent à la dictature⁷¹. Entre la pseudo-Rome palatine et la Rome dite servienne, l'annalistique décrit de façon chaotique et contradictoire l'extension de la ville par l'adjonction de nouvelles collines⁷². En désespoir de cause, une certaine tradition attribue à Romulus deux fondations de Rome, l'une sur le Palatin carrée, l'autre beaucoup plus étendue et circulaire ayant pour centre le *comitium*⁷³. De même, sur les fortifications préserviennes on ne sait que penser. Sur les projets à cet égard de Tarquin l'Ancien (Liv. 1, 36; 38), sur le mystérieux *murus terreus Carinarum* (Varro L. l., 5, 48)⁷⁴, sur l'allusion varronienne à des fortifications sur le Caelius (5, 46), il vaut mieux s'abstenir de toute hypothèse⁷⁵. Fortifications et *pomerium* sont deux choses associées, mais avant l'extension du *pomerium* attribuée à Servius Tullius et l'élévation de *l'agger* correspondant on est aussi peu renseigné sur l'une que sur l'autre. On comprend mieux le sens du mythe de

⁶⁹ Brown, *Mem. Am. Ac. Rome*, XXVI, p. 13.

⁷⁰ Pfiffig, p. 113; Weinstock, *J. R. S.*, 1946, p. 123.

⁷¹ Mommsen, *Staatsrecht*, II, p. 738.

⁷² Schwegler, *R. Geschichte*, I, p. 726-727; *R. E.*, VII, A 808.

⁷³ Plut., *Rom.*, 9; 11; Tzetzes, 1232; cf. Blumenthal, *Klio*, 42, p. 181, 185; Szabo, *Maia*, 1956, p. 248.

⁷⁴ Gjerstad, *Early Rome*, III, 27, 1.

⁷⁵ Ogilvie, *Commentary on Livy*, 1965, p. 150.

Romulus, si l'on songe que les Romains ont ignoré ou rayé le nom du véritable fondateur, celui qui traça le premier *pomerium*. Entre le *pomerium* palatin fictif et le *pomerium* dit servien, ils n'en interposent aucun autre⁷⁶; cela ressort en particulier de l'historique de cette ligne sacrée par Aulu-Gelle (13, 14), qui a pour source le spécialiste Messala, et du silence analogue de Tite-Live, qui attend sa *prolatio* par Servius Tullius pour en proposer une définition⁷⁷, disant seulement de Romulus que *Palatium... muniit* (1, 7, 3). L'historiographie contemporaine place volontiers avant la Rome dite servienne une Rome septimontiale, en tirant un parti hardi de la simple fête du *Septimontium*, dont on a pu dire qu'il aurait fallu l'inventer si on ne l'avait pas connue. Mais à cette Rome indéfinissable, dont l'unité politique reste à démontrer, on n'a pas été jusqu'à attribuer un *pomerium* lui-même septimontial⁷⁸.

Par contre, personne ne doute que la Rome des quatre régions en ait possédé un, quelle que soit la date qu'on lui prête, et quel que soit le processus qu'on imagine de sa formation, lequel passe aux yeux de beaucoup de savants, par une construction facile, pour être l'unification politique des *montes* du Septimontium et du *collis* du Quirinal, tenu pour sabin⁷⁹. Ainsi un amalgame ethnique complète l'élégance de la construction. Toutefois la Rome des quatre régions reste difficile à dater. Un dogme commode, qui remonte au siècle dernier, la tient pour préservienne: les quatre tribus urbaines du bon roi ne seraient que l'adaptation administrative à des fins fiscales et militaires de quatre régions plus anciennes (le terme *regio* étant auspicial). On s'est abstenu cependant le plus souvent d'aller jusqu'au bout du raisonnement et de prêter à cette Rome, comme à un *templum*, un partage par deux axes médians se coupant perpendiculairement. Aujourd'hui ce dogme a la vie dure⁸⁰, bien qu'il soulève des doutes⁸¹. Mais une *Vier-regionenstadt* préservienne n'a pas été plus réfutée que démontrée⁸².

⁷⁶ Toutefois Tacite attribue dubitativement à Titus Tatius l'introduction dans l'*Urbs* du forum et du Capitole (*Ann.*, 12, 24, *creditur*).

⁷⁷ Musti, *Tendenze nella storiografia romana e greca su Roma arcaica*, 1970, p. 37.

⁷⁸ Sur la question: *R. E.*, v. *Rom I. A.*, 1019; Beloch, *R. Geschichte*, p. 204.

⁷⁹ Sur la légende sabine, Poucet, *Aufstieg und Niedergang d. r. W.*, I, 1, p. 48-135.

⁸⁰ Par exemple, De Francisci, *Primordia Civitatis*, p. 656; Bengtson, *Grundriss d. r. Geschichte*, 1970, p. 36-37; Gjerstad, *Early Rome*, III, p. 44; IV, 2, p. 357.

⁸¹ Momigliano, *J. R. S.*, 1963, p. 100, 22; L. Ross Taylor, *Pont. Accad. d. Arch.*, 27, 1951-1954, p. 225, 1.

⁸² Sur ce thème: Platner-Ashby, *Topogr. Dict.*, p. 443 (avec la bibliographie plus ancienne); C. A. H., VII, p. 358; Binder, *Plebs*, p. 73; Müller-Karpe, *Vom*

L'espoir a été déçu de la dater d'après le calendrier dit de Numa, composé des fêtes en gros caractères des *fasti* lapidaires⁸³. Certes la topographie de ces fêtes s'étend au Quirinal, mais il est impossible de faire remonter l'ensemble de ce ferial à l'ère prétarquinienne. Non seulement son cycle lunisolaire et l'intercalation⁸⁴ dénotent une influence grecque à travers les Étrusques⁸⁵, mais certains dieux en sont proprement étrusques (Saturnus et Voltumnus)⁸⁶. Que ce calendrier ait été codifié définitivement avant le début de la République (ce que suggère son silence, parfois mis en doute, sur la triade capitoline) ou seulement par les décemvirs qui le publièrent⁸⁷, il n'apporte rien de décisif sur un partage de Rome en quatre régions avant la domination étrusque.

L'archéologie est également muette sur la date de ce partage, quelle que soit l'étendue topographique des débris qu'elle inventorie. La nécropole de l'Esquilin coupée en deux par l'*agger* dit servien a pu sembler à Müller Karpe (*Stadtwerdung Roms*, p. 30-31) de nature à fournir un repère chronologique pour dater le *pomerium* de la *Vierregionenstadt* préservienne. Les tombes se répartissent de part et d'autre de l'*agger*, mais les plus récentes sont à l'extérieur. D'après le principe que les morts sont exclus de la ville, on serait amené à penser que le déplacement chronologique des tombes vers l'est⁸⁸ hors de l'enceinte permet de dater celle-ci. Et Muller Karpe propose, d'ailleurs avec prudence, une date autour de 600, qu'il croit pouvoir placer sous Tarquin l'Ancien. Pour atteindre ce résultat, il est forcé d'admettre que dans cette région l'*agger* dit servien est associé au *pomerium* de l'*urbs* préservienne. Or ceci est expressément démenti par la tradition qui attribue à Servius Tullius un élargissement des Esquilies (Liv. I, 44, 3 *auget Esquilias*) et donc du *pomerium* en cet endroit. Aussi le plus sage est-il de dissocier deux problèmes dont la connexité n'est qu'apparente : le parcours de l'enceinte sacrale la plus ancienne est inconnu et la chronologie des tombes de l'Esquilin ne renseigne que sur elle-même.

Ni le calendrier dit de Numa, ni le tracé de l'*agger* dit servien ne fournissent d'informations valables sur l'*urbs* préservienne, seul le

Anfang Roms, p. 34; *Stadtwerdung*, p. 30; Lugli, *Fontes*, I, p. 75; cf. *R. E. I. A.*, 480, 1021.

⁸³ Wissova, *R. K.*, p. 31; Carter, *Am. J. Arch.*, 1908, p. 176.

⁸⁴ Gjerstad, V, p. 65.

⁸⁵ Latte, *R. Religionsgeschichte*, p. 36.

⁸⁶ Latte, *cit.*

⁸⁷ Cic., *Att.*, 6, 1, 8; Kirsopp Michels, *Calendar of the r. Republik*, 1967, p. 109, 126-127, 212.

⁸⁸ Gjerstad, II, p. 165; IV, 2, p. 417; cf. *R. E. I. A.*, 1023-1024.

rituel des *Argei* paraît à première vue apporter la preuve d'une Rome des quatre régions antérieures au bon roi, s'il est vrai que ce rituel est plus ancien que ce règne. Ce rite mystérieux, quelle que soit sa signification⁸⁹, se déroule en Mars le 16 et le 17 et mai le 14 (à des dates qui ne respectent pas toutes le principe que les fêtes se situent à des jours impairs), et comporte une procession (Ovid., *Fast.* 3, 791 *itur ad Argeos*) qui intéresse les quatre régions de la ville⁹⁰. Un document officiel, peut-être pontifical, conservé par Varron partiellement (l. I., 5, 45-54), décrit l'itinéraire de la procession. Ce document n'est pas antérieur au milieu du III^e siècle d'après l'indication des temples de cette époque⁹¹, sans qu'il s'ensuive que le rite ne soit plus ancien que ce texte. La fête, absente du calendrier, ne se range pas parmi les *sacra pro populo*, mais parmi les *sacra pro sacellis* (Fest. 284 L), comparables aux *sacra pro montibus* (*Septimontium*), en ce sens que la célébration n'intervient pas au nom du peuple romain mais de sections sacrales⁹² : il s'agit ici de vingt-sept *sacella* ou *sacraria Argeorum* (le sens de ce dernier mot n'étant guère éclairci), répartis dans les quatre régions de Rome⁹³. D'après les indications de Varron, interprétées de nos jours par les topographes, la procession parcourt sur la hauteur des collines de Rome (Palatin englobant la Velia, Caelius, Esquilin, Quirinal englobant le Viminal) un circuit à peu près fermé propre à chacune avant de passer à la suivante⁹⁴. Le document officiel énumère les stations et les répartit méthodiquement à l'intérieur des quatre régions en indiquant l'ordre rituel de celles-ci (Suburana, Esquilina, Collina, Palatina), sans que l'on sache au juste si cet ordre religieux est le même que l'ordre politique des quatre tribus, une autre énumération étant aussi attestée (Varro l. I., 5, 56; Fest. 506 L)⁹⁵. Les quatre circuits de la procession à l'intérieur de chaque région montrent que le rituel a été conçu en fonction de la quadripartition de la ville, et interdisent de penser qu'une procession plus ancienne que ce partage urbain s'est trouvée ensuite découpée par lui. Chaque circuit fait le tour de chacune des quatre régions et a été défini en fonction de leurs contextures. Un partage artificiel de la ville a

⁸⁹ Rose, *Roman Questions*, p. 98-101; Bömer, *Ovidius Naso. Die Fasten*, II, p. 327-330; Maddoli, *Parola d. Passato*, 1971, p. 153-166; Rose, *J. R. S.*, 1960, p. 162.

⁹⁰ Lugli, *Fontes*, I, p. 75.

⁹¹ Wissova, *Ges. Abhandl.*, p. 223.

⁹² Wissova, *R. K.*, p. 399.

⁹³ Mommsen, *Staatsrecht*, III, p. 122 = *Droit public*, VI, 1, p. 137.

⁹⁴ Platner-Ashby, *Dict.*, p. 51, et la carte p. 443; Gjerstad, *Early Rome*, V, p. 40.

⁹⁵ L. Ross. Taylor, *Voting Districts*, 1960, p. 69.

commandé l'ordonnancement d'un rituel qui lui est postérieur, et il n'est guère permis de lui attribuer une origine préurbaine avec Gjersstad en substituant à quatre régions politiques quatre villages primitifs sur les collines correspondantes⁹⁶. Il n'est pas plus heureux de faire naître les *sacra Argeorum* à l'époque où le peuple fut divisé en curies, avant d'être réparti en tribus territoriales, car on ne peut établir aucun compromis entre les vingt-sept *sacraria* et les trente curies. La répartition de ces chapelles sur les principales collines de la ville s'est opérée totalement en marge du système curiate : si les deux choses étaient contemporaines, le désaccord des chiffres serait difficilement explicable⁹⁷.

L'exclusion du Capitole de l'itinéraire de la procession a donné à réfléchir⁹⁸, comme son exclusion du *Septimontium*. On a pu répondre dans un cas comme dans l'autre qu'elle s'explique parce que cette colline était inhabitée. Mais il y a intérêt à dissocier les deux choses, car le *Septimontium* remonte à l'ère préurbaine et le rituel des *Argei* est postérieur à la fondation de la cité. Il n'englobe pas le Capitole, parce que celui-ci est à la fois la citadelle et le centre religieux de la cité, et comme tel n'appartient à aucune des quatre régions⁹⁹. Cette remarque dispense de penser que le Capitole commença par être exclu de la Rome quadripartite¹⁰⁰.

⁹⁶ Gjersstad, *Early Rome*, V, p. 40; contra Momigliano, *J. R. S.*, 1963, p. 100.

⁹⁷ Palmer (*Archaic community of the Romans*, 1970, p. 93-94) présente une théorie originale des *Argēi*, qu'il tente de mettre en relation avec sa conception très personnelle des curies : voir la critique d'Alföldi, *Gnomon*, 1972, p. 796.

Le témoignage de D. H., I, 38, qui parle de trente poupées lancées dans le Tibre au cours de cette cérémonie est démenti par Varron L. l., 7, 44, qui donne le chiffre de vingt-sept, confirmé par 5, 45. D'autre part, il n'y a pas lieu de substituer à ce dernier chiffre celui de vingt-quatre pour établir une harmonie numérique avec les quatre régions, comme le propose Gjersstad, V, p. 39, 5; mais voir Mommsen, *Staatsrecht*, III, p. 125, 1; Bömer *cit.*, p. 328.

⁹⁸ Müller-Karpe, *Vom Anfang Roms*, p. 35.

⁹⁹ Platner-Ashby, *Dict.*, p. 96, 444; De Francisci, *Primordia Civitatis*, p. 657, note. Le forum est aussi étranger aux *Argei*, mais il n'y a rien à tirer de ce fait pour avancer qu'il était hors du *pomerium*, comme le veut Gjersstad, III, p. 44; IV, 2, p. 357.

¹⁰⁰ Dans un autre sens, Momigliano, *J. R. S.*, 1963, p. 100. Du fait que la fête des *Fordicidia* était célébrée à la fois sur le Capitole (Ovid., *Fast.*, 4, 635) et dans les curies (Varro L. l., 6, 15, *in curiis*; cf. Wissova, *R. E.*, v. *Fordicidia*, VI, 2853) il n'y a pas à tirer que cette colline était exclue de la ville. Voir Weinstock, *R. E.*, V. A., 794; Bömer, *cit.*, p. 263; cf. Palmer, *cit.*, p. 121; Gjersstad, V, p. 126. Il faudrait admettre que le rite dans les curies est plus ancien que celui sur le Capitole, qui s'y serait ajouté comme une marque de culte étatique. Même s'il en était ainsi, une déduction topographique resterait très hardie.

Pour voir dans les quatre régions à l'époque préservienne un partage sacré de l'*urbs*, adapté ensuite par Servius Tullius à des fins administratives, il faudrait qu'en dehors des *Argei* elles eussent d'autres fonctions dans le culte public ou en droit sacré. Or, il n'en est rien¹⁰¹. Une procession, qui ne figure même pas dans le calendrier et ne compte pas parmi les *sacra pro populo*, n'est pas de nature à elle seule à avoir motivé avant le règne du bon roi cette division de la ville. Comme il ne s'agit pas de régions auspicales, il n'y a aucun motif de déposséder un roi de l'ère tarquinienne, Servius Tullius selon la tradition, de la responsabilité purement politique d'avoir découpé la ville en quatre régions dites aussi tribus, pour faciliter l'administration publique. Le rituel des *Argei* s'est conformé à ce cadre qu'il n'y a pas lieu d'antidater, puisqu'avant la répartition servienne des citoyens en tribus il ne joue aucun rôle dans le régime des trente curies. Ce ne sont pas les *sacra Argeorum* qui permettent de dater la Rome des quatre régions, c'est plutôt l'inverse, puisque rien n'autorise à tenir ce rite pour préurbain ou prétarquinien¹⁰².

Toutefois l'attribution de ce partage urbain à Servius Tullius lui-même plutôt qu'à un autre monarque de l'ère étrusque à Rome ne doit pas être acceptée aveuglément. Peu importe que Servius Tullius soit tout simplement une interpolation¹⁰³, au milieu de la dynastie tarquinienne ou qu'il soit la latinisation d'un chef étrusque établi à Rome, qui se serait appelé Mastarna (= *magister*?)¹⁰⁴. Inventée ou non cette figure en partie abstraite est l'image du réformateur libéral à la manière grecque¹⁰⁵ comme Tarquin le Superbe a dépouillé sa vraie personnalité pour jouer le rôle de tyran. Ces figures du réformateur-législateur et du tyran ont été artificiellement introduites dans la série des rois pour que ces types helléniques aient leurs équivalents à Rome. Elles furent placées à la fin de l'époque royale pour préparer

¹⁰¹ Mommsen, *Staatsrecht*, III, p. 188 = *Droit public*, VI, 1, p. 211.

¹⁰² Les Romains, qui ne le comprenaient guère, le faisaient remonter à Numa comme beaucoup d'autres institutions religieuses (Liv., I, 21, 5). Wissowa (*Ges. Abhandl.*, p. 211 suiv.) pensait qu'il datait seulement du III^e siècle et que les poupées de paille projetées dans le Tibre s'étaient substituées à un authentique sacrifice humain de Grecs (*Argei*) à l'époque de Pyrrhus. Il note que le chiffre 27 = 3 × 9 a une référence dans les rites sibyllins, qui ont peut-être joué un rôle. Reste que la forme *Argei* pour *Argivi* fait difficulté (Latte, *R. Religionsgeschichte*, p. 412). D'une manière générale, Wissowa (p. 223) tient la création des régions serviennes pour un *terminus post quem*.

¹⁰³ Niese-Hohl, *Grundriss d. r. Geschichte*, 1923, p. 34.

¹⁰⁴ Tombe François; Table de Lyon. Sur l'identification de Servius Tullius et Mastarna, voir Alföldi, *Römische Frühgeschichte*, 1976, p. 72-74, qui analyse le rôle de Fabius Pictor à ce propos.

¹⁰⁵ Coli, *Regnum*, p. 50-52; Ridley, *Klio*, 1975, p. 175.

chacune à sa manière l'avènement de la République. Ce que furent les rois portant ces noms, on ne le sait guère et pour Servius Tullius la tradition étrusque n'est pas plus sûre que l'annalistique romaine. En marge de ses réformes, sa vie est construite comme un drame grec¹⁰⁶ avec des intrigues de palais, où la part des princesses fût considérable. Les historiens de l'antiquité ont concentré sur sa tête tout un lot de réformes, les unes purement imaginaires (monnaie, code, etc.), les autres authentiques (*classis*, quatre régions). Ces dernières appartiennent sans doute à la période de la domination étrusque, mais au sein de celle-ci il n'est pas possible de les dater plus précisément en les attribuant à tel ou tel monarque. Aussi bien de la division de Rome en quatre régions, on peut dire seulement qu'elle date de l'ère tarquiniennne, les Romains s'étant plu à en faire l'œuvre d'un roi portant un nom latin (Liv. 1, 39)¹⁰⁷.

Cette division de la ville va de pair avec le tracé d'un nouveau *pomerium*, comme le veut la tradition, qui l'attribue aussi à Servius Tullius. Les deux réformes font un tout. Il n'y a pas lieu de penser que la *prolatio* dite servienne du *pomerium* a été imaginée uniquement pour servir de précédent à celle qu'entreprit orgueilleusement Sylla¹⁰⁸. La Rome des Tarquins se distingue de la précédente par sa nouvelle limite sacrale et par son partage en régions. On la prive de sa nouveauté et de sa « grandeur », si on anticipe l'une ou l'autre de ces deux réformes au profit de la Rome pré-étrusque. Il est impossible de les dissocier. De plus, l'*agger* dit servien est inséparable de l'extension du *pomerium* (Liv. 1, 44), les deux choses ayant en droit sacré partie liée (*pomerium* = *post murum*). La tradition confie à Servius Tullius la réalisation de cette œuvre et son renforcement à Tarquin le Superbe (D. H. 4, 54, 2). Les données archéologiques sont plus importantes que les attributions annalistiques à tel ou tel roi. On sait aujourd'hui que le mur dit servien est en réalité un complément apporté au IV^e siècle après la catastrophe gauloise à la levée de terre initiale, *agger*, qui se compose de trois couches¹⁰⁹. Rien ne permet de

¹⁰⁶ Ridley, *cit.*, p. 176.

¹⁰⁷ Ridley, *cit.*, p. 170.

¹⁰⁸ Ridley, *cit.*, p. 177.

¹⁰⁹ Gjerstad, III, p. 38-40. On a contesté récemment que l'*agger* remonte à la période royale (sur la question Alföldi, *Römische Frühgeschichte*, 1976, p. 113). On ne peut plus comprendre alors la relation entre *pomerium* et fortification, cette relation étant archaïque. Gjerstad, V, p. 372 (1973) maintient le caractère royal de l'*agger* dit servien et remarque que la tradition ignore toute construction de fortifications entre la période royale et le mur républicain de 378. Cette stabilité des fortifications de Rome va de pair avec celle du *pomerium* resté

dater la troisième. La première est datable du V^e siècle d'après des fragments de poterie. La deuxième contient un fragment de kylix attique à figures rouges d'environ 520-470, et paraît donc plus récente. Si on pense avec Gjerstad que les deux premières couches sont contemporaines et forment une seule œuvre, *l'agger* daterait seulement de la fin de la royauté ou même du début de la République. Il est plus satisfaisant de tenir ces couches pour successives et de placer la première sous l'ère tarquinienne, comme on y est invité par l'archéologie et la tradition. Les deux autres couches indiquent la continuation de l'entreprise, peut-être même encore *post reges exactos*.

Sur le premier *pomerium* avant son extension sous l'ère tarquinienne, on ne sait rien. Les Romains n'en présentent qu'une image mythique autour du Palatin. Les savants contemporains ont imaginé celui d'une *Vierregionenstadt* préservienne, qui ne résiste pas à la critique. Mais si on ignore l'étendue de *l'urbs* au sens technique du mot avant Tarquin l'Ancien, il n'est pas douteux qu'elle ait existé, la domination étrusque ne commençant selon l'opinion la plus probable qu'au milieu du VI^e siècle¹¹⁰, en liaison avec l'expansion de ce peuple. A cette Rome pré-tarquinienne appartiennent, en même temps que le premier pavement du forum, le dépôt votif du temple de Vesta¹¹¹ et les restes les plus anciens de la *Regia*¹¹² : ce sont là des cultes qui ne viennent pas d'Étrurie. La reconstruction de la *Regia* dans le dernier quart du VI^e siècle ne permet pas d'affirmer que ce nouveau bâtiment seul mérite ce nom¹¹³. Il est arbitraire de le refuser au temple anté-

immuable depuis sa *prolatio* attribuée à Servius Tullius. Sur les fortifications de Veies, voir Alföldi, *cit.*, p. 178.

¹¹⁰ Gjerstad, V, p. 206, fait commencer la royauté étrusque à Rome vers 530. Sur la date de 550 environ : Bengtson, *Grundriss*, p. 39; Vogt, *Die Republik*, 1973, p. 48. Sur l'expansion étrusque en Campanie, la date est cependant controversée; voir Alföldi, *R. Frühgeschichte*, p. 151-153; p. 157; Heurgon, *Rome et la Méditerranée occidentale*, 1969, p. 108. Sur les traces archéologiques d'une influence étrusque dans la phase préurbaine de Rome, voir Gjerstad, *Early Rome*, IV, p. 344 suiv.; VI, p. 47; *Aufstieg und Niedergang d. r. W.*, I, 1, p. 139. Elles n'impliquent pas une occupation par les Étrusques. Pour une critique de l'interprétation de Gjerstad, voir Alföldi, *cit.*, p. 163. Cependant une occupation (au lieu d'une influence) étrusque sur les collines de la future Rome, avant sa constitution comme *urbs*, reste à démontrer.

¹¹¹ Müller-Karpe, *Stadtwerdung*, p. 15-16.

¹¹² Sur ces différents points : Gjerstad, IV, 2, p. 383, 384, 501, 565, 583, 588; V, p. 204, 208; VI, p. 89-90, 96, 196.

¹¹³ Brown, *Entretiens sur l'Antiquité classique*, 13, 1966, p. 45-60. Sur le problème de la *Regia*, voir aussi : Dumézil, *Religion romaine archaïque*, 2^e édition, p. 93, 2; 183-184; Ampolo, *Parola d. Passato*, 1971, p. 443; Coarelli, *Guida archeologica*, p. 88. Brown, *Rend. Pont. Accad.*, 47, 1974-1975, p. 15-36.

rieur, dont les restes appartiennent à la première moitié de ce siècle. Il n'y a pas lieu de douter que sur le Capitole le temple de Jupiter Feretrius, adoré sous la forme d'un silex (image de la foudre), ne date de la même période. De très petite taille il est antérieur à la représentation anthropomorphique des dieux¹¹⁴ et à la triade Capitoline, établie sous la monarchie étrusque.

La fondation *etrusco ritu* de cette Rome prétarquinienne grâce au tracé du *pomerium* marque le triomphe du concept d'*urbs* chez les Romains, qui l'ont importé d'Étrurie, quelle que soit l'étymologie du mot. A travers la figure de Romulus la tradition a confondu le premier établissement sur les collines avec le rite de fondation qui lui est postérieur. L'erreur a été de croire que le *pomerium* était primordial comme pour une colonie, alors que son tracé ne fait que clôturer l'ère préurbaine. De celle-ci on se fait aujourd'hui deux représentations schématiques. Ou bien on imagine une pluralité de villages, plus ou moins associés religieusement ou politiquement. Et alors l'unification sous l'autorité d'un roi moyennant le tracé du périmètre pomerial aboutit à la fondation d'une *urbs*, et on parle alors de *Stadtgründung*. Ou bien à partir d'une agglomération sur le Palatin, la ville se forme peu à peu en s'étendant sur les autres collines, et on parle alors de *Stadtwerdung*, comme le fait Müller Karpe¹¹⁵. En posant ainsi le problème, on se laisse enfermer dans un dilemme¹¹⁶, que l'archéologie, qui est muette sur le plus ancien droit, ne permet pas de trancher. En réalité, il n'y a pas à choisir entre *Stadtgründung* et *Stadtwerdung* dans les termes d'une opposition radicale, car dans un cas comme dans l'autre, il y a fondation rituelle de l'*urbs*. Quelle que soit l'hypothèse qu'on retienne au départ (pluralité de villages ou un village unique en expansion), il n'y a pas évolution linéaire; à l'instant que la ville fût inaugurée, une discontinuité a été créée et on a rompu avec le passé. Dans une perspective comme dans l'autre, une *urbs condita* est née; et le correctif que l'archéologie apporte à la tradition, c'est que cette fondation rituelle n'est pas un commencement absolu, comparable à celui d'une colonie, mais se substitue à une situation préurbaine, restée juridiquement indéfinissable.

Le dogme contemporain d'une *Vierregionenstadt* préservienne avait l'avantage de fournir l'image topographique de l'*urbs* antérieure aux Tarquins, sans que l'on se soit avisé qu'il était impossible de faire répartir à la même époque la population urbaine à la fois en régions et en curies. La Rome latine des trente curies est antérieure à la

¹¹⁴ Vacano, *Aufstieg und Niedergang d. r. W.*, I, 4, p. 530.

¹¹⁵ L'étymologie d'*Esquiliae* (*ex-colo*) indique que ce secteur était conçu comme une dépendance d'une agglomération plus ancienne, sans doute le Palatin.

¹¹⁶ Sur la question, Pallottino, *Aufstieg und Niedergang d. r. W.*, I, p. 33-37.

Rome étrusque des quatre régions, et un système s'est superposé à l'autre, en transformant la base du recrutement militaire. Privée des quatre régions, la Rome prétrarquiniennne ne laisse percevoir ni son étendue, ni le circuit de son *pomerium*, dont l'auteur est inconnu. Mais il est sûr qu'il englobait le Capitole avec le temple de Vesta et la *Regia*. La date de l'insertion du Quirinal, attribuée par Tite-Live (I, 44, 3) à Servius Tullius, pose un problème qui ne peut être séparé ni du sens de la triade Jupiter-Mars-Quirinus, ni de la légende Sabine de cette colline. L'élimination d'une *Vierregionenstadt* préservienne prive la recherche d'une solution trop simple.

* * *

Certains textes distinguent le *Capitolium* de *l'urbs*, et l'on dit parfois *urbs et Capitolium* (Caes. B. C. I, 6, 7; Liv. 3, 18, 6). Il ne s'ensuit nullement que le Capitole soit hors du *pomerium*, comme on l'a parfois pensé imprudemment¹¹⁷. Il n'est pas concevable que le centre religieux de la cité soit à l'extérieur de son périmètre sacré et que les dieux capitolins en soient exclus, comme ce fut longtemps la règle pour les divinités étrangères. Quand les Romains séparent le Capitole de *l'urbs*, ils veulent simplement dire que cette colline, en raison de sa place et de sa fonction uniques, est à l'extérieur des quatre régions et n'appartient à aucune, ce que vérifie son absence de la topographie du rituel des *Argei*, laquelle s'étend sur chacune d'elles¹¹⁸.

En bon langage on distingue *arx* et *Capitolium*, comme formant deux parties de la colline du Capitole : *l'arx* est au nord, le *Capitolium* proprement dit au sud¹¹⁹. Ce n'est pas le *Capitolium* qui est séparé de *l'urbs*, c'est *l'arx* seule, ce que vérifie l'expression *urbs arxque*¹²⁰, présente notamment dans la formule archaïque du serment *per lapidem* et ayant comme équivalent le binôme *ocar* et *tota*, courant dans les tables Eugubines (principalement tables I a et VI a)¹²¹. Cette distinction de *l'urbs* et de *l'arx* s'explique par le statut propre à chacune : *l'urbs* est démilitarisée et ne tolère pas la présence de l'armée, *l'arx* est par définition militaire, puisqu'elle est la citadelle. Ainsi ce n'est

¹¹⁷ Pour une critique de cette idée, voir Schilling, *Rev. Phil.*, 1949, p. 27-35; cf. Gjerstad, IV, 2, p. 357.

¹¹⁸ Platner-Ashby, *Dict.*, p. 96, 444.

¹¹⁹ Lugli, *Fontes*, VI, 2, p. 132; du même, *Roma Antica*, p. 8; *Thes. l. l.*, v. *arx.*, 736.

¹²⁰ Ennius, *Scenica* 88 Vahlen; Caccilius *com.* 146; Magdelain, *R. E. L.*, 47, p. 268.

¹²¹ Cf. Devoto, *Tabulae Iguvinae*, 2^e édition, p. 54, 158, 159, 187; Coli, *Diritto pubblico degli Umbri*, 1953, p. 10, 81. Sur le serment *per lapidem*, Fest. 1022.

pas le Capitole dans son ensemble qui est hors du *pomerium*, comme on l'a dit par erreur, c'est uniquement *l'arx*. Ceci s'observe sur le terrain dans la colonie latine de Cosa fondée en 273 : *l'arx* au sud de la ville, qu'elle domine, en est séparée à l'intérieur par un mur percé d'une porte là où la pente est douce, mais non là où elle est abrupte¹²².

A Rome *l'auguraculum* est sur *l'arx* (Varro L. l., 7, 8) et il en est de même dans d'autres villes d'Italie pratiquant un droit sacré identique ou analogue : à Iguvium d'après les Tables Eugubines (VI a 8-14), à Cosa¹²³, ou d'après les fouilles récentes il prend la forme d'une plateforme carrée, à Bantia¹²⁴, où d'après des fouilles également récentes il a la forme d'un quadrilatère délimité par des cippes et se laisse peut-être interpréter comme une importation romaine en liaison avec la loi osque de cette ville.

Le passage diversement commenté des Tables Eugubines sur l'auspication est divisé en deux parties. La première (VI a 8-11) concerne la délimitation rituelle de *l'auguraculum* (ou *templum*) sur *l'arx* : il est fait mention de deux angles (*angluto sumo* et *angluto hon-do*), l'un supérieur, l'autre inférieur (le terme *angulus* est technique à propos du *templum in terra* : Fest. 146 L *angulos adfixos habeat ad terram*; un *angulus summus* est simplement l'angle au sommet – Cic. *nat. deor.* 2, 125 – sans qu'il y ait lieu d'imaginer une dénivellation du sol). Une ligne relie ces deux angles. A partir de chacun d'eux deux autres lignes sont abaissées sur le *pomerium* : cela forme deux autres côtés. Le quatrième est formé par un segment du *pomerium* entre les deux points où celui-ci a été respectivement atteint par les lignes abaissées à partir des deux angles supérieur ou inférieur. Cela forme encore un quadrilatère. La deuxième partie du texte (VI a 12-14) définit le champ d'observation à partir du *templum* de la citadelle. C'est la ville tout entière à l'intérieur de ses limites sacrées (*tuderor totcor*). L'observation se fait à droite et à gauche¹²⁵, et pour délimiter ces deux secteurs, englobés dans le *pomerium*, de part et d'autre sept et six repères sont indiqués, ce qui comporte implicitement le tracé d'une médiane entre ces deux régions auspicales, comme c'est le cas à Rome (Liv. 1, 18, 7) et à Bantia, où elle est marquée matériellement sur le *templum* lui-même à l'aide de cippes.

Les Tables Eugubines, plus clairement que les textes romains, font apparaître dans le rite auspicatoire la distribution des rôles entre

¹²² Brown, *Mem. Am. Acad. Rome*, XX, 1951, p. 49.

¹²³ Brown, *ibid.*, XXVI, 1960, p. 10-18.

¹²⁴ Torelli, *Rendic. Accad. Lincei*, XXI, 1966, p. 293-315; XXIV, 1969, p. 39-48.

¹²⁵ Vetter, *Handbuch der Italischen Dialekte*, 1953, p. 234.

l'arx et *l'urbs*. A Iguvium¹²⁶, comme à Rome et à Cosa, l'officiant sur la citadelle a la ville à ses pieds. Sur *l'arx* est le *templum* d'observation à l'extérieur du *pomerium*, alors que le champ visuel est représenté par *l'urbs* à l'intérieur du *pomerium*. D'une ville à l'autre l'orientation varie, mais dans chacune l'axe d'observation la coupe en deux (*supra*). *Arx* et *urbs* en droit augural forment un complexe, mais elles sont séparées par le *pomerium* qui exclut la première et ceinture la deuxième. Or le *pomerium* est la limite des *auspicia urbana* (Varro l. l., 5, 143; Gell. 13, 41, 1 *facit finem urbani auspicii*). Le sens de cette expression est clarifié par les prescriptions rituelles d'Iguvium : les auspices sont dits urbains, parce que *l'urbs* à l'intérieur de son périmètre sacré est le champ d'observation divisée en deux régions de droite et de gauche¹²⁷. Mais l'observateur est hors de *l'urbs*, sur *l'arx*, à l'extérieur du *pomerium*, la citadelle formant un élargissement du boulevard poméral réservé à la défense.

A Rome la formule prononcée par l'augure en vue de la délimitation de *l'auguraculum* (Varro l. l., 7, 8)¹²⁸ emploie l'expression *templa tescaque*, qui distingue le *templum* de son environnement, *tesca*. Le pluriel *templa* s'explique par le fait que *l'auguraculum* est divisé par moitié par une médiane ouest-est (peut-être deux, la seconde étant perpendiculaire à la première), indiquée par la formule augurale (*conregione* = *e regione* d'après Festus 28 L, c'est-à-dire en ligne droite) et décrite avec précision par Tite-Live (1, 18). Autour du *templum*, dit *templa* par la formule, le sol de *l'arx* est appelé *tesca*. Ce terme de la langue religieuse désigne des terres sauvages (Fest. 488 L), habitées par des génies inconnus (Varro l. l., 7, 10). Le rite augural de *liberatio et effatio*, renouvelé périodiquement (Cic. *leg.* 2, 21) a expulsé de *l'urbs* et *l'ager* ces esprits innommés, tenus pour hostiles. Cette désacralisation ne s'étend pas à *l'arx*, laquelle n'est pas un *locus liberatus et effatus* : son sol conserve la qualité de *tesca*. Seul *l'auguraculum* sur la citadelle a été débarrassé de l'esprit du lieu pour répondre aux prescriptions du droit augural qui exigent qu'un *templum* ait fait l'objet du rite de *liberatio*. Le reste de *l'arx* est resté terre sauvage et conser-

¹²⁶ L'*ara divina* à Iguvium (VIa, 9 *asa deveia*) proche du *templum in terra* de la citadelle est sur cette dernière et non sur le *forum* comme on l'a parfois cru (cf. Poultney, *The bronze Tables of Iguvium*, 1959, p. 237). A Rome aussi il y avait un autel sur *l'arx* (Paul-Fest., *arcani* 14 L).

¹²⁷ La limitation du champ d'observation à l'étendue de *l'urbs* n'empêche pas qu'à Rome (rien de tel à Iguvium où des repères sont fixés à la périphérie de la ville) la médiane ouest-est (Liv., 1, 18), coupant la ville en deux, soit déterminée par un point à l'infini, lequel ne sert qu'à l'orientation par rapport aux points cardinaux.

¹²⁸ Magdelain, *R. E. L.*, 47, p. 258-263.

ve son génie, parce que d'après une information de Virgile (*Aen.* 8, 352 *quis deus, incertum est*) il passait pour un dieu tutélaire. Cette croyance explique que le rite de *liberatio* ne se soit pas étendu à toute la citadelle, à laquelle on voulait conserver cette protection. Ceci confirme la distinction de *l'arx* et de *l'urbs*, séparées l'une de l'autre par le *pomerium* selon un partage qui oppose non seulement un secteur militaire à une zone démilitarisée, mais aussi un sol resté *tesca* à un locus *liberatus*.

Le statut original de *l'arx* permet de comprendre une particularité du droit constitutionnel : on a coutume de penser que les titulaires de commandements extraordinaires, accordés par une loi spéciale, ne peuvent prendre les auspices de départ au Capitole, parce que ces personnages (dits aujourd'hui commodément *privati cum imperio*), dotés seulement de *l'imperium militiae* extra-urbain, sont dépourvus de la compétence urbaine qui passe pour nécessaire en vue de procéder à cette auspication. Le cas type est celui de Scipion en 210 en Espagne. Tite-Live lui reconnaît les auspices de guerre (*Liv.* 26, 41, 18; 28, 16, 14; 28, 38, 1)¹²⁹ et il ne semble pas qu'il y ait là le moindre abus de langage. On s'interroge pour savoir où il avait pris les auspices de départ. Il est inutile de supposer qu'il le fit sur une parcelle de terrain étranger assimilé fictivement au sol urbain¹³⁰. Cette fiction ne concerne que les généraux qui par suite d'un vice quelconque sont amenés à renouveler leurs auspices de guerre et sont empêchés par la distance de revenir à Rome pour le faire, comme c'est la règle (*Serv.*, *Aen.* 2, 178; cf. *Liv.* 22, 1, 7). L'absence de compétence urbaine est la même pour le sol de *l'urbs* et pour une parcelle qui lui est fictivement annexée. Mais dès l'instant qu'on reconnaît la position extra-pomérial de *l'arx*, la difficulté cesse. Le *templum* de la citadelle est d'après l'opinion générale¹³¹ le lieu où sont pris les auspices de départ et n'est pas réservé aux augures. Ce qui est urbain, c'est seulement le champ d'observation (*auspicia urbana*). Le lieu d'observation, au contraire, sur la citadelle est hors de *l'urbs*. Aussi bien l'absence de compétence *domi* n'empêche en rien les titulaires d'un *imperium* extraordinaire de prendre les auspices sur *l'arx* avant de partir en campagne. Il convient d'éliminer ce faux problème.

Il faut aussi se débarrasser du préjugé d'après lequel le droit d'auspices dépendrait exclusivement d'une loi curiate d'investiture¹³².

¹²⁹ Catalano, *Diritto Augurale*, p. 474, n. 117; cf. M. A. Levi, *Il tempo di Augusto*, 1951, p. 444.

¹³⁰ Mommsen, *Staatsrecht*, I, p. 100.

¹³¹ Contra Wissova, *R. É.*, II, 2585.

¹³² Catalano, *Diritto Augurale*, p. 469-475 et surtout la note 105; cf. Mommsen, *Staatsrecht*, I, p. 99.

Cela n'est vrai que des magistratures ordinaires et autrefois de la dictature (Cic., *Leg. agr.* 2, 27; 2, 31). Les lois spéciales qui instituent des magistratures extraordinaires, les dotent, s'il y a lieu, de ce droit, lequel n'a pas à être confirmé ensuite par une loi curiate (Cic., *Leg. agr.* 2, 31 *Iubet auspicia coloniarum deducendarum causa Xviro habere*, «*pullarios eodem iure, inquit, quo habuerunt IIIviri lege Semproniana*») ¹³³. La célèbre loi de Rullus n'associe qu'en apparence les auspices avec la loi curiate qu'elle prévoit au profit de ses magistrats : celle-ci n'est qu'un artifice juridique, exceptionnel pour une magistrature extraordinaire, destiné à suppléer à l'absence d'une élection régulière par tout le *populus*, laquelle est remplacée ici par le vote de dix-sept tribus ¹³⁴. En ce qui concerne les commandements extraordinaires, en particulier celui de Scipion en Espagne, on ignore si la loi spéciale qui les accorde prévoyait expressément ou sous-entendait comme allant de soi le droit d'auspices, indispensable au général en chef. Pour ces commandements hors série il n'est pas question de loi curiate.

Les choses se présentent autrement pour les promagistrats proprement dits, qui après les réformes de Sylla quittent la ville pour rejoindre leurs provinces, à un instant où leur magistrature a expiré. Le droit d'auspices fondé sur la loi curiate de la magistrature (Cic., *Leg. agr.* 2, 27; 2, 31) disparaît avec l'année de charge : Cic., *Nat. deor.* 2, 9 *auspicia posuerunt*. Ce droit inhérent à la magistrature ne se prolonge pas dans la promagistrature, laquelle ne comporte pas de loi curiate. Cicéron a raison de dire que les promagistrats n'ont plus d'auspices : *div.* 2, 76 *auspicia non habent* ¹³⁵. La cérémonie de départ

¹³³ Mommsen, I, p. 92, 5; II, 1, p. 631 (= *Droit public*, I, p. 105, 3; IV, 343).

¹³⁴ Magdelain, *Recherches sur l'imperium*, p. 25-26. Cf. Hinrichs, *Die Geschichte der gromatischen Institutionen*, 1974, p. 20, qui adopte une problématique différente, tout en reconnaissant que la commission de *III viri* de la loi agraire de Tib. Gracchus, était dépourvue de loi curiate. En réalité, les magistratures extraordinaires n'ont pas besoin d'une telle loi, puisqu'elles sont fondées sur une loi spéciale. Que l'élection soit dirigée par un consul, préteur ou tribun de la plèbe, ne change rien à ce principe (cf. Mommsen, II, 1, p. 629). L'incapacité du tribun de présenter une loi curiate est hors de cause, quand c'est lui qui préside l'élection d'une commission agraire. Quand une telle commission se trouve être dotée de l'*imperium*, une loi curiate n'est alors pas plus nécessaire que pour la collation d'un commandement extraordinaire. Dans la loi de Rullus les deux choses paraissent associées : *imperium* de la commission (Cic. *leg. agr.* 2, 32; 34; 45) et loi curiate (*ibid.*, 3, 16 suiv.). Mais Cicéron démontre clairement que cette dernière est un subterfuge qui masque par le vote apparent des trente curies l'absence d'une élection par tout le *populus*, remplacé par dix-sept tribus.

¹³⁵ Mommsen, I, p. 101.

au Capitole survit sans eux : Caes., *B. C.* 1, 6 *paludatique votis nuncupatis exeunt*. Au dernier siècle de la République les textes littéraires et les inscriptions observent une significative discrétion sur les auspices des généraux qui sont dans la plupart des cas des promagistrats¹³⁶. Il ne faut pas dire, comme on le fait souvent, qu'ils sont privés des auspices de guerre par incapacité de les acquérir au Capitole au moment du départ, faute de compétence urbaine à la fin de l'année de magistrature. La compétence urbaine est hors du débat, puisque *l'arx*, où a lieu l'auspication, est à l'extérieur du *pomerium* et reste séparée de *l'urbs*. Le motif est tout autre. Après Sylla les promagistrats ne prennent plus les auspices de départ simplement parce que le droit d'auspices lié à la magistrature a pris fin avec elle. Inversement avant le régime syllanien un promagistrat reste en possession des auspices de guerre acquis pendant sa magistrature¹³⁷.

* * *

A la suite d'Ovide et Plutarque, on a coutume de nos jours d'associer le tracé solennel du *pomerium* au rite par lequel un dépôt de fondation est creusé au centre de la ville pour recevoir aussi bien les prémices que les mottes de terre apportées par les nouveaux citoyens de leurs pays d'origine. Ces deux rites formeraient un tout et on appellerait *mundus* le dépôt de fondation. Le cumul de ces deux solennités ne paraît pas douteux pour les colonies, mais est d'autant moins évident pour les origines de Rome que dans cette ville le *mundus* par excellence s'appelle *mundus Cereris* et n'a rien à voir avec le rituel de fondation.

On se faisait pour Rome deux images très différentes du dépôt de fondation : ou bien c'est sur le Palatin le petit monument carré appelé *Roma Quadrata*¹³⁸ près du temple d'Apollon au sein d'une ville elle-même carrée portant le même nom (Fest. 310 L); ou bien c'est une fosse circulaire au *comitium* au centre d'une ville elle-même circulaire (Plut., *Rom.* 11, 2). Ce sont deux images antithétiques, avec cette réserve que le monument carré n'est peut-être pas au centre de la ville palatine, à moins de donner à celle-ci des dimensions très exigües comme le suggère Solinus (I, 18)¹³⁹. Ces constructions théologiques sont artificielles. Reste que le petit monument du Palatin n'est pas fictif, il est mentionné par le « commentaire » des jeux séculaires de 204

¹³⁶ Combès, *Imperator*, 1966, p. 236, 394 (cf. p. 219).

¹³⁷ Catalano, p. 473.

¹³⁸ Sur la *Roma Quadrata* comme monument voir la note 48.

¹³⁹ Cf. Castagnoli, *Studies Robinson*, I, p. 393 suiv.

après J.-C., mais n'est parmi les souvenirs romuléens de cette colline qu'une commémoration du fondateur¹⁴⁰.

Chez Plutarque et Ovide (*Fast.* 4, 820-824) le dépôt de fondation est étroitement associé au rite du tracé du *pomerium*. Chez le poète sa localisation n'est pas indiquée, mais d'après le contexte paraît se situer sur le Palatin¹⁴¹. Le passage «*inde movetur opus*» (4, 820) semble être une allusion au *mundus*, d'après l'étymologie *movere* proposée par les Romains pour ce mot (*Fest.* 126 L *quod terra movetur*)¹⁴². Ainsi Ovide comme Plutarque appellerait *mundus* le dépôt de fondation, mais le premier le situe, semble-t-il, sur le Palatin et le second au *comitium*. Le témoignage d'Ovide, mais non celui de Plutarque, peut s'accorder avec l'existence du petit monument appelé *Roma Quadrata* près du temple d'Apollon.

Il se peut que le dépôt de fondation, associé au tracé du *pomerium*, soit simplement un rite colonial transporté artificiellement aux origines de Rome, comme on l'a parfois supposé¹⁴³. Les colons jettent dans la fosse des mottes de terre de leurs pays d'origine (*Plut., cit.*), et rien de tel ne s'est peut-être produit lors de la fondation de Rome. A cela ne fait pas obstacle que pour Ovide les mottes proviennent du voisinage (822 *de vicino solo*). Il est arbitraire de croire qu'il s'agirait d'un rite magique d'appropriation de *l'ager* environnant¹⁴⁴. Si cette conception transparaît dans des textes tardifs (*Lydus de mens.* 4, 73), on ne saurait lui prêter une très haute antiquité¹⁴⁵. *Festus* (312 L) tient le dépôt de fondation comme un rite courant (*solent*) et non propre à la fondation de Rome, accompli *boni ominis gratia*, ce qui doit s'entendre plus encore des prémices jetés dans la fosse que des mottes de terre. Si pour l'antiquaire romain le présent permet de comprendre le passé, pour l'historien aujourd'hui c'est une tentation de penser que l'un a été reconstruit à l'image de l'autre à l'exemple des fondations de colonies. Le monument *Roma Quadrata* n'a fait que matérialiser la légende d'un dépôt qui est le corollaire du mythe d'une *urbs* elle aussi *quadrata* sur le Palatin.

Le mot *mundus* sert principalement (mais non exclusivement, *infra*) à désigner deux choses : d'une part le dépôt de fondation chez

¹⁴⁰ Sur le sens fort discuté des objets déposés dans la fosse primordiale, prémices et mottes de terre, voir : Weinstock, *Röm Mitteil.*, 1930, p. 117; Deubner, *Hermes*, 1933, p. 278-279. On discute sur *Lydus de mens.* 4, 73, et sur le fragment 5, 2, faussement attribué à Dion Cassius (Boissevain, I, p. 7).

¹⁴¹ Deubner, p. 281; contra Weinstock, p. 116, 120.

¹⁴² Bömer, *Die Fasten*, II, p. 281.

¹⁴³ Castagnoli, p. 392.

¹⁴⁴ Deubner, p. 278-279; Bömer, *cit.*

¹⁴⁵ Rose, *Studi e materiali di storia delle religioni*, 1931, p. 119.

Plutarque explicitement et chez Ovide implicitement; d'autre part le *mundus Cereris* (Feste 126 L), et cette dernière expression, comme on l'a parfois remarqué, distingue avec clarté ce *mundus* du précédent qui n'est rattaché à aucune divinité. La science contemporaine après bien des tâtonnements a eu le mérite de séparer ces deux sanctuaires¹⁴⁶ longtemps confondus. Il est intolérable d'identifier le *mundus Cereris* avec le monument *Roma Quadrata* ou avec tout autre dépôt de fondation, quel que soit son emplacement. Les différences sont nettes : le *mundus Cereris* est une cavité souterraine ouverte trois fois par an (*mundus patet*), alors que le *mundus*-dépôt est à jamais fermé. Ce dernier est étroitement relié par Plutarque et Ovide au rite du tracé du *pomerium*, ce qui n'est nullement le cas pour le *mundus Cereris*. Enfin, Ovide place un autel sur le dépôt de fondation, alors que le *mundus Cereris* n'en possède pas à la surface du sol¹⁴⁷, sans que cela permette d'exclure au moment de l'ouverture des rites souterrains suggérés par *Iunii Philargyrii Explanatio* (in *Verg. Buc.* 3, 104-105)¹⁴⁸, bien que les textes de base sur *mundus patet* soient muets sur tout sacrifice¹⁴⁹. Autant il convient de distinguer le *mundus Cereris* du *mundus*-dépôt, autant il serait hasardeux de refuser toute existence à ce dernier au moins dans les colonies, où les archéologues le recherchent soit au croisement du *cardo* et du *decumanus*¹⁵⁰, soit sur l'*arx*¹⁵¹. A Rome le dépôt de fondation est si légendaire qu'on en a imaginé deux au lieu d'un, le premier sur le Palatin, monument dit *Roma Quadrata*, le second au *comitium* selon Plutarque. Dans cette atmosphère mythique, il est superflu de se demander si Ovide en décrivant le dépôt de fondation romuléen, qu'il appelle *mundus* par allusion étymologique et semble placer sur le Palatin, l'identifiait sans le dire avec la *Roma Quadrata*.

Ce qui distingue le plus nettement le *mundus Cereris* du dépôt de fondation définitivement comblé, c'est que sous terre il est une cavité en forme de voûte céleste selon une image canonique : Cato ap. Fest. 144 L *mundo nomen impositum est ab eo mundo qui supra nos est*; Scol. de Berne in *Virg. Buc.* 3, 105 *alii mundum in sacro Cereris et caelum pro mundo positum dicunt*¹⁵² (cf. *explanatio Iunii Philargyrii ad loc. vel caelum pro toto mundo*; *Brevis Expositio in Verg. Georg.* 1,

¹⁴⁶ Weinstock, *cit.*; Rose, p. 122.

¹⁴⁷ Deubner, 277, 280; Rose p. 119, 122.

¹⁴⁸ Wagenvoort, *Studies*, 1955, p. 167.

¹⁴⁹ Weinstock, p. 123; Deubner, p. 280.

¹⁵⁰ Calza, *Scavi di Ostia*, I, p. 70.

¹⁵¹ Sous la forme d'une cavité à Cosa : Brown, *Memoirs of the American Academy in Rome*, XXVI, 1960, p. 10-14.

¹⁵² Weinstock, p. 114, 1; Le Bonniec, *Culte de Cérès à Rome*, 1958, p. 178.

38). Dans la scolie de Berne les mots *in sacro Cereris*, plutôt que de renvoyer au temple de Cérès¹⁵³, paraissent définir une chambre souterraine consacrée à cette déesse¹⁵⁴ au-dessus de la *pars inferior du mundus* (Fest. 144 L).

Plutarque apporte un témoignage ambigu en appelant *mundus* le dépôt de fondation définitivement clos, mais en expliquant le mot par l'Olympe, c'est-à-dire la voûte de l'univers¹⁵⁵, comme s'il transférait au *mundus*-dépôt la voûte souterraine du *mundus Cereris*. Mais, il ne le dit pas expressément et paraît s'en tenir à une confusion simplement verbale, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le condamner trop sévèrement. Il place ce *mundus*-dépôt au *comitium* et se met en contradiction avec ceux qui pensaient que le dépôt de fondation était sur le Palatin sous la forme du petit monument *Roma Quadrata*. Mais son témoignage n'est peut-être pas à rejeter massivement, et puisqu'il hésite entre *mundus*-dépôt et *mundus Cereris*, il reste une chance que ce dernier ait été situé au *comitium* au centre de la ville, comme on l'admet souvent, sans qu'il y ait lieu de l'associer au *lapis niger*, comme on n'a pas manqué de le faire.

Selon un troisième sens, *mundus* est le lieu de sacrifice des dieux infernaux : Serv., *Aen.* 3, 134 *quidam aras superiorum deorum volunt esse, medioximorum id est marinorum focos, inferorum vero mundos*. On retrouve une tripartition analogue chez Festus : 27 L *altaria ab altitudine sunt dicta, quod antiqui diis superis in aedificiis a terra exaltatis sacra faciebant; diis terrestribus in terra, diis infernalibus in effossa terra* (cf. Serv. auct., *Buc.* 5, 66 *Varro diis superis altaria, terrestribus aras, inferis focos dicari adfirmat*). Ces classifications théologiques ont une origine grecque (Porph. *antr. nymph.* 6)¹⁵⁶. Il n'en reste pas moins que par *mundus* on entendait aussi le lieu de sacrifice aux dieux infernaux *in effossa terra*, autrement dit un *bothros*¹⁵⁷. Cet emploi du mot chez Servius n'est pas à répudier : le *mundus* vide ou rempli a toujours été creusé en terre, mais il n'est pas facile à première vue de séparer le sens premier des sens dérivés.

Pour se guider dans ce labyrinthe, la linguistique est d'un secours non négligeable. En latin *mundus* en dehors du droit sacré est aussi bien la voûte céleste (Ennius ap. Macr., *Sat.* 6, 2, 26 *mundus caeli*) que la parure féminine, selon deux acceptions coordonnées qui se retrouvent dans le grec κόσμος. En étrusque *munθ* est aussi la parure et

¹⁵³ Le Bonniec, p. 179.

¹⁵⁴ Weinstock, p. 122. Pour Deubner, p. 283, cette expression est une improvisation à partir du *Mundus Cereris*.

¹⁵⁵ Flacelière, *Plutarque, Vies*, I, p. 229.

¹⁵⁶ Weinstock, p. 115, 1.

¹⁵⁷ Pfiffig, *Religio Etrusca*, p. 84.

munθvx une servante d'Aphrodite dont le rôle est de parer. Selon Pfiffig *munθ* a aussi le sens de «*geordneter Platz*» (Die Sprache 8, 1962, p. 145). Walde-Hofmann (Lat. etym. Wörterbuch II, 1954, p. 123) supposent en outre pour ce mot le sens de monde¹⁵⁸, si tant est que l'archéologie révèle en Etrurie des fosses en forme de voûte céleste susceptibles d'être mises en parallèle avec le *mundus Cereris*, mais il ne faut pas se dissimuler que l'interprétation du matériel archéologique (à Bolsena et Marzabotto) est sur ce point chancelante¹⁵⁹.

Ce bilan sommaire enseigne au moins que *mundus* «parure» est un emprunt de l'étrusque, selon une opinion qui paraît assurée. On s'abstiendra dans l'état actuel des fouilles, d'identifier dans le sous-sol d'Etrurie soit un dépôt de fondation soit un *mundus Cereris*, en se rappelant toutefois qu'il s'agit de deux choses distinctes. On laissera aux linguistes le soin de trancher si *munθ* en étrusque peut aussi avoir le sens de monde. On ne se demandera pas si l'influence du grec κόσμος, qui associe le sens de monde à celui de parure s'est exercé sur l'étrusque ou le latin. Toujours est-il que cette association se retrouve en *mundus*. Pour le culte la conclusion est nette : les Romains ne se sont pas trompés, lorsqu'ils interprètent la voûte souterraine comme le ciel en miniature. Il n'est guère concevable que le *mundus Cereris* soit un autre mot (lequel ? et de quelle étymologie ?) que *mundus* «ciel», puisqu'il en reproduit symboliquement la forme. Les historiens de la religion romaine ont sous-estimé l'aspect linguistique du problème. De leur côté lorsque Ernout-Meillet (*Dict.*, p. 421) écrivent : «il est possible que le *mundus* infernal n'ait rien de commun avec le *mundus* céleste et soit d'origine étrusque», ils ne s'avisent pas qu'ils s'enferment dans un cercle vicieux, car cette origine étrusque ne peut être que *munθ*, comme le soulignent Walde-Hofmann et Pfiffig, ce qui à partir du sens de parure oriente la recherche vers le sens de monde. Il s'ensuit que le *mundus Cereris* avec sa réduction de ciel est le *mundus* par excellence en droit sacré. Le *mundus*-dépôt et le *mundus* lieu de sacrifice aux dieux infernaux sont des sens dérivés, puisqu'ils sont privés de ce symbolisme.

L'interprétation cultuelle du *mundus Cereris* n'a pas l'habitude de nos jours de prendre en charge tous ses éléments, elle valorise tantôt l'un tantôt l'autre. Longtemps on a expulsé Cérès pour ne retenir que l'ouverture trois fois l'an de la bouche de l'enfer¹⁶⁰. Mais Cérès est inexpugnable au vu de *C. I. L.*, X, 3926 (= Dessau 3348) *sacerdos Cere-*

¹⁵⁸ Voir cependant Evangelisti, *Una congruenza lessicale latino-indiana a proposito del mundus*, dans *Studi Linguisti in onore di V. Pisani*, 1969, p. 347-350; Puhvel, *Am. J. Phil.*, 1976, p. 154-167.

¹⁵⁹ Pfiffig, *cit.*

¹⁶⁰ Par exemple, Wissova, *R. K.*, p. 194.

ris mundalis (Capoue)¹⁶¹. Plus près de nous on raye les Manes pour ne conserver que Cérès, si bien que l'on fait du *mundus* une chambre à grains et que l'on donne une explication agraire des jours d'ouverture¹⁶². Dans un cas comme dans l'autre on omet la voûte du sanctuaire souterrain.

Pour mal informé qu'on soit, le *mundus* a trois parties : audessus une voûte, sous elle un *sacrum Cereris* (Scolie de Berne, *cit.*), c'est-à-dire sans doute une chambre consacrée à Cérès, enfin une *inferior pars veluti consecrata dis Manibus* (Fest. 144 L.) autrement dit un puits infernal (Macrobe, *Sat.* I, 16, 17, fait à ce propos allusion à Dispatet et Proserpine, alors que Varron – *ibid.*, 18 – parle de *dii inferi*). Les trois éléments sont, à ne pas s'y tromper, une miniature de l'univers, groupant le ciel, la terre représentée par Cérès et la bouche de l'enfer, sans que l'on puisse percevoir quelle image on se faisait de lui. On sait qu'elle est confuse à Rome. L'association de Cérès, déesse de la croissance, avec Tellus est archaïque et se manifeste à plusieurs reprises dans le culte (cf. la formule sacrale *Telluri et Cereri*)¹⁶³ Varron enseigne que l'on appelait Terra du nom de Cérès : r. r. 3, 1, 5 *nec sine causa Terram eandem appellabant (maiores nostri) Matrem et Cererem*¹⁶⁴. Quelle que soit l'exégèse qu'on puisse imaginer de ce texte quant à la théologie varronienne, il rapporte le langage des *maiores nostri*. Cérès est une fonction de la terre et dans le *mundus* en tient lieu comme productrice de la moisson.

On ne sait plus quels rites accompagnaient l'ouverture du *mundus* et si elle se doublait d'un sacrifice (*supra*). Pour les anciens elle avait une signification infernale, de nos jours on lui prête souvent un sens agraire. La coexistence dans le *mundus* des dieux infernaux et de Cérès rend le choix malaisé, mais n'impose nullement de prêter dans ce culte à la déesse une fonction chthonienne. Dans cette réduction souterraine de l'univers, le plus simple est d'opposer Cérès dans sa fonction germinative aux dieux du sous-sol. Un microcosme qui résume le ciel et la terre (sous l'aspect de la fécondité) et s'ouvre sur l'enfer, est chose fort peu romaine, le cosmos n'étant guère présent dans la religion romaine archaïque. On est de nouveau ramené vers l'Étrurie, où la religion lui fait une place bien connue, par exemple, dans le partage du ciel. La localisation la plus appropriée de cette miniature d'univers est au centre de la ville au

¹⁶¹ Voir De Sanctis, *Storia dei Romani*, IV, 2, 1, 1953, p. 193, n. 255.

¹⁶² Latte, *R. Religionsgeschichte*, p. 142.

¹⁶³ Radke, *Die Götter Altitaliens*, 1965, p. 87; Wagenvoort, *Studies*, p. 162-163.

¹⁶⁴ Wagenvoort, p. 161; Le Bonniec, p. 32.

comitium, comme le veut Plutarque, qui n'a pour tort que d'en faire un dépôt de fondation, alors qu'il explique le mot *mundus* par l'Olympe. Le lien qu'il postule avec le tracé rituel du *pomerium* résulte simplement de la confusion du *mundus Cereris* avec le *mundus-dépôt*. Les puits en forme de coupole découverts au début du siècle sur le Palatin ont été à juste titre écartés du débat¹⁶⁵. En résumé, il y avait à Rome d'une part un *mundus Cereris* sans doute au *comitium* et un soi-disant dépôt de fondation au Palatin, le monument *Roma Quadrata*, deux choses totalement distinctes.

Les jours où le *mundus* est ouvert (*mundus patet*), reçoivent dans le calendrier un traitement qui fait naître de nouveaux sujets de perplexité. Les *fasti* sont muets sur ce rite et affectent du signe C les trois jours d'ouverture (24 août, 5 octobre, 8 novembre). Des dates paires sont insolites dans le calendrier (*Equirria*, *Argei*). Ces trois jours sont *religiosi* (Fest. 144 L; 348 L; Varro ap. Macr., *Sat.* I, 16, 18), c'est-à-dire inaptes aux grandes entreprises de la vie publique (notamment comices, opérations militaires et privée (mariage), ainsi qu'aux sacrifices. Et cependant ce sont des jours comitiaux dans les Fastes. On a coutume d'isoler ces difficultés, comme si elles étaient propres au *mundus*¹⁶⁶, alors que dans le calendrier on en trouve d'analogues à propos d'autres célébrations.

Le silence des Fastes sur *mundus patet* ne pose aucun problème grave. Le ferial n'est pas complet, même pour les rites archaïques¹⁶⁷. Il a parfois des raisons techniques de se taire : lorsque deux fêtes tombent le même jour, il n'en nomme qu'une; de même il omet celles qui tombent aux calendes, aux nones, aux ides. Les fêtes qui sont célébrées non *pro populo* (Fest. 284 L), mais *pro montibus* (*Septimontium*) ou *pro sacellis* (*Argei*) sont aussi passées sous silence. Les *dies parentales* en février sont absents, peut-être parce qu'ils forment une série, peut-être parce que la fête est privée (ce qui n'est pas absolument certain pour le premier jour le 13, où *virgo vestalis parentat* – Fil.)¹⁶⁸. La prétérition de deux rites est à mettre directement en parallèle avec celle de l'ouverture du *mundus*: le ferial ne dit rien de l'ouverture et de la fermeture du *penus Vestae* (7 et 15 juin : *Vesta aperit*, *Vesta cluditur*), non plus que de l'agitation des *ancilia* par les Saliens (1, 9, 23 mars, 19 octobre : *ancilia moventur*).

Il est plus grave que les jours *quibus mundus patet* soient à la fois comitiaux et *religiosi*, ce qui est une contradiction en apparence

¹⁶⁵ Rose, p. 124; Lugli, *Roma Antica*, p. 426-427.

¹⁶⁶ Le Bonniec, p. 177; Latte, p. 142.

¹⁶⁷ Kirsopp Michels, *Calendar of the roman Republic*, 1967, p. 134.

¹⁶⁸ Degrassi, *Inscriptiones Italiae*, XIII, 2, p. 409.

insurmontable. Le phénomène en réalité n'est nullement isolé. D'autres jours *religiosi* sont aussi comitiaux¹⁶⁹ : le *dies Alliensis* (18 juillet, catastrophe gauloise), trois jours *parentales* (18, 19, 20 février) un jour ou *ancilia moventur* (9 mars)¹⁷⁰.

Une autre contradiction mérite l'attention : alors que les *dies religiosi* sont impropres aux sacrifices (C. I. L., XI, 1421 ; Gell. 4, 9, 5), certains d'entre eux en comportent d'officiels : le 24 août, jour ou *mundus patet*, est voué à *Luna in Graecostasi* rite relativement récent¹⁷¹. Les *Matralia* et les *natales* de divers temples tombent dans la période d'ouverture du temple de Vesta¹⁷², laquelle constitue une série de *dies religiosi* (Fest. 296 L).

Sans prétendre résoudre tous ces problèmes, on obtient une certaine clarification dès l'instant qu'on observe que la *religio*, qui affecte divers jours pour des motifs variés, est étrangère au calendrier archaïque (les grandes capitales des *Fasti* lapidaires) qui n'en porte aucune marque. Les signes F, C, N, NP, n'ont rien à voir avec les *dies religiosi*. Entre ceux-ci et les jours néfastes, il n'y a aucune identité. Un *dies religiosus* peut être aussi bien faste (c'est le cas de divers *dies postridiani*, qui sont les lendemains des calendes, nones, ides, tenus pour *religiosi*), comitial (*supra*), néfaste (par exemple *Lemuria*). Un *dies religiosus* peut coïncider avec une fête publique : ainsi on en compte quatre pendant la série des *dies parentales* en février. Pour comprendre la relation entre un *dies religiosus* et son signe dans les fastes (F, C, N, NP), il n'y a pas de règles fixes, il faut envisager chaque type de *religio*. Lorsqu'elle est ancienne, il n'y a en général aucune contradiction entre elle et ce signe. Les *Lemuria* et les jours d'ouverture du temple de Vesta sont néfastes, ce qui exclut les comices, comme c'est normal. Mais le problème peut se poser autrement. La *religio* des *dies parentales* est ignorée du calendrier qui les fait coïncider avec des fêtes ou des jours comitiaux, sans doute parce qu'elle est privée¹⁷³. L'un des jours *religiosi*, où *ancilia moventur*¹⁷⁴, le 9 mars, est comitial, parce que cette *religio* commença par ne concerner que les entreprises militaires¹⁷⁵. Quand la contradiction paraît insurmontable entre le signe C dans les fastes et un *dies religiosus*, il y a tout à parier que cette *religio*

¹⁶⁹ Sur la catégorie des *dies religiosi* : Wissova, R. K., p. 443-445 ; Degrassi, p. 360-366 ; K. Michels, p. 63-66.

¹⁷⁰ Degrassi, *Insc. Ital.*, XIII, 2, p. 421.

¹⁷¹ Degrassi, *Inscr. Ital.*, XIII, 2, p. 502.

¹⁷² Wissova, R. K., p. 445, 2.

¹⁷³ Latte, p. 99, 2.

¹⁷⁴ Sur le caractère *religiosus* de ces jours, Liv. 37, 33, 6.

¹⁷⁵ Kobbert, R. E. *religiosi dies*, IA, 581.

est relativement récente et n'a pas amené une réforme du calendrier à ce jour. Tel paraît être le cas du *dies Alliensis*, 18 juillet, comitial : son caractère maudit est postérieur à la catastrophe gauloise. Le signe C ne peut être à cette date qu'une survivance qui perdit sa valeur pratique après la défaite.¹⁷⁶

Pour les jours *quibus mundus patet*, à la fois *religiosi* et comitiaux, pourquoi ne pas raisonner pareillement et admettre que leur *religio* est une nouveauté, apparue dans le courant de la République, qui fit surgir avec leur signe C une contradiction jusque-là ignorée? Le *mundus* est consacré à la fois à Cérès et aux dieux infernaux. Son ouverture trois fois l'an n'a sans doute été qu'assez tardivement mise en relation avec ces derniers¹⁷⁷.

Et c'est ainsi que ces jours là sont devenus *religiosi*, bien qu'ils aient été et soient restés comitiaux dans les *Fasti*. Primitivement

¹⁷⁶ On admet parfois que le signe C n'est pas archaïque : il serait une spécialisation transformant certains jours fastes en comitiaux. Mais on ne possède aucun critère chronologique sûr (Cn. Flavius? Loi Hortensia?). Voir K. Michels, p. 33, 65, 107; Degrassi, *Lat.*, 1969, p. 465. En réalité il est difficile d'admettre que le *dies Alliensis* ait reçu le signe C après la catastrophe gauloise, et que les jours *quibus mundus patet* aient reçu aussi le signe C à une époque relativement récente, quand déjà la *religio* qui les affecte était reconnue. Au contraire, les jours *postridiani* (lendemain des calendes, nones, ides) sont *religiosi* et ne portent jamais le signe C, ce qui est conforme au tabou qui les caractérise (Degrassi, *Inscr. Ital.*, XIII, 2, p. 361; K. Michels, *cit.*). Leur *religio* était donc déjà reconnue, quand le signe C fût utilisé dans le calendrier. Une tradition largement attestée, mais sans doute fausse, rattache le caractère *religiosus* des *dies postridiani* à la catastrophe gauloise : il est difficile de comprendre s'il en était ainsi, que le *dies Alliensis* ait conservé la lettre C et que les *dies postridiani* (ou certains d'entre eux) l'aient perdue, si dans les deux cas l'origine du tabou est la même. On expliquait abusivement la *religio* des *dies postridiani* par le fait que le sacrifice qui précéda la bataille de l'Allia eut lieu le lendemain des ides de Juillet. Cela rendrait compte à la rigueur du tabou de ce jour mais non des trente-cinq autres *dies postridiani*. En conclusion le signe C existait déjà non seulement avant la bataille de l'Allia, mais aussi à l'époque où la *religio* des *dies postridiani* s'imposa. L'archaïsme de leur *religio* est prouvée par le fait qu'aucun de ces jours n'est marquée par un triomphe ou une dédicace de temple (K. Michels, p. 66, qui note cependant qu'ils n'excluaient pas les *ludi*). D'autre part les calendes et les nones ne sont jamais des jours comitiaux, mais souvent des jours fastes comme souvent aussi les *dies postridiani* (K. Michels, p. 33, 106; Degrassi, p. 331). C'est là un aspect bien connu de la distribution des jours fastes et comitiaux. Pour les calendes et les nones l'absence du signe C ne correspond à aucune *religio*, comme c'est le cas pour les *dies postridiani* (sur ceux-ci cf. Wissova, *R. E.*, II, 1922, *ater dies*).

¹⁷⁷ Latte, p. 142.

l'ouverture concernait Cérès, comme on l'a souvent remarqué¹⁷⁸: le 24 août, veille des *Opiconsivia*, correspond comme cette fête à la rentrée des récoltes; le 5 octobre et le 8 novembre à deux types distincts de semailles (*far* et *triticum*). Que signifiait l'ouverture du *mundus*? Il ne s'agissait pas d'entasser d'abord les grains pour les semer ensuite, comme on l'a souvent dit. Rien de tel dans les sources. Le rite est tout autre : *Explanatio Iunii Philargyrii in Verg. Buc. III, 104-105 apud antiquos fuit altissimus puteus, in quo descendebat ad sacra celebranda... , quo cognosceret anni proventus* (Scolie de Berne ad loc... *descendebat puer ad sacra celebranda quo cognosceret anni proventus...*)¹⁷⁹. Caton (ap. Fest. 144 L) parle aussi d'une descente dans le *mundus*, sans en préciser toutefois la portée. Sous terre on pratiquait une opération divinatoire pour connaître à l'avance le produit de la récolte future (*anni proventus*). La divination s'ajoute aux autres aspects étrusques du *mundus*.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Le Bonniec, p. 180. Mais il ne s'ensuit pas que le *mundus* soit une chambre à grains.

¹⁷⁹ Pour une interprétation purement agraire de cette descente dans le *mundus*, Wagenvoort, p. 167, partiellement critiqué par Le Bonniec, p. 181-182. L'aspect divinatoire du rite est négligé par les interprètes du texte.

¹⁸⁰ Il est vain de se demander si le *mundus* est malgré le silence des textes un *locus religiosus* (Albanese, Jus, 20, 1969, p. 244-247). La *religio* ne concerne que les jours d'ouverture, lesquels sont *religiosi*. On n'appelle pas habituellement *locus religiosus* (expression qui s'applique principalement aux tombeaux) un lieu consacré aux dieux.

L'AUGURACULUM DE L'ARX À ROME ET DANS D'AUTRES VILLES

Sommaire. – A Rome, à Iguvium d'après les tables Eugubines, à Cosa et à Bantia d'après de récentes découvertes archéologiques, un «*templum minus*», dit «*auguraculum*», est le quadrilatère de dimension très réduite dans lequel se placent les augures pour observer le vol des oiseaux sur l'«*arx*». La formule qui sert à Rome à la délimitation de ce «*templum*» (Varr., l. l., 7, 8) révèle qu'une médiane découpe d'abord ce quadrilatère et ensuite le champ visuel qui s'étend devant lui. Comme le montrent les tables Eugubines et comme le confirme l'expression «*auspicia urbana*», ce champ visuel au delà de l'«*arx*» est constitué par «*l'urbs*» à l'intérieur du périmètre pomérial. Vient ensuite l'étude du mot «*tescum*». Enfin divers indices tendent à établir que l'«*arx*» est à l'extérieur du «*pomerium*».

On sait qu'à Rome les augures se placent sur l'*auguraculum* de l'*arx* pour observer le vol des oiseaux (Fest. 17 L; Cic., Off. 3, 66)¹. Varron (l. l. 7, 8) précise qu'il s'agit d'un *templum in terris*, c'est-à-dire d'un quadrilatère sur l'*arx* (*in arce*), à l'intérieur duquel officie l'augure. Il rapporte la formule rituelle qui en délimite le périmètre (*locus . . . conceptis verbis finitus*). Car tout *templum*, sur l'*arx* ou ailleurs, est défini par la parole grâce au rite de l'*effatio* (Serv., Aen. 1, 446; Varr., l. l. 6, 53; Liv. 10, 37, 15; Fest., *minora templa*, 146 L). L'*effatio* n'est pas accomplie une fois pour toutes; il convient de la renouveler (Cic., leg 2, 21). C'est ce qui explique que la formule archaïque du *templum* de l'*arx*, enregistrée par Varron, conserve son actualité.

Tout cela est bien connu. Mais de récentes découvertes archéologiques ont renouvelé le sujet. On sait maintenant qu'à Cosa et à Bantia il existe aussi un *templum* sur l'*arx*. Le phénomène n'est pas purement romain, c'est une donnée assez répandue de la civilisation urbaine en Italie, sans qu'on soit toutefois en mesure d'apprécier la portée exacte de sa diffusion. Déjà les tables Eugubines laissaient pressentir que cet aspect du droit augural n'était pas propre à Rome. Au début de la table VI a un passage justement célèbre décrit avec une certaine

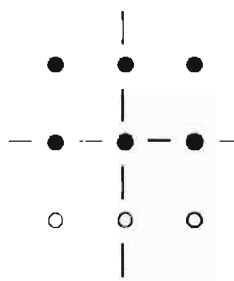
¹ Il y avait un autre *auguraculum* sur le Quirinal et un *auguratorium* sur le Palatin : Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*, 1912, p. 524, n. 6.

minutie la délimitation d'un *templum* qui, selon l'interprétation la plus probable, se situe sur *l'arx*. Les découvertes archéologiques de Cosa et Bantia permettent une explication plus rigoureuse du texte. Tous ces rapprochements donnent au dossier une certaine ampleur. *L'auguraculum* de *l'arx* à Rome a son équivalent sur *l'arx* d'Iguvium, de Cosa, de Bantia.

La colonie latine de Cosa, en Toscane, à proximité de Port'Ercole, fondée en 273 avant J.-C., a fait l'objet de fouilles récentes qui ont été publiées par M. Frank E. Brown dans deux volumes distincts des *Memoirs of the American Academy in Rome*, l'un en 1951, vol. XX, portant sur l'ensemble de la topographie de la ville, l'autre en 1960, vol. XXVI, relatif à *l'arx*. Celle-ci, bordée par l'enceinte urbaine, est au sud de la ville le point le plus élevé. A son sommet se situe une plate-forme carrée d'environ 11 mètres sur 11, qui domine la ville et permet de l'embrasser du regard. M. Brown ne se trompe sûrement pas en interprétant cette plate-forme comme *l'auguraculum* de *l'arx* de Cosa et la voie qui y conduit comme la *via sacra*, semblable à celle de Rome (Varr., *l. l.* 5, 47).

A Bantia, en 1962, furent découverts six cippes équidistants (3^m30) d'époque républicaine. Ils forment un rectangle : les quatre angles sont marqués par quatre cippes ; au milieu des deux côtés les plus longs se trouvent deux cippes ; la ligne qui les rejoint trace une médiane. M. Mario Torelli a publié cette découverte dans les *Rendiconti* de l'Académie des Lincei, vol. XXI (1966), fasc. 7-12, p. 293-315. Il suppose avec beaucoup de vraisemblance que restent à découvrir trois autres cippes à égale distance, parallèles aux premiers, complétant la figure. Elle formerait un carré, avec ses médianes le coupant à angle droit.

M. Torelli évalue le côté à 7^m50, compte tenu de la largeur des cippes. Il a sûrement raison de voir dans cette figure un *templum*. Il précise (p. 302) que ce *templum* est situé sur *l'arx* de Bantia et domine, comme celui de Cosa, la ville qu'il permet de contempler. Ainsi, à Bantia comme à Cosa, sur *l'arx* un *templum* de dimension réduite sert à l'observation des oiseaux. Celui de Bantia a cette particularité de tracer les médianes.



Ces découvertes archéologiques éclairent le droit augural. Une certaine incertitude régnait jusqu'à présent sur les rapports mal connus entre le *templum in terra*, où se place l'augure, et le champ visuel *in caelo* de son observation. La taille extrêmement réduite du *templum* de Cosa et de Bantia (11 mètres de côté dans le premier cas, 7^m50 dans le second) interdit de penser que le vol des oiseaux intervenait à l'intérieur du carré augural. Certes, les *regiones caeli*² de l'observation sont délimitées en fonction du tracé du *templum* (nous y reviendrons), mais elles lui sont extérieures. Les données romaines du problème conduisent à la même conclusion. *L'auguraculum* est *in arce, in terris* (Varr., l. l. 7, 8); c'est un petit quadrilatère, peut-être un carré, sur la citadelle; c'est le *templum minus* (Fest. *minora*); mais l'observation s'étend bien au delà; on fit abattre une maison sur le Caelius qui gênait le regard des augures placés sur *l'arx* (Cic., *Off.* 3, 66; Val. Max. 8, 2, 1). C. Marius, quand il fit construire le temple de l'Honneur et de la Vertu, en réduisit la hauteur : *ne, si forte officeret auspiciis publicis, augures eam demoliri cogerent* (Fest. *summissiorem*, 466 L). Le *templum minus* a pour condition d'assurer à l'observateur une vue parfaitement dégagée à l'entour : Paul-Fest. 34 L, *contemplari dictum est a templo, id est loco, qui ab omni parte aspici, vel ex quo omnis pars videri potest, quem antiqui templum nominabant*. Ainsi, à Rome et dans d'autres villes d'Italie, le droit augural distingue nettement d'une part le petit *templum in terra* où se met l'augure, d'autre part le champ d'observation *in caelo* (Varr., l. l. 7, 7; Serv., *Aen.* 1, 92) beaucoup plus étendu qu'il a devant lui, dit aussi *templum* abusivement³.

* * *

Cette distinction apparaît clairement dans les tables Eugubines. Elles décrivent successivement le quadrilatère augural (VI a, 8-10) et le champ visuel (VI a, 11 et suiv.) dans lequel est circonscrit le vol des oiseaux.

A propos du *templum*, le texte fait état d'un angle supérieur (*angluto somo*) et d'un angle inférieur (*angluto hondomu*). Nous avons le regret de ne pas comprendre ces indications comme on le fait habituellement. On admet en général avec des variantes d'interprétation qu'il y aurait une différence d'altitude entre ces deux angles : l'angle supérieur se situerait à la hauteur de *l'arx*, l'angle inférieur à celle du

² Wissowa *op. cit.* p. 525, n. 3.

³ Wissowa *op. cit.* p. 527, n. 7.

sol de *l'urbs*⁴. Le texte ainsi compris décrirait non le *templum in terra*, mais le *templum in caelo*, le champ visuel. Plusieurs objections s'opposent à cette explication. Le champ visuel est défini ensuite (VI a, p. 11 et suiv.). Surtout la notion d'angle est propre au *templum in terra*: Fest. *minora templa*, 146 L, *itaque templum est locus ita effatus aut ita septus ut ex una parte pateat, angulosque adfixos habeat ad terram*. De plus, l'expression *angluto somo* des tables Eugubines se retrouve en latin : *summus angulus* (Cic., *Nat. deor.* 2, 125). Il s'agit de l'angle au sommet d'une figure géométrique plane. Toutes ces remarques conduisent à voir dans le *templum* des tables Eugubines, à l'image de ceux de Cosa et Bantia, un quadrilatère de taille réduite sur *l'arx*, le *templum minus in terra*. La proximité de *l'ara divina* (VI a, 9, *asa deveia*) n'est pas faite pour étonner et il n'y a pas lieu de situer cet autel sur le forum de la ville. A Rome aussi il devait y avoir un autel sur *l'arx*, puisque les augures accomplissaient *in arce* un sacrifice tenu pour mystérieux (Paul Fest. *arcani*, 14 L).

Les tables Eugubines (VI a, 8-10) décrivent le tracé du *templum*. Sans doute, comme à Rome, il y avait lieu de le renouveler. Les quatre côtés du quadrilatère sont indiqués. Le premier va de l'angle inférieur, à proximité de *l'ara divina*, à l'angle supérieur proche des pierres augurales, occupées par *l'adfertor*. Le second relie l'angle supérieur au *pomerium*. Le troisième unit l'angle inférieur au *pomerium* également. Le quatrième est formé par un segment du *pomerium* entre les deux points où il a été atteint par le deuxième et le troisième côté. La forme exacte du quadrilatère ne se laisse guère deviner à travers ces prescriptions. Mais nous tenons pour assuré qu'il se situe tout entier sur *l'arx* et qu'il est attenant au *pomerium*.

C'est seulement après avoir décrit le *templum minus in terra* que les tables Eugubines (VI a, 11 et suiv.) délimitent le champ visuel de l'observation au delà de *l'arx*. Ces deux données du droit augural sont nettement distinctes. A Iguvium, un renseignement capital nous est livré, qui à Rome ne se laisse deviner qu'obscurément. Le champ visuel est constitué au pied de *l'arx* par l'ensemble de la ville à l'intérieur du périmètre pomérial⁵. Les tables Eugubines (VI a 11) ordonnent de procéder à l'observation à droite et à gauche dans les limites de la ville. *Arx* et *urbs* forment un complexe augural; à l'une et à l'autre est assignée une fonction précise : l'observation se fait sur *l'arx*

⁴ Nous renvoyons principalement aux commentaires de Devoto et Poulteney dans leurs éditions respectives; voir aussi Devoto, *Antichi Italici*, 2^e ed., 1951, p. 244.

⁵ Sur *tuderor tot cor*, voir Coli, *Diritto Pubblico degli Umbri e le Tavole Eugubine*, 1953, p. 80.

dans le *templum minus*, elle a pour espace le sol urbain enfermé dans le *pomerium*.

A Bantia, le petit carré augural est divisé par des médianes qui délimitent les *regiones caeli* à droite et à gauche, devant et derrière. Ces *regiones* servent à localiser le vol des oiseaux selon deux axes perpendiculaires qui découpent le *templum* et que l'augure prolonge au delà par l'esprit. A Iguvium il n'est pas question de médianes, on a recours à un autre procédé. La table VI a (12 et suiv.) décrit les limites de la ville. Elle le fait non à partir de la position de l'augure, mais à partir des pierres augurales occupées par l'*adfertor*, pour le compte de qui est faite l'auspication et auquel sont annoncés les oiseaux et la direction de leur vol. L'*adfertor* est le bénéficiaire de l'observation, l'augure n'en est que l'agent. Les pierres augurales, où se tient l'*adfertor*, sont à proximité du *templum* (VI a 9-10). A partir de ces pierres sont dénombrées sur la droite et sur la gauche deux séries de repères le long des limites de la ville. D'un côté on compte sept repères, de l'autre six (VI a 12-16). Ainsi sont départagés les deux secteurs de droite et de gauche du champ visuel qui recouvre la ville. Ce procédé dispense du tracé d'une médiane.

Ces développements des tables Eugubines permettent de comprendre le sens exact de l'expression romaine *auspicia urbana*, dont la valeur technique est restée obscure. Il ne s'agit pas seulement des auspices qui sont pris à l'intérieur de la ville, par opposition à ceux qui sont pris en dehors d'elle. En droit augural le *pomerium* est la limite des auspices urbains (Varr., l. l. 5, 143, *auspicia urbana finiuntur*; Gell. 13, 14, 1, *facit finem urbani auspicii*). Les correspondances entre le rituel d'Iguvium et le rituel romain autorisent une interprétation littérale. Les auspices urbains sont le champ visuel qui s'étend sur l'*urbs* dans les limites du *pomerium* pour un observateur placé sur l'*auguraculum* de l'*arx*. A Rome et à Iguvium l'*arx* et l'*urbs* forment le même complexe augural : de l'*arx* l'observateur balaie du regard l'espace de l'*urbs*. C'est pourquoi les augures avaient le droit de faire abattre les maisons qui gênaient leur vue.

* * *

La formule romaine qui délimite le *templum* de l'*arx* (Varr., l. l. 7, 8) permet de discerner quelle solution avaient adoptée les Romains pour associer au tracé du quadrilatère (ou carré) augural le découpage des *regiones caeli* qui s'étendent devant ce quadrilatère. Devant l'*arx* le champ visuel est l'*urbs*, telle qu'elle est circonscrite par le *pomerium*; il s'appelle dans la langue technique des augures *auspicia urbana*. A Iguvium le partage des régions de droite et de gauche s'opère par des repères de part et d'autre le long des limites de la

ville. A Bantia ce partage est réalisé par une médiane qui coupe le *templum* par la moitié et que l'augure prolonge par l'esprit. A Rome nous espérons pouvoir montrer que l'on a recouru également au procédé de la médiane.

E. Norden, dans son beau livre *Aus altrömischen Priesterbüchern* (Lund, 1939), est parvenu à donner d'après le manuscrit de Varron une lecture satisfaisante des premières phrases de la formule rituelle qu'emploient les augures pour tracer le *templum* de l'*arx* :

- 1 *templa tescaque m(eae) fines ita sunt*
- 2 *quoad ego easte lingua nuncupavero.*
- 3 *ollaner arbos quirquir est quam me sentio dixisse*
- 4 *templum tescumque m(ea) f(inis) esto in sinistrum.*
- 5 *ollaber arbos quirquir est quod me sentio dixisse*
- 6 *templum tescumque m(ea) f(inis) esto dextrum.*

Cette prose rythmée contient quelques éléments archaïques et d'autres qui le sont moins. Elle a trait à la délimitation du quadrilatère augural. Laissons provisoirement de côté les mots *tesca*, *tescum*. La première phrase annonce que c'est par la parole (*lingua nuncupavero*) que le *templum minus* va être tracé. On sait qu'il est un *locus effatus*. Ensuite l'augure désigne devant lui un arbre à gauche et un arbre à droite pour déterminer deux angles du *templum*. Il ne prend pas la peine d'identifier avec soin ces arbres, il renvoie à son intime conviction (*me sentio dixisse*). L'appel au sentiment intérieur est un aspect fréquent des formules de droit sacré (Macrob., *Sat.* 3, 9, 10; Liv. 1, 24, 7; 1, 10, 6). Les arbres fixent les *fines* du *templum* : comme l'a bien vu Norden (p. 42), les expressions *templa tescaque fines* et *templum tescumque finis* signifient, par le jeu d'une apposition, *templorum tescorumque fines*, *templi tescique finis*. Dans l'état où Varron reproduit la formule augurale, il n'est question que de deux arbres, alors qu'on en attend quatre pour achever la figure géométrique du *templum minus*. Il ne s'agit pas précisément d'une omission. Nous présumons qu'on répétait les mêmes mots pour les deux autres arbres.

L'augure commence par user du pluriel *templa* pour désigner l'ensemble du *templum minus in terra* dans la première phrase. Ensuite il parle d'un *templum* de gauche et d'un *templum* de droite. Cela laisse supposer, à notre avis, que le quadrilatère ou *templa* est coupé par une médiane; de part et d'autre de celle-ci se trouvent le *templum* de droite et le *templum* de gauche. Le pluriel *templa* fait la somme de ceux-ci. Comme à Bantia, le petit quadrilatère augural est partagé par une médiane (à Bantia il y en a même deux qui se coupent au centre à angle droit).

La dernière phrase de la formule est mutilée; comme on l'a noté depuis longtemps, le verbe de la proposition principale est omis avec, sans doute, un ou plusieurs autres mots :

inter ea conregione conspiciōne cortumione
utique ea erectissime sensi.

Les trois mots *conregione*, *conspiciōne*, *cortumione* forment un ensemble qui, selon une habitude chère à la langue de la religion comme du droit, se plaît à répéter les mêmes sonorités (S. C. Bacch. *neve posthac inter sed coniourase neve comvovise neve conspondise neve conpromesise velet*). Ces trois mots appartiennent à la langue technique des augures et, sauf *conregione* qui est cité par Festus, on ne les retrouve pas ailleurs. A la suite de Norden, K. Latte⁶ s'est efforcé de conserver au préfixe, dans *conregione* et *conspiciōne*, le sens d'association. Nous ne croyons pas que cette voie soit la bonne. Elle ne correspond pas à l'interprétation des antiquaires romains : Paul-Fest. 28 L : *conregione e regione*. Or *e regione* signifie « en ligne droite ». L'augure au centre du *templum minus*, après avoir fixé devant lui par deux arbres les angles de gauche et de droite du quadrilatère, trace droit devant lui la médiane qui coupe perpendiculairement par le milieu la ligne qui rejoint les deux arbres. Avant *conregione* figure la mention *inter ea*. A la rigueur on pourrait lire *inter ea(s)* et comprendre que la médiane passe entre les deux arbres. Nous préférons conserver *inter ea* et comprendre que la médiane sépare le *templum* de droite et le *templum* de gauche indiqués précédemment dans la formule, qui désigne leur ensemble par le pluriel *templa* ou quadrilatère augural. Ce pluriel *templa* représente le *templum minus* de la langue courante. Nous avons déjà noté que cet usage du singulier pour les parties et du pluriel pour le tout est propre à la formule augurale. En clair cela signifie que la médiane divise le *templum minus* en deux sections.

Pas plus que dans *conregione*, le préfixe n'a dans *conspiciōne* le sens d'association : Varr., l. l. 7, 9, *ideo dicere . . . augurem «conspiciōne»*, *qua oculorum conspectum finiat*. Autrement dit, par *conspiciōne* il faut entendre que l'augure fixe dans le lointain un point qui arrête son regard et sert à déterminer la médiane. Il le fait *cortumione*, c'est-à-dire *a cordis visu* (Varr., l. l. 7, 9), quelle que soit l'étymologie du mot. Tite-Live (1, 10, 6; 1, 18, 8) traduit par *animo*. Ainsi les mots *conregione*, *conspiciōne*, *cortumione* signifient que l'augure a tracé par l'esprit droit devant lui une ligne à l'infini qui partage d'abord en deux le *templum minus in terra* et sépare ensuite les secteurs de gauche et de droite du champ visuel *in caelo*.

Tite-Live, à propos de l'inauguration de Numa sur *l'arx*, paraphrase la formule augurale qu'a conservée Varron. De celle-ci il omet

⁶ K. Latte, *Augur und Templum in der varronischen Augural Formel*, dans *Philologus* 97, 1948, p. 143-159; reproduit dans *Kleine Schriften*, p. 91-105.

les prescriptions relatives au tracé du *templum in terra*. Il ne retient que la médiane. Elle va d'est en ouest : 1, 18, 7, *regiones ab oriente ad occasum determinavit, dextras ad meridiem partes laevas ad septentrionem esse dixit*. Pour un observateur placé sur l'*arx*, cette ligne coupe la ville en deux. Tite-Live précise comment elle est obtenue : 1, 18, 8, *signum contra, quoad longissime conspectum oculi ferebant, animo finivit*.

Dans cette phrase on trouve le commentaire des mots *conregione conspiciōne, cortumione*. A *conregione* (en ligne droite) correspond *contra*. *Conspiciōne* devient : *quoad longissime conspectum oculi ferebant*. *Cortumione* est rendu par *animo*. Nous avons noté que, dans ce passage de la formule augurale, le verbe de la principale avec un ou plusieurs mots fait défaut dans le manuscrit de Varron. La paraphrase de Tite-Live permet d'imaginer approximativement comment on peut combler cette lacune. Il y a lieu de supposer quelque chose comme : *metam finio*. La finale précise que ce repère a été perçu de façon satisfaisante : *utique ea(m) [e]rectissime⁷ sensi*. L'emploi du parfait indique que l'opération est accomplie.

Après avoir transcrit la formule augurale, Varron la commente brièvement : l. l. 7, 9, *in hoc templo faciundo arbores constitui fines apparet et intra eas regiones qua oculi conspiciant*. Cette petite phrase résume tout le problème : les arbres servent de limites au *templum minus*; celui-ci, de dimension réduite comme à Cosa et à Bantia, est tout entier *in terris*, tout entier *in arce* comme l'a annoncé Varron au paragraphe précédent. Il est englobé dans le champ visuel qui s'étend autour de lui au delà de l'*arx* : *intra eas regiones qua oculi conspiciant*⁸. Varron distingue nettement le petit *templum* de l'*arx* et le vaste champ d'observation qui se déroule devant l'augure sur tout l'espace urbain. Les *regiones caeli* sont déterminées par la médiane qui a pour repère un point dans le lointain. Devant l'*arx*, le champ visuel à Rome comme à Iguvium est constitué par l'*urbs*, comme le garantit l'expression *auspicia urbana* qui assigne à l'observation la frontière du *pomerium*.

L'orientation est réalisée par la médiane, comme l'indique Tite-Live 1, 18, 7. D'après ce texte, à Rome c'est une ligne est-ouest qui, pour un observateur placé sur l'*arx*, partage l'*urbs* en deux parties au

⁷ On retrouve *rectissime* dans la formule du *foedus* : Liv. 1, 24, 7. Sur *utique*, voir Norden, *op. cit.*, p. 37, n. 1.

⁸ Il est évident que *eas* se rapporte à *regiones* (Weinstock, *Röm. Mitteil.* 47, 1932, p. 97). K. Latte (*Kleine Schriften* p. 92) sépare à tort *intra eas* de *regiones*; pour lui, *intra eas* se rapporte à *fines*. Ce découpage artificiel du texte aboutit à cette conséquence inadmissible que l'observation a lieu à l'intérieur des limites du *templum minus*.

nord et au sud. D'autres orientations sont attestées⁹. Tout dépend de l'emplacement du *templum*. D'un *templum* à l'autre l'orientation varie. L'essentiel, comme l'a noté Wissowa¹⁰, c'est que dans chaque cas l'augure énonce avec précision ce qu'il entend par droite et par gauche. Ce sont les deux zones que partage la médiane. A Cosa l'*arx* est au sud de la ville; l'axe du *templum* vers le nord assure une observation qui balaie la ville. Comme l'écrit M. Brown, «the line of sight along one axis in northerly direction... swept across the widest expanse of the town» (*Mem. Am. Ac. in Rome*, XXVI, p. 13). Le petit carré augural de la citadelle de Cosa assure vers le nord une vue globale des «auspices urbains».

Varron (*l. l.* 7, 9) et Tite-Live (1, 18, 7-8) sont d'accord pour placer à l'infini le point qui fixe la médiane, alors que l'observation augurale est circonscrite par le *pomerium*. Il n'y a pas contradiction. Autre chose sont les auspices urbains qui ont pour espace l'*urbs* divisée en *regiones* de droite et de gauche. Autre chose est l'orientation qui assure ce partage par un regard porté aussi loin que possible au delà de la ville (*Liv.* 1, 18, 7, *prospectu in urbem agrumque capto*) par rapport aux points cardinaux.

L'observation de l'éclair n'obéit pas aux mêmes règles que l'observation des oiseaux. Le champ visuel n'est pas circonscrit par le *pomerium*; le regard embrasse l'ensemble du ciel (*Varr.*, *l. l.* 7, 7, *caelum... dictum templum*). L'orientation est alors au sud, comme nous l'apprend Varron. La raison en est simple: Jupiter siège au nord; l'observation se fait *a deorum sede* (*Fest.* 454 L; 244 L). L'observation des oiseaux et celle de l'éclair sont deux choses distinctes. Pour les oiseaux, le champ visuel est constitué par l'*urbs*; à Rome l'orientation est à l'est, mais varie d'une ville à l'autre. Pour l'éclair, le champ visuel n'est pas limité, c'est l'ensemble du ciel; l'orientation est au sud parce que Jupiter est placé au nord. Cette orientation est fixe.

* * *

Nous avons jusqu'ici laissé de côté les mots *tesca*, *tescum*, de la formule augurale. Ils étaient obscurs pour les Romains eux-mêmes. Varron (*l. l.* 7, 10) cite l'opinion de «glossographes» difficiles à identifier (*qui glossas scripserunt*)¹¹. Ils expliquent *tesca* par *sancta*¹² et

⁹ Wissowa in *R. E.*, II, 2341.

¹⁰ Wissowa, *Religion und Kultus*, p. 525.

¹¹ Festus (488 L) cite Aurelius Opillus. Voir K. Latte, *Kleine Schriften*, p. 101.

¹² *Sanctus* a d'un texte à l'autre un sens assez flottant. Ici Varron assimile *sanctus* à *sacer*. Dans cette perspective il peut dire à juste titre: *nam curia Hostilia*

entendent par là des lieux consacrés : *tesca aiunt sancta esse qui glossas scripserunt. Id est falsum*. Varron rejette cette thèse et il a raison, car le rite de la *consecratio* est étranger à la formule augurale. D'autre part, dans les rares textes où le mot a survécu, il a un tout autre sens.

A propos de *tesca*., Festus (488 L.) rapporte diverses interprétations et renvoie aux livres pontificaux, mais le manuscrit est trop défectueux pour qu'on puisse se faire une idée claire des variations que les Romains développaient sur ce thème. Heureusement Festus ajoute quelques citations qui ont été assez bien préservées : *Cicero aspera, difficilia aditu... (Ennius) (lo)ca aspera, saxa tesca tuor. (Accius in Philo-)tectae : quis tu es mortalis (qui in deser)ta et tesqua te adportas loca?* Dans ces différents auteurs, *tesca* désigne des lieux sauvages, déserts et inhospitaliers. Il en est de même chez Horace¹³ : *ep. 1, 14, 19, nam quae deserta et inhospita tesqua credis, amœna vocat mecum qui sentit*.

Ce sens est bien établi; il est dès lors impossible de voir dans *tescum*, comme on l'a fait parfois, un synonyme de *templum*. La formule augurale distingue les deux mots : *templa tescaque, templum tescumque*. Quand elle dit : *templa tescaque m(eae) fines ita sunt...*, il faut entendre à la suite de Norden, par le jeu d'une apposition, *tem-*

templum est et sanctum non est. La curie comme le *comitium* comme les *rostrae*, est un lieu public délimité par les augures, un *templum* (Wissowa, *Religion und Kultus*, p. 528), mais elle reste « profane » (Gell. 14, 7, 7), car elle n'a pas fait l'objet en outre du rite de *consecratio*, elle n'est pas un lieu consacré. Il en est de même pour le *templum* augural où l'on prend les auspices. Au contraire, les demeures des dieux font en général (ce n'est pas le cas pour l'*aedes Vestae* : Gell. 14, 7, 7) l'objet de deux rites successifs : d'abord leur emplacement est délimité par les augures, c'est un *templum*; ensuite l'édifice qui est construit sur cet emplacement fait l'objet d'une *consecratio* (Serv., *Aen.* 1, 446; Wissowa, *Religion und Kultus*, p. 472). En droit augural, le mot *templum* au sens pur désigne l'espace défini par les augures, mais dans le vocabulaire courant *templum* désigne aussi l'*aedes sacra*. Varron (l. 1, 7, 10) rappelle cet usage bien connu : *aedem sacram esse templum*. Dans ce sens large, les *templa* en tant que *aedes sacrae* sont *sancta* : *in urbe Roma pleraeque aedes sacrae sunt templa, eadem sancta*. Ainsi Varron rapproche *sacer* et *sanctus* (dans le même sens, Festus 488 L., où sont rapprochées les notions de *consecrata* et *sancta*). Chez les juristes, les *res sanctae* ont un domaine plus restreint (Gaius 2, 8, *velut muri et portae*). Notons en outre que l'adjectif *augustus*, de son côté, désigne soit un lieu simplement inauguré (Fest. 2 L; Serv., *Aen.* 11, 235; Cic., *domo*, 137) soit un lieu consacré (Suét., *Aug.* 7; Ovid., *fast.* 1, 610; Liv. 1, 29).

¹³ La scholie de Ps. Acro fait dériver *tesca* de la *lingua Sabinorum*. Comme on l'a remarqué depuis longtemps, cette indication est sans valeur, elle est suggérée au scholiaste par la nationalité sabine de l'intendant auquel s'adresse le poème : Weinstock, *Realencyclopädie*, *tesca*; Vetter, *Handbuch der italischen Dialekte*, I, p. 376; Norden, *loc. cit.* p. 21.

plorum tescorumque fines. L'augure trace les limites, *fines*, qui séparent les *templa*, c'est-à-dire le quadrilatère augural, des *tesca*, c'est-à-dire l'espace environnant. Quand l'augure ajoute :

templum tescumque m(ea) f(inis) esto in sinistrum . . .

templum tescumque m(ea) f(inis) esto dextrum . . .

il a en vue, par le singulier *templum*, les deux parties de droite et de gauche du quadrilatère ou *templa*, telles qu'elles résultent du tracé de la médiane. Et il précise que chacune de ces deux parties à droite et à gauche sont séparées par une limite du *tescum* correspondant. Le pluriel *templa tescaque* désigne globalement le quadrilatère augural et le territoire qui l'entoure, alors que le singulier *templum tescumque* se rapporte à chacune des moitiés de droite et de gauche de ce quadrilatère et de ce territoire, telles qu'elles sont découpées par l'axe central d'orientation. La définition que Verrius Flaccus donne de *tesca* paraît bien concerner la formule augurale et rappeler à sa suite la limite, *finis*, qui est la clé du problème : Fest. 488 L. (*tesca sunt*) *loca augurio desig(nata quo sit term)ino finis in terra auguri*.

Si Varron conteste que les *tesca* soient, comme le prétendent certains glossographes, des lieux consacrés (*sancta* au sens de *loca consecrata*, comme dit Festus 488 L.), c'est-à-dire transférés du profane au sacré par le rite de *consecratio*, il n'en admet pas moins que les *tesca* sont des lieux agrestes habités par une divinité : *l. l. 7, 10, loca quaedam agrestia, quod alicuius dei sunt, dicuntur tesca*. L'opposition est nette : les glossographes voient dans les *tesca* des lieux devenus sacrés grâce à un rite officiel, alors que Varron reconnaît en eux des lieux occupés spontanément par une divinité sans aucune intervention rituelle de l'homme. Varron complète le témoignage des poètes : les *tesca* ne sont pas seulement des lieux sauvages ou agrestes, ils sont en outre hantés par des dieux. De nombreux textes groupés par De Francisci¹⁴ dénoncent la présence de *numina* dans le paysage italique, en particulier dans les grottes, les bois, les arbres, etc. Ainsi Virgile décrit l'emplacement du futur Capitole comme un lieu inspirant une «terreur superstitieuse»; un dieu inconnu y demeure (*Aen.* 8, 352, *quis deus, incertum est*). Ces croyances affectent l'exploitation des domaines agricoles. Dans le *De agricultura* (139, 140) de Caton est enregistré le texte de prières, bien connues, qui doivent être récitées avec l'accompagnement d'un sacrifice lorsque l'on coupe ou éclaircit un bois ou simplement lorsqu'on travaille un sol jusque-là inculte (*si fodere voles*). Ces prières s'adressent à une divinité inconnue dont on

¹⁴ *Primordia Civitatis*, 1959, p. 228 et suiv.

ignore même le sexe : *si deus, si dea es*¹⁵. Quand il parle de *lucum conlucare*, Caton n'a en vue aucun des célèbres bois sacrés qui parsemaient l'Italie, mais simplement un bois quelconque d'un domaine privé et cependant sacré lui aussi, parce qu'un dieu inconnu y réside.

La discipline augurale est directement intéressée par la présence diffuse de divinités non identifiées dans la nature. Cela ressort non seulement de l'utilisation répétée des mots *tesca, tescum*, dans la formule de l'augure sur *l'arx*, mais aussi des rites *d'effatio* et *liberatio*. On connaît trois variétés de *locus liberatus* et *effatus*¹⁶ : le *templum* augural (Serv., *Aen.* 1, 446), *l'urbs* (Cic., *leg.* 2, 21), *l'ager romanus antiquus* (Serv. *Aen.*, 6, 197; Gell. 13, 14, 1; Varr., *l. l.* 6, 53)¹⁷. Dans ces trois cas, le droit augural veille à la délimitation d'un espace par une formule rituelle (*effatio*) et en outre il procède, grâce à la *liberatio*, à l'élimination des divinités inconnues qui encombrement le sol. De façon tralatice, on explique *liberare locum* correctement en disant qu'il s'agit de mettre fin aux servitudes religieuses qui grèvent le lieu. Mais on ne reconnaît pas à cet acte toute sa portée; on se borne pour l'expliquer à mentionner *l'exauguratio*¹⁸, par laquelle on désacralise un ancien sanctuaire pour en édifier de nouveaux sur le même emplacement (comme ce fut le cas pour le temple de Jupiter Capitolin: Liv. 1, 55, 2-4; 5, 54, 7; Fest. *nequitum* 160 L; Serv., *Aen.*, 2, 351; 9, 446), ou par laquelle une ville perd la qualité d'espace « inauguré » afin d'être détruite : Serv. auct. 4, 212, *nam ideo ad exaugurandas vel diruendas civitates aratrum adhibitum, ut eodem ritu, quo conditae subvertantur* (cf. Mo-

¹⁵ Dans les *Acta* des Arvales pour l'année 183 ap. J.-C., on trouve une formule analogue : *sive deo sive deae, in cuius tutela hic lucus locusve est*. Voir : Gell. 2, 28, 3; Liv. 7, 26, 4; cf. Pascal, *Cults of Cisalpine Gaul*, 1964, p. 98. La dispersion dans la nature de divinités inconnues est une croyance fort ancienne qu'il y a lieu de distinguer de la prolifération des *genii* tutélaires des lieux les plus variés (p. ex. *genius horreorum*), laquelle paraît correspondre à un développement plus récent de la pensée religieuse, largement attesté par des inscriptions d'époque impériale. Voir Paul-Fest. 84 L, *alii genium esse putarunt uniuscuiusque loci deum*; Serv., *Aen.* 5, 95, *nullus locus sine genio*; voir Diz. Ep., v, *Genius*, p. 462; K. Latte, *Römische Religionsgeschichte*, 1960, p. 331 et suiv. – Dans une inscription républicaine récemment découverte (Degrassi, *Inscriptiones Latinae Liberae Reipublicae*, n. 93 a), se rapportant à *Lucus Feroniae*, il serait tentant de lire *tesco salvod* dans le sens de *luco salvo*, comme le propose R. Bloch (*Rev. Phil.*, XXVII, p. 65 et suiv.), mais cette lecture n'est pas certaine.

¹⁶ Wissowa, *Religion und Kultus*, p. 528.

¹⁷ Sur l'identité entre *ager Romanus antiquus* et *ager Romanus* nous renvoyons à nos *Recherches sur l'Imperium*, p. 59.

¹⁸ Catalano, *Diritto Augurale*, I, p. 281.

dest., D. 7, 4, 21). Comme le montre ce texte, *l'exauguratio* est un acte qui en annule un précédent à l'aide de la loi de la correspondance des formes; ainsi la désacralisation d'un sanctuaire requiert une prise d'auspices qui annule son inauguration (Liv. 1, 55, 3). D'une manière générale, *l'exauguratio* est un rite, dont la forme est variable, qui a pour but d'éteindre une *inauguratio* antérieure. Quand il s'agit de fonder une ville, de délimiter son *ager* ou d'établir un *templum* augural, la situation est toute différente. Éventuellement une *exauguratio* sera peut-être nécessaire. Mais, dans ces trois variétés de *locus liberatus et effatus*, la *liberatio* est autre chose; elle tend non à éliminer des sanctuaires préexistants, mais à faire place nette en expulsant les divinités inconnues et innommées qui hantent le sol.

Par une intuition remarquable, K. Latte¹⁹ a bien compris que le rite augural de *liberatio*, appliqué à la fondation de *l'urbs*, avait eu pour mission de nettoyer Rome de toutes les divinités turbulentes qui occupaient le terrain. L'induction de Latte est confirmée par le dossier, établi plus tard par De Francisci sans référence à la science augurale, sur l'ubiquité des *numina* qui peuplent la nature. Varron avait raison contre les glossographes; les *tesca* sont bien des lieux agrestes (et, convient-il d'ajouter, déserts, comme le disent les poètes), hantés par des dieux inconnus. Le droit augural, par *l'effatio* et la *liberatio*, taille au milieu de ce territoire hostile des espaces soigneusement délimités et désacralisés qui rendent possible l'installation de l'homme. *L'urbs* et *l'ager Romanus antiquus* sont des *loci liberati et effati*, devenus profanes par désacralisation et par là habitables, où la cité implante ses propres dieux en leur réservant des portions précises de son sol. La cité veille avec soin au partage du sacré et du profane. En dehors des limites de *l'urbs* et de son *ager* règnent les *numina* qui habitent les *tesca*. À l'intérieur de ces limites, les dieux nationaux ont des sanctuaires nettement différenciés du territoire profane occupé par les *cives*.

Il reste à savoir pourquoi le *templum* de *l'arx* est, selon la formule augurale, entouré de *tesca*, autrement dit à un environnement qui n'a pas fait l'objet de *liberatio* contre les dieux innommés. Cela est incompréhensible, si l'on admet que *l'arx* est à l'intérieur du *pomerium* et fait partie de *l'urbs*, laquelle est un *locus liberatus et effatus*. On ne peut en termes de droit augural expliquer la présence de *tesca* autour du *templum* de *l'arx* que si l'on admet que celle-ci est à l'extérieur du *pomerium* et de *l'urbs*.

¹⁹ *Kleine Schriften*, p. 103.

On a parfois affirmé que le Capitole est à l'extérieur de la ville et qu'il faut distinguer *urbs* et *Capitolium*²⁰. Si on entend par Capitole l'ensemble de la colline Capitoline, le problème est mal posé. En bon langage le *Capitolium* est la partie sud de cette colline, et *l'arx* la partie nord²¹. C'est ainsi que l'on dit *arx et Capitolium* ou vice versa (Thes. v. *arx*, 736). Rien n'autorise à séparer de *l'urbs* le *Capitolium* proprement dit. Mais il en va tout autrement pour *l'arx*. Non seulement la présence de *tesca* sur la citadelle conduit à penser qu'elle n'a pas bénéficié de la *liberatio* augurale propre à Rome, mais la terminologie la plus ancienne va dans le même sens en distinguant avec soin *arx* et *urbs*. On trouve l'expression *urbs arxque* dans la formule archaïque du serment *per lapidem* (Fest. 102 L.); elle apparaît aussi chez Ennius (*Scenica* 88 Vahlen) et chez Caecilius (*com.* 146); Cicéron (*orat.* 93; *div.* 2, 69) et Tite-Live (4, 61, 9; 24, 37, 6; 31, 45, 6; 37, 37, 2) l'emploient à leur tour. Cette distinction de *l'arx* et de *l'urbs* n'est pas propre à Rome; on la retrouve à maintes reprises sous la forme du binôme *ocar* et *tota* dans les tables Eugubines, principalement dans les tables I a et VI a²².

Les fouilles de Cosa mettent en lumière l'aspect matériel du problème. La citadelle est au sud; vers l'extérieur elle est bordée par le mur d'enceinte; vers l'intérieur un autre mur la sépare de la ville. Ce mur n'est pas continu; il ne s'élève entre la citadelle et la ville que là où la pente est douce et il est percé d'une porte; on s'est dispensé de le bâtir là où la citadelle surplombe abruptement la ville. D'après M. Brown, ce mur discontinu entre *l'urbs* et *l'arx* ne constitue pas une fortification, c'est une limite formelle²³.

Une considération supplémentaire confirme la séparation de *l'arx* et de *l'urbs*. *L'urbs* est délimitarisée; la défense militaire lui est étrangère autant que possible et se situe sur le boulevard poméral en deçà des murs. *L'urbs* constitue le territoire *domi*; *l'arx*, en tant que citadelle, appartient à la zone *militiae*. Cette distinction relève du droit augural. *L'urbs* est une zone démilitarisée parce qu'elle a fait l'objet d'une *inauguratio* d'un type spécial. *L'arx*, ou du moins son *templum*, est un espace augural autonome.

Ainsi à Rome, à Iguvium et à Cosa, et sans doute dans d'autres villes d'Italie, la distinction de *l'arx* et de *l'urbs* relève du droit sacré.

²⁰ R. Schilling a justement critiqué cette doctrine (*Rev. Phil.*, 1949, p. 32). Les rares textes qui distinguent *Capitolium* et *urbs* ne font que mettre le premier de ces termes en vedette (Caes., *B. C.* 1, 6, 7; Liv. 3, 18, 6; 38, 51, 13).

²¹ G. Lugli, *Roma Antica. Il centro monumentale*, p. 8.

²² Voir Devoto, *Tabulae Iguvinae*, 2^e ed., 1940, p. 54, 152, 159, 187; U. Coli, *Diritto pubblico degli Umbri*, p. 10, 81.

²³ *Memoirs of the American Academy in Rome*, XX, 1951, p. 49.

Ce sont deux espaces auguraux différents. Chacun a fait l'objet pour son compte des rites de *liberatio* et *d'effatio*. La ligne pomériale les sépare; à Cosa un mur matérialise cette séparation. A Rome *l'arx* n'est pas sur toute son étendue un *locus liberatus et effatus*; elle ne l'est que sur l'emplacement du *templum* augural entouré de *tesca*. Le mot *arx* en vint à désigner restrictivement ce seul *auguraculum*: Paul Fest., p. 17 L., *auguraculum appellabant antiqui, quam nos arcem dicimus, quod ibi augures publice auspicarentur*. Ce sens spécialisé paraît avoir été assez répandu: Cic., *off.*, 3, 66, *in arce augurium augures acturi*; Liv. 1, 18, 6; 10, 7, 10; Val. Max. 8, 2, 1. *L'herba pura* que les fétiaux cueillent *in arce* (Liv. 1, 24, 5) provient sans doute du seul *auguraculum*.

En résumé, à Rome et dans d'autres villes d'Italie, le *pomerium* n'embrasse pas dans un même tout *l'arx* et *l'urbs*; il ne circonscrit que *l'urbs*. *L'arx* est un espace augural distinct, et, au moins à Rome, les rites de *liberatio* et *effatio* ne s'appliquent qu'à son *auguraculum*. Mais *arx* et *urbs*, ainsi différenciées, forment un complexe de droit augural. L'augure a pour *templum minus* *l'auguraculum* de *l'arx*; il a pour champ visuel, conformément à l'expression *auspicia urbana* et au rituel des tables Eugubines, *l'urbs* à l'intérieur de son périmètre pomérial.

L'INAUGURATION DE L'URBS ET L'IMPERIUM

La distinction de *l'urbs* et de *l'ager* représente une dualité topographique qui affecte profondément à la fois la religion et le droit.

Au point de vue religieux, la limite de *l'urbs* est en même temps celle des *auspicia urbana* (Varr. 1.1.5, 143; Gell. 13, 14, 1). De plus pendant la période archaïque, les divinités étrangères introduites à Rome recevaient un culte en dehors du périmètre sacré de la ville. La zone intrapomériale était réservée aux dieux nationaux. Quant au droit public le *pomerium* représente la frontière qui sépare *l'imperium domi* de *l'imperium militiae*. Ce dernier s'exerce hors de la ville à la suite de la cérémonie de départ au Capitole : les auspices de guerre y sont pris par le général, il prononce des vœux à Jupiter Optimus Maximus, il prend ainsi que les licteurs l'habit de guerre, les trompettes sonnent, la foule l'escorte jusqu'à la sortie de la ville au passage du *pomerium*¹.

La compétence urbaine s'exerçait à l'origine jusqu'à cette limite. Par suite de l'extension de la ville au-delà de son enceinte, cette compétence par commodité fut étendue jusqu'à la première borne milliaire². Son aspect le plus caractéristique est la *iurisdictio* civile : les *iudicia legitima* de la procédure formulaire doivent être institués à l'intérieur de cette zone. On a raison de penser que ce régime commença par être celui de la *legis actio*³. De même les pouvoirs du tribun de la plèbe ne peuvent s'exercer que *domi*⁴.

On a coutume de disjoindre les deux aspects religieux et constitutionnel de la distinction de *l'urbs* et de *l'ager*. Et, si on les tient pour complémentaires, on s'abstient d'établir entre eux une dépendance. La théorie constitutionnelle de *l'imperium domi* et de *l'imperium militiae* affirme habituellement son autonomie par rapport au droit sacré.

¹ Sur la distinction *domi-militiae*, Mommsen, *Staatsrecht* 1, p. 61-75.

² Karlowa, *Intra pomerium und extra pomerium*, 1896, p. 50-54.

³ Cf. Bonifacio, *Studi Arangio-Ruiz* II, p. 222.

⁴ Lugli, *Fontes ad topographiam veteris urbis Romae pertinentes*, 1, p. 121.

Le dogme de l'unité de *l'imperium* simplifie les choses⁵. D'après lui, le roi exerçait le même pouvoir dans la ville et hors de celle-ci. *Domi* et *militiae* sont des locatifs. Dans cette perspective, *domi* peuvent intervenir des actes aussi civils (comme la justice) que militaires (comme le triomphe ou la résistance à un siège). Il ne faudrait pas distinguer entre un pouvoir civil et un pouvoir militaire : le même *imperium* se manifesterait aussi bien *domi* que *militiae*. Cette vision dogmatique est ruineuse. Elle anéantit la dualité fondamentale du pouvoir civil et militaire. Elle oblitère les catégories de guerre et de paix qui fixent le rythme aussi bien de la vie publique que de la religion et séparent dans le panthéon romain les divinités guerrières comme Mars des divinités pacifiques comme Ops.

Dans le dogme de l'unité de *l'imperium*, la distinction des compétences *domi* et *militiae*, inconnue sous la royauté, serait l'œuvre de la constitution républicaine. La République apporta *domi* des restrictions à la compétence des magistrats, et ce sont ces restrictions seules qui auraient introduit par voie légale, abstraction faite du droit sacré, la séparation de la compétence urbaine et de la compétence militaire. L'annalité de la magistrature interdit la prorogation de *l'imperium domi*. Seul *l'imperium militiae* peut être prorogé, lequel s'exerce seulement hors du *pomerium*. L'attribution extraordinaire de *l'imperium* à un *privatus* (le *privatus cum imperio*, selon une formule d'ailleurs non romaine) ne concerne que le pouvoir militaire hors les murs. L'intercession collégiale a pour domaine d'élection *l'urbs* et sa banlieue immédiate. Il en va de même de l'intercession tribunitienne. La *provocatio ad populum* contre les sentences capitales du magistrat n'est possible que jusqu'à la première borne milliaire. Il est exact que toutes ces règles sont républicaines, et elles ne sont pas nées d'un coup avec la République elle-même. L'intercession collégiale a sans doute mis un certain temps à s'établir⁶. L'intercession tribunitienne a vu ses manifestations s'élargir progressivement. Et la *provocatio* d'après l'opinion la plus probable n'est née qu'avec la loi Valeria de 300, à moins de lui prêter des précédents coutumiers par rapport à cette date.

Sur un point précis, on voit achopper le dogme de l'unité de *l'imperium* : c'est le régime constitutionnel de la zone qui sépare le *pomerium* de la première borne milliaire. Dans cette zone la *provocatio* et l'intercession tribunitienne ne s'exercent pas uniformément : elles paralysent le pouvoir civil jusqu'à la première borne, mais sont inoppo-

⁵ La pensée de Mommsen sur ce point a été aggravée par Leifer, *Die Einheit des Gewaltgedankes im römischen Staatsrecht*, 1914.

⁶ Cf. Frezza, *Studi Solazzi*, p. 507-542.

sables au général qui a pris les auspices de départ⁷. Ce double régime de la *provocatio* et de l'intercession tribunitienne, selon que le pouvoir est civil ou militaire, est la meilleure preuve que ce sont deux pouvoirs fondamentalement distincts. Ils ont des zones différentes, la ville et l'*ager*, mais ils ont aussi une zone commune, celle qui sépare le *pomerium* de la première borne, par suite de l'extension de la compétence *domi* jusqu'à cette limite en raison de l'accroissement de la banlieue. Dans cette zone commune, l'un est soumis aux restrictions républicaines et l'autre pas, pour cette simple raison qu'ils sont d'essence différente.

Cette dualité du pouvoir civil et militaire se reflète dans le droit des auspices. Les *auspicia urbana* relèvent en général de la compétence urbaine et font défaut en principe aux promagistratures. L'*ager Romanus* a d'autres auspices; les augures le définissent comme un secteur auspicial qu'ils mettent en tête de la hiérarchie des divers types d'*agri*: Varro 1.1.5, 33, *ut nostri augures publici disserunt, agrorum sunt genera quinque: Romanus, Gabinus, peregrinus, hosticus, incertus*. Par un privilège particulier, l'*ager Gabinus* a les mêmes auspices que l'*ager Romanus*: *quod uno modo in his servantur auspicia*. L'*urbs* et l'*ager* ont respectivement des auspices qui leur sont propres⁸. De même, sur ces deux secteurs, la ville et la campagne, s'exercent des *imperia* opposés, civil et militaire. Le droit constitutionnel et le droit sacré se rejoignent et on a tort de les tenir à distance. Les pouvoirs *domi* et *militiae* correspondent à des espaces qui ont des statuts religieux indépendants. La topographie constitutionnelle recouvre la topographie sacrale. La ligne de partage est elle-même religieuse, le *pomerium*.

Les deux espaces concentriques de l'*urbs* et de l'*ager Romanus* ont en commun d'être des *loci effati et liberati* (Cic. *leg.* 2, 21). Mais ce qui les distingue, c'est que l'*urbs* seule est en outre un lieu inauguré. Et c'est cette inauguration qui lui confère un statut particulier, tant au point de vue religieux qu'au point de vue constitutionnel.

On a parfois cru que l'*ager effatus et liberatus* était une bande circulaire de terrain entre l'*urbs* et l'*ager Romanus*, si bien qu'il existerait trois zones concentriques. En réalité, une saine lecture des textes. (Gell. 13, 14, 1; Serv. *Aen.* 6, 197; Varro 1.1.6, 53) montre que l'*ager effatus* s'identifie avec l'*ager Romanus antiquus*; il n'existe que deux zones qui s'emboîtent l'une dans l'autre, l'*urbs* et l'*ager Romanus*⁹.

⁷ Liv. 24, 9, 2; Ap. *BC* 2, 31; *DH* 8, 87; Mommsen, *Staatsrecht* 1, p. 70.

⁸ Voir aussi: Varro 1.1.6, 53; Serv. *Aen.* 6, 197 *ager, post pomeria, ubi captabantur auguria, dicebatur effatus*. Cf. Karlowa, *cit.*, p. 10-11.

⁹ Magdelain, *Recherches sur l'imperium*, p. 59, 5.

L'effatio est la délimitation augurale par la parole; la *liberatio* est l'élimination des servitudes religieuses qui grèvent le sol. Elles ne s'appliquent pas seulement à *l'urbs* et à *l'ager*, mais aussi aux *templa*. Le *templum* est lui aussi un *locus liberatus et effatus* (Serv. Aen. 1, 446). Pour lui à l'intérieur de *l'urbs* on a raison de penser que la *liberatio* est la désacralisation du lieu, principalement par *l'exauguratio* des sanctuaires préexistants. Tel fut le cas du temple de Jupiter Capitolin, dont la fondation requit l'élimination de divers sanctuaires (Liv. 1, 55). Mais à propos de *l'urbs* et de *l'ager Romanus* la *liberatio* est autre chose. Il ne s'agit guère au moment de la fondation d'exaugurer des édifices cultuels ou une ville antérieure (sur *l'exauguratio* des villes Serv. auct. Aen. 4, 212). La *liberatio* tend simplement à expulser du sol tous les esprits turbulents et malfaisants qui le hantent, comme l'a bien compris K. Latte¹⁰. Selon un lieu commun de la littérature latine les lieux sauvages (grottes, sources etc.) sont peuplés de *numina*¹¹. Le rite augural fait place nette pour permettre l'installation de l'homme dans *l'urbs* et *l'ager* à l'intérieur de limites précises.

Cet animisme coexiste chez les anciens Romains avec un panthéon de dieux personnels, dont les principaux sont groupés dans la triade archaïque Jupiter, Mars, Quirinus. Ces deux types de croyance ne s'excluent pas. La langue augurale a un terme technique, souvent mal compris, pour désigner les lieux sauvages occupés par des esprits innommés, c'est le mot *tesca* (Varro 1.1.7, 8)¹². Des glossographes critiqués par Varron expliquent *tesca* par *sancta* dans le sens de lieux consacrés. *Id est falsum*, dit-il (7, 10). Festus (488 L) cite différents auteurs qui sont d'accord sur le sens d'*aspera*, *difficilia aditu*, *deserta* etc. Varron définit correctement *tesca* comme des lieux champêtres hantés par une divinité : 1.1.7, 10 *loca quaedam agrestia, quae alicuius dei sunt, dicuntur tesca*.

A cet ordre d'idées appartient la célèbre prière, rapportée par Caton (*agr.* 139; cf. Plin. NH. 17, 267), qu'il convient d'adresser avec l'accompagnement du sacrifice d'un porc à la divinité d'un *lucus*, dans lequel on est sur le point d'ouvrir une clairière à l'intérieur d'un domaine privé. L'invocation «*si deus, si dea es, quoniam illud sacrum est*» fait appel à une divinité dont on ignore

¹⁰ Latte *Kl. Schrift.* 103; *R. Religionsgeschichte* p. 42; Magdelain, *REL*, 47, p. 266.

¹¹ Fugier, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, 1963, p. 69-87.

¹² Magdelain, *REL*, 47, p. 263.

à la fois le nom et le sexe¹³. Le même rite est ensuite répété, si on désire cultiver le sol (*agr.* 140). Ces prescriptions contenues dans un traité d'administration rurale devaient être d'une application assez fréquente¹⁴.

L'urbs et *l'ager* ont la même condition de *loci effati et liberati*, qui à l'intérieur de leurs limites sont débarrassés des esprits encombrants. Mais *l'urbs* n'est pas seulement un *locus effatus et liberatus*. A l'intérieur du *pomerium*, elle possède une qualité qui la distingue de *l'ager* qui l'entoure : elle est par surcroît un lieu inauguré.

Le mot *inaugurare* (ou *augurare*), insuffisamment étudié, possède divers emplois. Parfois il désigne d'une manière générale l'activité des augures, sans apporter par lui-même de précision technique¹⁵. Quand il a au contraire une valeur technique, il désigne le rituel par lequel on inaugure soit un prêtre (par ex. les flamines majeurs), soit un lieu. Mais quand il est question d'*inaugurare locum* (Cic. *Vatin.* 24, *domo* 137; Serv. *Aen.* 7, 174, etc.), un doute a longtemps subsisté¹⁶, qu'il convient d'éclaircir. En fait, ou bien l'activité des augures se borne à la *liberatio et effatio* du lieu, ce qui paraît être le cas du *templum* où l'on observe le vol des oiseaux; ou bien, s'il s'agit d'un édifice cultuel, le rite de *liberatio et effatio* paraît complété par une prise d'auspices, destiné à l'approbation divine du lieu, le tout étant parachevé plus tard par le rite de la consécration (Serv. *Aen.* 1, 446). Cette auspication, mal assurée dans la science contemporaine, est bien attestée pour Jupiter Capitolin (Serv. *Aen.* 9, 446; Liv. 8, 5, 8 *in tuo, Jupiter, augurato templo*), et se déduit pour les temples des autres dieux (sinon celui de Vesta, Gell. 14, 7, 7) par le rite auspicial inverse de *l'exauguratio* qui les désaffecte (Liv. 1, 55, 2-3; Fest. *nequitum* 160 L; DH 3, 69, 5).

¹³ On trouve une formule analogue dans les *Acta* des Arvales pour l'année 183 ap. J.-C. : *sive deo sive deae, in cuius tutela hic lucus locusve est*. Cf. Gell. 2, 28, 3; Liv. 7, 26, 4.

¹⁴ On a raison de penser que la fonction primitive du *pontifex* se rattache à ce type de croyance : il trace un *pons*, c'est-à-dire chemin selon la valeur indoeuropéenne du mot, à travers les espaces sauvages, pleins de forces hostiles, notamment à l'occasion des expéditions guerrières (Latte, R. *Religionsgeschichte*, p. 196, 1; cf. Dumézil, *Religion r. archaïque*, 1974, p. 574).

¹⁵ Wissowa, *Religion und Kultus*, p. 524, 1; 528, 3; *RE*, II, 2325; cf. L. Iulius Caesar ap. *Grammatici* Keil 11 p. 380 *certainae res augurantur*.

¹⁶ Wissowa, *RE*, II, 2338; Magdelain, *Recherches sur l'imperium*, p. 60.

Un lieu simplement délimité par les augures mais non approuvé par une auspication¹⁷, est dit inauguré au sens large du mot¹⁸. Il existe différentes variétés de lieux délimités de la sorte : l'*ager Romanus antiquus* (= *ager effatus*), *auguraculum* de l'*arx* (Varro 1.1.7, 8) où officient les augures, et d'une manière générale le *templum* où intervient l'observation des oiseaux. Mais le mot *inaugurare* n'a sa pleine valeur technique que si la délimitation faite par les augures est accompagnée de l'approbation auspicielle du lieu, comme c'est le cas pour les temples.

Pour eux, l'exigence d'une auspication approuvant leur emplacement (effectuée peut-être sur celui-ci même, préalablement délimité) est confirmée par l'adjectif *augustus*, qui les qualifie dans divers textes, selon un emploi typiquement augural du mot, confirmé par son étymologie¹⁹. Un *locus augustus* est un lieu approuvé auspiciellement : Paul. Fest. 2 L *augustus locus sanctus... quia ab avibus significatus est*. Dans la définition de Suétone : *Aug. 7 quod loca quoque religiosa et in quibus augurato quid consecratur augusta dicantur*, malgré un emploi assez lâche de *religiosus* (terme appliqué techniquement aux tombeaux), le rite auspicial est correctement distingué de celui de la consécration subséquente (par le rite de la *dedicatio*)²⁰. Il est possible que des non spécialistes n'aient pas clairement perçu à propos des *templa augusta* (Liv. 1, 29, 5) si cette qualité leur venait d'une *auspicio* ou de leur dédicace. Dans la rigueur du droit sacré, la première solution corroborée par l'étymologie est seule à retenir ; le *templum* est *augustum*²¹, parce qu'il a fait l'objet d'une inauguration au sens précis du mot, c'est-à-dire d'une approbation auspicielle qui double la *liberatio et effatio*.

¹⁷ Sur la *curia Hostilia*, Gell. 14, 7, 7; Varro 1.1.7, 10 (le sénat ne peut se réunir que dans un *templum*, auguralement délimité, mais pas nécessairement consacré).

¹⁸ Liv. 3, 20, 6 *augures iussos adesse ad Regillum lacum... locumque inaugurari, ubi auspicio cum populo agi posset*; Cic. *domo* 137 *in templo inaugurato*; cf. Catalano, *Diritto augurale*, 1960, p. 289. Particulièrement significatif Serv. auct. *Aen.* 3, 463 *loca sacra, id est ab auguribus inaugurata, effata dici*.

¹⁹ Thes. 1.1.v. *Augustus* II, 1379-1380.

²⁰ Moins correctement Ovide écrit : *Fast.* 1, 609 *augusta vocantur templa sacerdotum rite dicata manu*, car il ne retient que la dédicace et sous-entend les auspices. Cf. Servius, *Aen.* 7, 153 *augurio consecrata (moenia)*; *Georg.* 4, 228 *tectum augurio consecratum*.

²¹ Pour d'autres considérations sur le mot *augustus*, Wagenvoort, *Roman Dynamism*, 1947, p. 12 suiv.; Erckell, *Augustus, Felicitas, Fortuna*, 1952.

L'inauguration de *l'urbs*, très fortement attestée²², est placée par la légende romuléenne sous le signe miraculeux des douzes vautours²³. Comme la demeure des dieux (les *templa augusta*), *l'urbs* est à la fois un *locus liberatus et effatus*, et en outre un lieu inauguré. Bien entendu, le rite supplémentaire de la *dedicatio*, qui réalise la consécration d'un temple à un dieu, fait ici défaut.

Un long passage des Annales d'Ennius (77-96 Vahlen), souvent commenté par les philologues²⁴, mais négligé par les juristes, fournit un commentaire fort perspicace du rite de *l'inauguratio urbis*. Il n'y a pas lieu de s'attarder à certaines particularités du récit du poète. Il place Romulus sur l'Aventin, au lieu du Palatin, au moment des auspices primordiaux, contrairement à la version devenue canonique²⁵. De même Ennius évite de parler de vautours, qui sont tenus habituellement pour des oiseaux défavorables, mais de : *ter quattuor corpora sancta*. Ce trait ambigu de la légende romuléenne est ainsi écarté, et divers savants se demandent s'il ne faut pas le ranger parmi les éléments antiromains qui s'introduisirent dans cette légende, sans qu'ils puissent après sa stabilisation en être expulsés²⁶. Des aigles, l'animal préféré de Jupiter, auraient fait meilleure figure. Dans le monde grec et italique, il est fréquent qu'une fondation de ville soit associée à l'intervention miraculeuse d'un animal ou oiseau (ainsi une truie blanche pour Albe, un faucon pour Capoue)²⁷. Le signe des douzes vautours, pour Rome se distingue de ce groupe de présages, en ce qu'il relève typiquement de la science augurale. Romulus intervenant comme

²² *Fasti Praen.* 23 mars : *Romulus urbem inauguraverit*, Liv. 1, 18, 5 *augurato urbe condenda*, Lugli, *Fontes* 1, p. 23 suiv.; VIII p. 26 suiv.

²³ Lorsque Tite-Live 1, 44, 4 déclare que le tracé du *pomerium* a lieu *inaugurato*, cette inauguration présentée de façon équivoque peut prêter à confusion (cf. Catalano, *cit.* p. 306) : partout ailleurs c'est *l'urbs*, non le *pomerium*, qui est inaugurée.

²⁴ Pease, *M. Tulli Ciceronis de Divinatione*, 1963, p. 292-297; O. Skutsh, *Studia Enniana*, 1968, p. 62-85; Jocelyn, *Proceedings of the Cambridge philological Society*, 1971, p. 44-74.

²⁵ Un passage de Servius (*Aen.* 3, 46 *Romulus captato augurio hastam de Aventino in Palatinum iecit quae fixa fronduit et arborem fecit*) adopte la même localisation qu'Ennius, et fait suivre l'auspication romuléenne du célèbre jet de la lance, qui fichée en terre se transforme miraculeusement en arbre. Ce jet de la lance doit être rapproché du rite du fétial et de celui qu'opèrent les généraux quand ils pénètrent en territoire ennemi (Varro ap. Serv. auct. *Aen.* 9, 52 *ut castris locum cape-re*). Dans la légende romuléenne le rite a une valeur différente, mais marque aussi une prise de possession du sol.

²⁶ Strasburger, *Zur Sage von der Gründung Roms*, S. B. Heidelberg Ak. Phil. hist. Kl. 1968; Jocelyn, *cit.* p. 52 suiv.

²⁷ Serv. *Aen.* 10, 145.

augur (Cic. *div.* 1, 107; cf. *div.* 1, 89 *reges augures*) et même *optimus augur* (*div.* 1, 3), il s'agit plus que d'un présage heureux, l'auspication romuléenne est une opération de droit sacré qui tend à conférer à l'*urbs* le statut de lieu inauguré.

Deux vers d'Ennius méritent une attention particulière :

*curantes magna cum cura tum cupientes
regni dant operam simul auspicio augurioque.*

L'expression *auspicium auguriumque*, employée pour définir l'activité rituelle des jumeaux, lorsqu'ils requièrent l'intervention de Jupiter, accouple deux mots que d'autres textes opposent ou qui, employés séparément, ont des domaines distincts.

L'*auspicium* est un attribut de la magistrature, il va de pair avec l'*imperium* pour les magistratures élevées, et l'on dit couramment dans les textes officiels *auspicium imperiumque*²⁸. Les auspices sont inséparables de l'exercice du pouvoir, lequel pour les actes les plus importants de la vie publique exige l'approbation de Jupiter, par exemple à l'instant de partir en guerre, de tenir une assemblée du peuple, une séance sénatoriale, de livrer une bataille. Le mot *auspicium* (*auspicia*) se prête à désigner tant le droit d'auspices, propre à la magistrature, que l'activité auspicielle elle-même. Les *auspicia publica* sont un monopole de la magistrature²⁹, ils sont *a populo accepta* (Cic. *div.* 2, 76). Les augures ne peuvent en principe (malgré une affirmation outrancière de Cicéron, *leg.* 2, 21, lequel a pour leur collègue une prédilection particulière)³⁰ se substituer aux magistrats dans l'exercice de cette fonction, à laquelle ils ne participent qu'à titre consultatif (*in auspicio esse*)³¹ ou pour l'annonce des signes oblatifs, c'est-à-dire non demandés (Cic. *phil.* 2, 83). Au contraire, les *auguria* des augures sont des rituels archaïques, dépourvus de valeur politique, dont le sens exact reste mystérieux. L'opposition des *auspicia* des magistrats et des *auguria* des prêtres correspond au partage de compétence entre la magistrature et le sacerdoce³².

Cependant, même si on fait abstraction des exégèses souvent déconcertantes que les antiquaires tardifs donnent de ces deux mots,

²⁸ RE, II, 2582; Versnel, *Triumphus*, 1970, p. 176, 313, 356.

²⁹ Varro ap. Non. 131 L *de caelo auspiciari ius nemini est praeter magistratum*.

³⁰ Wissowa R. K. p. 529, 7; Magdelain, *Hommages à J. Bayet* p. 441.

³¹ Ou sauf délégation expresse (Liv. 4, 48).

³² Varro 1.1.6, 82 *et quod in auspiciis distributum est qui habent spectionem qui non habeant; et quod in auguriis etiam nunc augures dicunt avem specere; 7, 8 in terris dictum templum locus augurii aut auspicii causa quibusdam conceptis verbis finitus*, Cic. *div.* 1, 28 *multa auguria, multa auspicia*. Sur ces textes, Wissowa, RE, II, 2580-81; Catalano, *Diritto Augurale*, p. 64.

les textes de bonne époque tendent souvent à brouiller au moins en apparence leur opposition, à vrai dire assez simple. Elle n'en subsiste pas moins, bien que certains savants tendent à la mettre en doute. Si les *auspicia* et *auguria* relèvent de deux compétences séparées, la magistrature et le sacerdoce, cette distinction radicale des deux mots d'un point de vue juridique cède la place dans d'autres textes à leur collaboration et, peut-on dire, à leur addition (*auspicium augurium-que*) au regard de la technique rituelle. Selon le point de vue, juridique ou sacré, ces deux mots s'opposent ou se cumulent.

Certes d'*augurium*, *augurari*, selon le sain emploi de ces mots il n'est question que pour les augures et non pour les détenteurs du pouvoir politique, si ce n'est pour les *reges augures*³³ (Cic. *div.* 1, 89 *omnino apud veteres, qui rerum potiebantur, idem auguria tenebant*). Inversement il est parfaitement correct de parler d'*auspicia* ou *auspicari* à propos des augures, sans que cela aille à l'encontre du monopole des *auspicia publica* au profit des magistrats : Paul. Fest. 17 L (*auguraculum*) *quod ibi augures publice auspicarentur*, Liv. 1, 18, 10. *tum peregit (augur) verbis auspicia quae mitti vellet* (à propos de l'inauguration de Numa); Varro 1.1.6, 82 *et quod in auguriis etiam nunc augures dicunt avem specere*³⁴. Les *auguria* comme les *inaugurationes*³⁵, bien que cela ait été parfois contesté à tort, requièrent une observation auspicielle, comme Dion Cassius (37, 24) le précise avec soin à propos de *l'augurium salutis*, et comme Varron le rappelle d'une manière générale : 1.1.6, 82 *in auguriis etiam nunc augures dicunt avem specere*. L'auspication des augures est une pièce essentielle de ceux de leurs rituels qui ont pour but de capter un signe divin. Le mot *auspicia* à ce propos a sa pleine valeur technique. Cela n'entame en rien l'exclusivité des *auspicia* politiques au profit des magistrats. L'activité auspicielle est commune aux magistrats et aux augures : aux *auspicia* des premiers comme aux *auguria* des seconds. Mais les *auspicia populi romani*, pris à l'occasion des principaux actes de la vie politi-

³³ Cf. Catalano, *cit.* p. 177, 180. Dans Cic. *har. resp.* 18 *rerum bene gerendarum auctoritates... augurio contineri* il s'agit des augures (trad. Willeumier, Belles Lettres; Lenaghan, *Commentary on Cicero's oration de haruspicum responso*, 1969, p. 107). Voir la paraphrase de Val. Max. 1, 1, 1 *bene gerendarum rerum auctoritates augurum observatione*. Chez Servius, *Aen.* 2, 178 l'emploi d'*auguria* est impropre : *si egressi male pugnassent revertentur ad captanda rursus auguria*. Cf. Catalano, *cit.*, p. 81, 180.

³⁴ Il est question en outre d'*auspicia* à propos des augures pour définir d'une manière générale leur science des signes divins, laquelle concerne aussi les auspices pris par les magistrats : Cic. *leg.* 2, 21 *signis et auspiciis postera videntur*; *nat. deor.* 1, 122 *auspiciis augures praesunt*.

³⁵ Varro 1.1.5, 47 *augures ex arce profecti solent inaugurare* (à partir de *l'auguraculum* de l'*arx*).

que, sont uniquement l'affaire des magistrats. D'un point de vue de technique rituelle (l'observation des signes divins), on peut parler aussi bien des *auspicia* des augures que des magistrats. D'un point de vue juridique, quand il s'agit de distinguer la compétence politique de la compétence sacerdotale, les *auspicia* des magistrats s'opposent aux *auguria* des prêtres, ces rites étant dépourvus de toute valeur politique.

Ce partage de compétence entre la magistrature et le sacerdoce est sans doute une nouveauté républicaine, puisque pour les Romains le roi est *rex augur* (Cic. *div.* 1, 89; Virg. *Aen.* 7, 190)³⁶; cette qualité est primordialement reconnue à Romulus, sans que cela signifie cependant que le roi soit membre du collège des augures, lesquels sont ses assistants. C'est la République qui, en scindant la magistrature du sacerdoce, a été amenée à opposer les *auspicia* des uns aux *auguria* des autres. Mais cette opposition purement juridique ne peut rien contre la commune observation des oiseaux par les magistrats et par les augures, si bien que le mot *auspicium* sous l'angle rituel relève des deux ordres. Et cela se manifeste dans les deux expressions : 1) *auspicium auguriumque*, qui résume chez Ennius l'activité de Romulus *augur*, avant même qu'il ne soit devenu *rex*; 2) *auspicium imperiumque*, qui définit officiellement les deux attributions du général en chef.

Le binôme *auspicium auguriumque*, qui n'a guère retenu l'attention que des philologues, n'est pas propre à Ennius. C'est une expression archaïque que l'on retrouve moyennant un renversement des termes chez Plaute *Asin.* 263 *ex augurio auspici(oque)* (Ernout)³⁷. Ailleurs le poète associe encore les deux mots sans toutefois les accoupler : *Stich.* 459 *auspicio hodie optimo exivi foras... augurium hac facit*. Le binôme reparait sous une forme légèrement différente chez Tite-Live à propos de la fondation de Rome : 5, 52, 2 *urbem auspicato inaugurato conditam habemus* (28, 28, 11 *urbem auspicato dis auctoribus* où *dis auctoribus* est une exégèse d'*inaugurato*) et au sein d'un discours dans un passage solennel sur la protection des dieux : 26, 41, 18 *auguriis auspiciisque*. Cette formule devait survivre dans la littérature latine, sans que l'on soit certain que son sens initial fût encore compris (Min. Felix 26, 4; Amm. 21, 1, 9). Il n'est pas indifférent de retrouver une combinaison des deux termes chez Paul. Fest. 58 L : *cubans auspicatur, qui in lecto quaerit augurium* (Serv. *Aen.* 4, 200). On n'est pas livré à l'arbitraire pour tenter de comprendre la formule *auspicium auguriumque*, qu'il faut tenir pour technique en raison de son archaïsme et de sa présence chez les premiers poètes, où elle se

³⁶ Catalano, *cit.*, p. 530, 549.

³⁷ *Ex augurio auspicii* codd.; cf. Flinck, *Auguralia*, 1921, p. 13.

présente comme un legs du plus lointain passé. Ce serait une erreur de voir en elle chez Ennius à propos de Romulus un cumul des fonctions auspicales du roi (ou magistrat), *auspicium*, et des augures, *augurium*, puisqu'elle reparait chez Plaute sans référence à la royauté ou magistrature. Elle ne renvoie pas à la distinction juridique des *auspicia* des magistrats et des *auguria* des augures. Il n'est pas plus heureux (avec Jocelyn cit.) de penser que les deux termes de cette formule se rapportent, lors de la fondation de Rome, à deux opérations augurales additionnées : la prise d'auspices et le tracé des *regiones urbis*, même si on admet que la *Roma Quadrata* fût divisée par deux axes perpendiculaires. Cette analyse ne se laisse pas non plus transposer chez Plaute. En réalité les mots *auspicium* et *augurium* font couple et doivent être entendus conformément à leur étymologie. L'*auspicium* est l'observation des oiseaux (*avis*), l'*augurium* est le signe qui est porteur d'un « accroissement » divin (*augere*), selon la signification première du mot encore parfaitement perçue par les Romains (Ovid. *Fast.* 1, 611 *huius et augurium dependet origine verbi et quodcumque sua Jupiter auget ope*, cf. Liv. 29, 27). Le signe répond à l'attente et fournit le potentiel demandé. Il y a collation par Jupiter et non constatation d'un potentiel déjà présent, selon une interprétation inexacte. Linguistes et historiens de la religion romaine, avec des nuances qui leur sont propres, sont en général d'accord sur cette valeur première de l'*augurium*, et retracent l'histoire du mot en remontant à la forme *augura* (pluriel archaïque) conservé chez Accius³⁸.

Une partie du mystère des *auguria* est aujourd'hui levé. Par leur rite auspicatoire (mis parfois à tort en doute), les augures obtiennent un accroissement dont bénéficie soit la végétation (*auguria vernisera, messalia*) soit la *salus* nationale (*augurium salutis*) etc. etc. De même, les auspices de Romulus *augur*, grâce au signe miraculeux des douzes vautours, ont assuré au sol urbain un potentiel divin, que l'on peut tenir pour une bénédiction en empruntant ce mot à une autre théologie. Et c'est en ce sens qu'il faut entendre que l'*urbs* est inaugurée. L'*augurium* (à l'origine *augur* d'après Accius) est l'accroissement octroyé par Jupiter à la végétation, à la *salus populi*, à la zone intrapolymériale, et se confond dans l'esprit des Romains, dès le début de leur littérature, avec le signe auspicial qui le fournit. La formule technique *auspicium auguriumque* fait la somme de l'opération en associant à l'auspication (*auspicium*) le signe (*augurium*) qui apporte la grâce demandée.

³⁸ Ernout-Meillet, *Dict. v. augeo*, Dumézil, *Idées Romaines*, 1969, p. 80-102; Wagenvoort, *Roman Dynamism*, p. 12 suiv.; Latte, R. *Religionsgeschichte*, p. 67; Benvéniste, *Vocabulaire des Institutions Indo-européennes*, 1969, II, p. 150.

La pratique auspiciale des magistrats, qui le plus souvent (mais non toujours, *infra*) ne demandent que l'approbation d'un acte (par ex. la tenue d'une assemblée comitiale), a contaminé le sens des *auguria*, qui s'est profondément altéré. Pour certains d'entre eux, le rite auspicial n'a plus été compris que comme la demande d'une simple autorisation. Ainsi l'*Augurium salutis* n'apparaît plus que comme une sorte de divination, tendant à demander au dieu s'il permet que lui soit demandé le salut du peuple, cette prière ne pouvant lui être adressée sans autorisation préalable (Dio Cass. 37, 24; cf. Cic. *div.* 1, 105 *addubitato salutis augurio*)³⁹. Cette interprétation du signe auspicial le dénature au point d'aboutir à un véritable non-sens, comme si une prière devait être autorisée de la même manière qu'une bataille. Le plus grave est la dévalorisation totale des auspices pris lors de la fondation d'une ville, désormais des colonies. Varron (1.1.5, 143), qui a présent à l'esprit l'exemple de ces dernières, *item conditae ut Roma*, perd complètement de vue le principe d'un potentiel divin incorporé au sol de l'*urbs*, pour ne plus parler que du choix d'un jour favorable, auspicialement approuvé (*auspicato die*) en vue du tracé du *pomerium*⁴⁰. L'insignifiance du rite auspicial pour les colonies récentes a terni sa signification première. Et Varron ne parvient à cette dépréciation des auspices initiaux d'une ville que parce que pour Rome, à la manière de divers auteurs relativement récents (Ovid. *Fast.* 4, 810-837; D. H. I., 86; 88), il dédouble sans doute les auspices romuléens, en distinguant le signe prestigieux des douze vautours, qui investit le fondateur, de celui qui plus modestement autorise le tracé du *pomerium*. La dénaturation des auspices de fondation rendit nécessaire ce dédoublement, car il était impossible de confondre le simple choix auspicial d'un jour favorable avec le miracle dont bénéficia Romulus (ainsi que plus tard Auguste). Et corrélativement les douze vautours ne furent plus interprétés que comme l'investiture du fondateur. Au lieu d'une bénédiction de la ville, il ne s'agissait plus que de celle du premier titulaire de l'*imperium*, dont le charisme servit de modèle à tous les détenteurs successifs du même pouvoir (sans qu'il y ait à parler de transmission, mais de renouvellement d'ailleurs atténué à chaque entrée en charge).

Dans ses Annales, Ennius conserve aux auspices romuléens toute leur valeur, qui est double. Les *ter quattuor corpora sancta* tranchent

³⁹ Dumézil (*Idées Romaines*, p. 98 note) remarque justement que « l'idée d'une demande d'autorisation de prière est totalement étrangère à la religion romaine, comme à la grecque, comme d'ailleurs à la védique ».

⁴⁰ Cic. *Phil.* 2, 102, *colonia quae esset auspicato deducta*; Hygin. 170 Lachmann *posita auspicaliter groma, ipso forte conditore praesente*. Cf. Hinrichs, *Die Geschichte der gromatischen Institutionem*, 1974, p. 78, 9; 81.

le débat entre les deux frères sur la collation de *l'imperium* (*uter esset induperator*) et en même temps inaugurent la ville, comme l'indiquent les derniers vers du fragment cité par Cicéron (*div.* 1, 107) :

*conspicit inde sibi data Romulus esse priora
auspicio regni stabilita scamna solumque*

Romulus l'a emporté (*data . . . priora*), il est devenu roi (*induperator*). De plus, le signe auspicial a « affermi » le sol de la ville qui reste à bâtir. *Scamna* (évidemment il ne s'agit pas d'escabeau ou de banc) ajoute selon un autre sens du mot à *solum* la nuance que la terre du Palatin est encore vierge⁴¹. Elle reçoit de Jupiter un « affermissement » (*stabilita*), qui la rend apte à devenir la *Roma Quadrata*, terme que connaît bien Ennius (*Fest.* 312 L). Le poète a défini avec bonheur l'accroissement ou potentiel divin conféré par *l'augurium*. Il se fait de l'inauguration de *l'urbs* une idée conforme au plus ancien droit sacré, appelée ensuite à dépérir.

Dans un autre passage des Annales, appartenant vraisemblablement à un discours de Camille contre le projet d'émigrer de Rome après la catastrophe gauloise, Ennius rappelle la date qu'il attribue à la fondation de Rome en désaccord avec la chronologie postérieure :

501 Vahlen

*Septingenti sunt, paulo plus aut minus, anni,
augusto augurio postquam incluta condita Roma est*

Cet *augustum augurium* est l'écho de la formule *auspicium auguriumque* qui définissait au début des Annales les auspices primordiaux. Dans ce redoublement, à résonnance étymologique, du nom et de l'adjectif d'un type assez fréquent dans la poésie de ce temps (*Nae-vius trag.* 35 *acrem acrimoniam*; *Plt. Capt.* 774 *amoenitate amoena*; *Epid.* 120 *pretio pretioso* etc.)⁴², il y a plus qu'un effet esthétique et autre chose qu'un pléonasme. Sans ce jeu de mot étymologique, mais selon un rapprochement aussi frappant de termes de la langue augurale, Cicéron (*Mil.* 43) appelle *illa augusta centuriarum auspicia* les auspices du *comitiatus maximus*. *L'augurium* romuléen est *augustum*, parce qu'il est chargé du potentiel divin qui va s'incorporer au sol urbain⁴³. *L'augurium* est le moyen qui va transformer Rome en *locus augustus*, selon l'expression technique qui désigne un lieu *ab avibus significatus* (*Paul. Fest.* 2 L), définition dans laquelle le mot *significare* a sa pleine valeur sacrale, propre aux signes divins, telle qu'elle appa-

⁴¹ Sur cette valeur du mot, *Colum.* 2, 2, 25; *Plin. NH* 18, 179; voir Jocelyn, *cit.*, p. 74.

⁴² Jocelyn, *cit.*, p. 48.

⁴³ Jocelyn, *cit.*, p. 49.

rait aussi à propos de l'examen des *exta*⁴⁴. L'*augurium* est *augustum* en ce sens qu'il rend *augustus* le lieu inauguré.

De lieu inauguré, au sens technique du mot, on connaît deux variétés essentielles : les demeures des dieux (*templa augusta*, supra), marquées d'un signe auspicial, auquel s'ajoute la *dedicatio*; et l'*urbs*, pour laquelle il n'est pas question de *dedicatio*, parce qu'elle n'est « consacrée » au sens propre du mot à aucune divinité. Cependant l'*urbs* n'est pas un *templum*, comme on l'a longtemps cru abusivement selon une interprétation qui tend aujourd'hui à être abandonnée. La division dite servienne (donc non primordiale) de Rome en quatre régions ou tribus, selon des lignes plus ou moins sinueuses, ne correspond pas aux axes perpendiculaires du *templum* qui sert à l'observation des oiseaux⁴⁵.

Au contraire l'*ager Romanus antiquus*, s'il est comme l'*urbs* un *locus liberatus et effatus*, n'est pas un *locus augustus*, il n'a pas été inauguré comme elle. Il a été simplement délimité (*effatus*) et débarrassé des esprits malfaisants (*liberatus*) qui l'habitaient. C'est tout ce qu'il a de commun avec l'*urbs*. Elle seule a été dotée de la grâce particulière des auspices romuléens, qui fortifient son sol selon le mot juste d'Ennius. Ces deux zones concentriques sont également des *loci liberati et effati*, dont la pureté est maintenue par des lustrations homologues : l'*Amburbium* autour de Rome *circum terminos urbis* (Paul. Fest. 5 L) et les *Ambarvalia* le long des bornes de l'*ager antiquus*, dont on finit par se dispenser de faire le tour complet (Strab. 5, 3, 2-230). Mais l'*urbs* par surcroît est un lieu inauguré, c'est-à-dire selon la définition de Festus (2 L) un *locus augustus . . . significatus ab avibus*. Entre l'*urbs* et l'*ager*, passe la différence de l'inauguration, qui fait de la ville à l'intérieur du *pomerium* une zone élue de Jupiter au sein de son territoire.

Pour préserver l'intégrité de ce sol auspicalement privilégié, le droit sacré prescrit des interdits écartant des souillures qui sont rejetées sur l'*ager* au delà du périmètre poméral. Les morts sont exclus, sans qu'il y ait à distinguer l'incinération de l'inhumation (*XII T.* 10, 1; *lex Urson.* 73-74), moyennant des exceptions théoriques, difficiles à vérifier, au profit des Vestales, des triomphateurs et dans les temps les plus reculés de quelques grandes familles comme les Valerii⁴⁶.

⁴⁴ Forcellini, *Lexicon* v. *significo* § 2.

⁴⁵ Les axes du *templum* auspicial apparaissent clairement dans l'*auguraculum* découvert récemment à Bantia (Torrelli, *Rend. Acc. Lincei*, 1966, p. 293-315; 1969, p. 39-48) sous la forme de cippes. Le *templum* auspicial est simplement un *locus liberatus et effatus*. Le *templum* qui sert de demeure à un dieu l'est également, mais il est en outre inauguré auspicalement et enfin consacré par *dedicatio*.

⁴⁶ Plut. *Public.* 23, 5; QR 79; cf. Rose, *Roman Questions* p. 202.

Les tombes du forum datent de l'époque préurbaine. L'armée ne pénètre pas dans la ville, parce qu'elle est associée au tabou de la mort. Quand Rome eût à soutenir un siège (thème sur lequel l'annalistique est particulièrement discrète), le boulevard pomérial interne assurait aux défenseurs l'espace nécessaire à leurs opérations entre les fortifications et l'*urbs* proprement dite, qui ne commence qu'après la ligne du *pomerium*. Le triomphe apporte une dérogation exceptionnelle à l'interdit guerrier, quand le général en chef vainqueur accompagné de son armée vient au Capitole rendre grâce à Jupiter. Mais le passage par la *porta triumphalis* (dont l'emplacement reste incertain, peut-être sur la ligne pomériale elle-même)⁴⁷ purifie les combattants, selon un rite semblable à celui du *tigillum sororium* au profit d'Horace vainqueur et assassin. A l'origine les couronnes de laurier des soldats, avant de devenir un symbole de victoire, avaient pour fonction de les *purgare a caede* (Paul. Fest 104. L).

Ce qui est vrai de l'armée l'est aussi des comices centuriates qui lui sont assimilés, selon la fiction que les centuries du système des 5 classes sont des unités tactiques, ce qui est d'ailleurs militairement inexact. Cette assemblée, dite *exercitus urbanus* (Varro 1.1.6, 93), se tient sur le Champ de Mars, et il est *nefas* de la réunir *intra pomerium* (Gell. 15, 27, 5). Pour la même raison, Mars dieu de la guerre a son autel *in Campo* et son temple dédié en 388 *extra portam Capenam*, d'où partait la parade de la *transvectio equitum*. Cependant, le culte de ce dieu n'est pas uniquement extra-urbain, il a au forum dans la *Regia* un *sacrarium* servant au dépôt de ses fétiches, lances et boucliers, qui seraient difficiles à conserver hors de la ville à l'époque archaïque⁴⁸.

Le tabou de la guerre s'étend aux ambassadeurs des peuples ennemis; ils sont reçus, si le sénat leur accorde une audience, hors du *pomerium*. En principe, l'état de paix est requis pour que les *legati exterarum nationum* soient admis dans la ville, ou près du *comitium* le local appelé *graecostasis* leur fût affecté, lorsque Rome entra en contact avec la Grèce⁴⁹.

De même la zone intrapomérial est réservée aux dieux nationaux, et à l'époque archaïque les divinités étrangères n'y ont pas accès, même lorsqu'elles ont été «évoquées», comme par exemple

⁴⁷ Coarelli, *Dial. d'Arch.* 1968, p. 55-103; Lingby, *Opuscula Rom.* VIII, 1974, p. 43-47.

⁴⁸ Sur un passage délicat de Saint Augustin (*Civ. Dei* 4, 23), où il est question d'un sanctuaire archaïque de Mars au Capitole, voir Scholz, *Markult und Marsmythos*, 1970, p. 21. Mais ce témoignage isolé est fort peu sûr : Dumézil, *Religion romaine archaïque*, 1974, p. 210, 2.

⁴⁹ Magdelain, *Recherches sur l'Imperium*, p. 63.

Junon de Veies qui réside sur l'Aventin⁵⁰. Cependant la discrimination fléchit avec les bouleversements de la guerre hannibالية, notamment au profit de Vénus Erycine dont l'aspect « préromain » dans les termes de la légende troyenne facilita l'accès à l'intérieur du *pomerium* sur le Capitole.

Le même interdit qui écarte de la ville la mort, l'armée, l'ennemi, rend compte du partage du pouvoir entre *l'imperium domi* purement civil et *l'imperium militiae*⁵¹. Cette dualité n'est pas le produit de la République, qui aurait scindé le pouvoir à l'origine unique du roi pour soumettre la compétence urbaine des magistrats à des restrictions constitutionnelles (*provocatio*, intercession), alors que le général en chef au sortir de la ville dispose d'un pouvoir absolu. La distinction du pouvoir civil et militaire est aussi vieille que *l'urbs*, dont le sol inauguré ne tolère que le premier et exclut le second au même titre que l'armée elle-même.

Les deux pouvoirs civil et militaire correspondent à deux zones distinctes en droit sacré, *l'urbs* et *l'ager*. Aussi ces deux pouvoirs s'acquièreient-ils par des auspications différentes : le pouvoir civil par les auspices d'entrée en charge, le pouvoir militaire par les auspices de départ au Capitole. La loi curiate est l'autorisation comitiale donnée au magistrat d'obtenir auspicialement de Jupiter chacune de ces deux investitures. C'est pourquoi Cicéron déclare qu'elle a été conservée *auspiciorum causa* (*leg. agr.* 2, 27). Autrement dit elle confère au magistrat le droit de prendre les auspices publics, ce qui met un point final à la dialectique fastidieuse qui tendait par un cercle vicieux à faire dépendre le droit d'auspices d'une auspication, ne pouvant dès lors être prise que par le prédécesseur ou un augure.

Que les auspices d'entrée en charge soient une investiture sacrale du pouvoir civil, c'est ce que dit clairement Denys d'Halicarnasse (2, 6) usant, d'une source excellente : ils homologuent l'acte d'ἀρχὰς λαμβάνειν. Que les auspices de départ confèrent *l'imperium militiae*, on l'apprend aussi bien de Cincius dans son *liber de consulum potestate* (Fest. 276 L) à propos de *l'addictio* par les oiseaux du général romain sur le point de prendre le commandement de l'armée de la ligue latine à sa descente du Capitole, que de la loi de l'autel de Narbone rappelant que le 7 Janvier 43 Octave à Spolète *imperium... auspicatus*

⁵⁰ Sur le cas de Castor, Schilling, *Hommages à G. Dumézil*, p. 177-192.

⁵¹ Les opérations de levée de soldats au Capitole relèvent topographiquement et juridiquement de la compétence *domi*, le magistrat n'ayant pas encore pris les auspices de départ, nécessaires à l'exercice du commandement militaire. Cf. Walbank, *Commentary on Polybius*, 1 (1957) p. 699.

est, c'est-à-dire reçut de Jupiter l'*imperium* proprétorien (FIRA III n. 73). *Auspicari* a ici son sens plein et non celui d'*incipere*⁵².

L'*imperium* militaire n'est pas permanent comme la compétence urbaine qui a la même durée que la magistrature, autrement dit un an. Il ne s'acquiert que par la cérémonie du départ et il expire au retour du général, quand il franchit le *pomerium*, ce passage l'éteignant de plein droit. Cette règle bien connue pour les pro-magistrats s'impose de la même manière aux magistrats, qui eux aussi évitent de pénétrer dans l'*urbs* pour ne pas perdre leur pouvoir de commandement aux armées (Liv. 24, 7, 11; 24, 9, 2). Dans les deux cas le passage du *pomerium* produit le même effet au seuil du sol inauguré de l'*urbs*.

Il s'ensuit que chaque fois que le magistrat veut exercer hors de la ville une fonction relevant de la compétence militaire, comme la présidence des comices centuriates, il doit prendre les auspices avant de franchir le *pomerium*. C'est ce qui résulte d'une anedocte arrivée au consul Tib. Gracchus en 163 qui au cours d'une assemblée centuriate, présidée par lui, revint brusquement à Rome pour consulter le sénat et à son retour vers le Champ de Mars omit de prendre les auspices avant de franchir le *pomerium* en quittant la ville, ce qui vicia les élections populaires⁵³.

L'expression officielle *auspiciū imperiūque*, qui apparaît sur les inscriptions des généraux victorieux⁵⁴, n'embrasse pas l'ensemble de la magistrature en mettant côte à côte le pouvoir sacral (droit d'auspices) et l'*imperium* sous toutes ses formes, civile et militaire; et encore moins renvoie-t-elle pour le premier à l'auspication d'entrée en charge et pour le second à la loi curiate⁵⁵. Cette formule est typiquement militaire et combine les auspices de guerre, acquis au Capitole, avec le commandement en chef aux armées. Prise dans un sens banal⁵⁶, elle désigne le pouvoir suprême en campagne sous ses deux aspects, sacral d'abord, juridique ensuite. Dans cette formule d'origine archaïque, le lien entre ses deux termes est très étroit, elle met côte à côte le pouvoir et sa source: les auspices de départ ont obtenu au profit du général la collation jupitérienne de l'*imperium*. Et c'est

⁵² Cf. Val. Max. 8, 15, 8 *honorem auspicatus*; 4, 4, 1.

⁵³ Lugli, *Fontes* 1, p. 118; Karlowa, *Intra pomerium*, p. 11. Seuls certains interprètes de cet incident (et non Mommsen) ont perçu l'exigence rituelle qui l'explique. Sur sa signification juridique, Magdelain, *Recherches sur l'Imperium*, p. 47-48.

⁵⁴ CIL 1, 626 = ILL RP 122 = *Anthologia Latina* (Bücheler) 3 [Mummius]; Liv. 40, 52, 5 [L. Aemilius Regillus]. Voir Wissowa, *RE*, II 2582.

⁵⁵ Mommsen, *Staatsrecht* 1, p. 76.

⁵⁶ Versnel, *Triumphus*, 1970, p. 177.

pourquoi dans la version correcte, *l'auspicium* est mis en tête : la cause précède l'effet.

Le binôme *auspicium imperiumque*, qui résume les prérogatives sacrales et juridiques du général en chef, doit être rapproché du binôme *auspicium auguriumque*, qui chez Ennius (Ann. 78 Vahlen) définit l'activité rituelle de Romulus (et Rémus) lors de la fondation de Rome. Dans les deux formules, le premier terme, *auspicium*, qualifie l'activité auspiciale et le second, *imperium* ou *augurium*, le résultat : pour le général c'est le commandement militaire, conféré auspicalement par Jupiter; pour Romulus c'est *l'augurium* ou signe divin qui inaugure *l'urbs* et fortifie mystiquement son sol (Ennius, Ann. 96 V. *stabilita scamna solumque*). Dans l'une et l'autre formule, *auspicium* est mis en tête; dans les deux cas le procédé rituel est le même; vient ensuite l'effet, diversifié selon le but poursuivi : *imperium* ou *augurium*.

Cependant dans la légende romuléenne *l'auspicium* primordial ne se présente pas avec simplicité. Chez Ennius, qui reflète un état plus ancien de la légende que les auteurs plus récents comme Ovide par exemple (*Fast.* 4, 810-840), les auspices primordiaux ont une double fonction : non seulement ils inaugurent *l'urbs* en donnant à son sol une vigueur d'origine divine, mais en tranchant le différend entre les deux frères ils assurent au profit du fondateur la dévolution du pouvoir. Les auspices romuléens sont pris comme prototype des auspices d'entrée en charge des magistrats républicains (DH 2, 5-6). Le consulat imite la royauté selon une filiation qui prend l'allure d'un dogme. L'enjeu entre les frères est : *uter esset induperator* (Enn. Ann. 83 V.). *Induperator*, terme assez fréquent chez ce poète, a dans ce vers un sens proche de *rex*, comme cela est fréquent dans la langue de son temps⁵⁷, où la naissante acclamation impériale est la réplique de l'acclamation des rois hellénistiques⁵⁸. Les dieux eux-mêmes reçoivent parfois la qualification d'*imperator* (ILL RP 192, *imperatoribus summeis*, à propos de la triade capitoline). Un autre vers d'Ennius précise une fois de plus l'enjeu de la compétition auspiciale : 88 V *utri magni victoria sit, data regni*⁵⁹; le vol des douze oiseaux apporte la réponse Ann. 95 V.

⁵⁷ Pacuvius (Warmington 318) appelle Jupiter *regnum imperator*.

⁵⁸ Kienast, *Zeit. d. Savigny Stift.* 1961, p. 403-421; Rawson, *J. Rom. Studies*, 1975, p. 154-155.

⁵⁹ Une pareille compétition intervient entre les consuls pour déterminer par les oiseaux lequel prendra le commandement de l'armée de la ligue latine (Fest. 276 L, où *complures* doit être corrigé en *consules*). Mais il serait exagéré de prétendre que telle fût le modèle du mythe des jumeaux.

*Conspicit inde sibi data Romulus esse priora
Auspicio regni stabilita scamna solumque*

Ainsi le même signe jupitérien a inauguré *l'urbs* (*stabilita*...) et donné la préférence à Romulus pour la dévolution du pouvoir (*data priora*). Ce cumul se répète en 43, quand Octave bénéficiant à son tour du même miracle des douze vautours à son accès au consulat fait figure de nouveau fondateur (Suet. Aug. 95 *augurium capienti*). Les auspices qui font acquérir *l'imperium domi* dans la légende romuléenne (*l'ager* n'est pas encore délimité), sont réputés être les mêmes qui font descendre sur *l'urbs* la sanctification de *l'augurium*⁶⁰.

Si la distinction du pouvoir civil dans *l'urbs* et militaire sur *l'ager* (et au-delà) est liée au premier tracé du *pomerium*, la formulation : *imperium domi* et *imperium militiae*, ne saurait revendiquer une très haute antiquité. Ceux qui pensent que le mot *imperium* a d'abord une valeur typiquement militaire⁶¹, ont sûrement raison : cela se vérifie dans l'expression *exercitum imperare* (Varro 1.1.6, 88)⁶². Le sens civil n'est venu que par surcoût. Reste à savoir comment dans les temps anciens on appelait la compétence urbaine. Une formule archaïque, pratiquement pas étudiée⁶³, *iudicium imperium* ou *imperium iudicium*, survit dans le style législatif (*lex repet.* 72; *lex agr.* 87) et chez certains auteurs où elle a le parfum du bon vieux temps (Sall. *Cat.* 29, 3; Cic. *leg. agr.* 2, 34). Elle embrasse de façon synthétique les attributions essentielles de la magistrature, en faisant la somme du pouvoir de commandement et de la juridiction. A la fin de la République, ses deux termes ne tolèrent aucune distribution topographique et restent conjoints à Rome et hors de Rome : Sall. *Cat.* 29, 3 *domi militiaeque imperium atque iudicium* (à propos du SC *ultimum*); Cic. *leg. agr.* 2, 34 *cum velint, Romae esse, cum commodum sit, quacumque velint*

⁶⁰ Plus loin au livre III des Annales Ennius à propos de l'avènement de Tarquin l'Ancien associe de nouveau la collation de *l'imperium* au sol sur lequel s'exerce l'autorité royale : Fest. 386 L *solum terram*. Ennius lib. III : *Tarquinio dedit imperium simul et sola regni*. *L'imperium domi* acquis à l'instant de l'investiture (*l'imperium militiae* n'est acquis que par les auspices de départ) est inséparable du sol urbain qui est son domaine. L'auteur de la collation dans le vers du poète est soit le peuple, que la tradition fait nommer ce roi (p. ex. Cic. *rep.* 2, 35), soit plutôt Jupiter comme pour Romulus et ensuite les consuls eux-mêmes (D. H. 2, 5-6), bien que divers savants refusent à tort aux rois étrusques de Rome la détention des auspices (Catalano, *Diritto Augurale*, p. 571; Gjerstad, *Early Rome* V p. 211-215).

⁶¹ Heuss, *Zeit. d. Savigny Stift* 1944, p. 57-133, même si tous les éléments de son argumentation ne sauraient être retenus.

⁶² Combès, *Imperator*, 1966, p. 31.

⁶³ Wlassak, *Judikationsbefehl*, 1921, p. 183.

summo cum imperio iudicioque rerum omnium vagari ut liceat conceditur. Pour mesurer la portée de cette formule dans l'ancien droit, il convient de rapprocher chacun de ses termes des deux qualifications archaïques du consul : *iudex* et *praetor*. *Iudex* se retrouve dans *iudicium*; et *praetor*, qualification du général en chef, dans *imperium*, terme militaire à l'origine. La juridiction archaïque s'exerçant dans la ville, *domi*, selon une règle qui survit dans les *iudicia legitima* de la procédure formulaire, d'autre part le commandement militaire étant extrapoméral, on n'a aucune peine à reconnaître dans le binôme *iudicium imperium* d'abord le pouvoir civil défini par sa manifestation la plus haute, la juridiction, ensuite le pouvoir suprême aux armées. Deux pouvoirs, l'un civil, l'autre militaire, deux secteurs, l'un *domi*, l'autre *militiae*, tout cela tient dans la même formule.

Une monnaie d'environ 70 av. J.-C. représente un roi légendaire de Rome, Tatius ou Numa, qu'elle appelle *iudex* (Sydenham n. 905; Crawford n. 404). On savait donc que ce titre avait été celui des rois avant d'être porté par les consuls, et on supposait qu'il remontait à une époque antérieure à la bipartition du procès civil, attribuée à Servius Tullius (DH 4, 25).

QUIRINUS ET LE DROIT

(*SPOLIA OPIMA, IUS FETIALE, IUS QUIRITIMUM*)

Quirinus¹ est devenu facilement l'enjeu des querelles qui divisent les historiens sur les origines de Rome. Sa personnalité, comme sa fête (*Quirinalia*), est mal connue, mais il fait partie de la triade précapitoline. Il n'y a pas à revenir sur la démonstration de Wissova² qui au début de ce siècle avait reconnu dans la série Jupiter, Mars Quirinus, non une association occasionnelle, mais un groupement organique qui se reflète dans celui des trois flamines majeurs, *dialis, martialis, quirinalis*, au sommet de la hiérarchie sacerdotale (Fest. v. *ordo sacerdotum* 198 L). Peu importe que cette triade n'ait pas un temple qui lui soit propre comme la triade capitoline. Elle reste actuelle sous la République de bien des manières et principalement dans le texte de documents officiels, comme la formule de la *devotio* du général en chef qui par sa mort sauve l'armée en péril (Liv. 8, 9, 6) ou le serment prononcé par le fétial à l'occasion d'un *foedus* (Pol. 3, 25, 6). Si les deux premiers dieux de cette triade, Jupiter et Mars, sont relativement transparents, Quirinus, le troisième, l'est beaucoup moins et son identification avec Romulus³, difficile à dater, n'a rien simplifié.

Dans cette association, chaque dieu a son rôle. Jupiter est souverain et confère au roi puis, sous la République, au magistrat supérieur la souveraineté, civile ou militaire, par le jeu des auspices d'investiture pour la première, et de départ pour la seconde⁴. Mars étend sa compétence sur la guerre. Sur Quirinus on discute. Ce n'est pas sans hardiesse qu'une figure divine mal dessinée est mise au service de schémas qui tendent à rendre compte de la naissance d'une ville. La science des origines est toujours suspecte, ici elle exploite à des fins oppo-

¹ Dernièrement sur ce dieu : G. Radke, *ANRW*, II, 17, 1, 1981 p. 276-299 ; Porte, *ibid.*, p. 300-342.

² G. Wissova *Religion und Kultus der Römer*, Munich, 1912, p. 23.

³ W. Burkert, *Hist.*, 1962, p. 356-376.

⁴ Voir mes *Recherches sur l'imperium*, Paris, 1968, chap. II.

sées des fragments apparemment conflictuels de la personnalité d'un dieu. Ses aspects guerriers, qui ne sont pas douteux, ses armes par exemple, ont contribué à faire dès l'antiquité de Quirinus un dieu de la guerre à la manière de Mars. D'après Varron (5, 74)⁵, il fut introduit à Rome par Titus Tatius. Aussi, comme il a pour siège cultuel le Quirinal, auquel le rattache l'histoire des mots, on le tient aujourd'hui pour un Mars sabin, à l'image du peuplement de sa colline. Une thèse, devenue canonique, n'a aucune peine après un tel départ à expliquer la genèse de la triade archaïque. A la suite, de la fusion des Romains et des Sabins au sein de la cité, Jupiter s'est associé dans une même trinité les deux dieux de la guerre des uns et des autres, Mars et Quirinus⁶. G. Dumézil s'est élevé avec énergie et un immense talent contre ces hypothèses, dans l'œuvre de toute une vie⁷. Il a neutralisé à sa manière ce que d'autres ont appelé «la légende sabine»⁸. Mais là n'est pas le plus important. Pour l'éminent comparatiste, les Romains ont conservé de leur préhistoire une structure idéologique qu'il retrouve chez d'autres peuples indo-européens. Leur théologie se répartit, à ses yeux, en trois fonctions qui fournissent une explication simple de la vieille triade. Jupiter souverain est «l'expression maximale du sacré», Mars gère la guerre, Quirinus la paix, la prospérité, l'abondance⁹. Et il est rejoint dans cette «troisième fonction» par d'autres divinités, comme Ops. Le principal argument pour interpréter Quirinus de la sorte est sa relation avec les grains, tout au long de leur carrière, d'abord sur tige, puis mis en réserve, enfin torréfiés.

On le voit, Quirinus est le support fragile de vastes théories. Elles ne parviennent pas à concilier tous les traits de sa personne, guerriers ou agraires; de l'une à l'autre, il est dieu de la guerre ou de la paix; mais, si ces hypothèses laissent dans l'ombre une part de ce qu'il est, elles veulent enfermer Rome tout entière dans un système soit ethnique (l'union latino-sabine), soit théologique (les trois fonctions). Il faut se méfier des doctrines qui expliquent tout, c'est une leçon de la philosophie contemporaine. Mais ce n'est même pas le cas : les théoriciens du Mars sabin ne savent que faire de son penchant pour les grains, alors que dans «l'idéologie tripartite des indo-européens» les dieux de la troisième fonction ont à Rome un chef de file qui a une

⁵ G. Wissowa, article *Quirinus* dans *Lexicon* de W. H. Roscher, c. 15; C. Koch, *Religio*, Nuremberg, 1960, p. 23.

⁶ En dernier lieu Rosivach, *Lat.*, 1983, p. 509-521.

⁷ Voir surtout. *La religion romaine archaïque*, 2^e éd., Paris 1974, (cité *RRA*).

⁸ J. Poucet, *Recherches sur la légende sabine des origines de Rome*, Louvain, 1967.

⁹ Le thème de la paix augustéenne n'apporte rien au Quirinus archaïque. Dans un autre sens, G. Dumézil, *RRA*, p. 268.

vocation guerrière. Suffit-il de dire que, s'il a des attributs guerriers, Quirinus, interprété comme dieu de la paix, les doit à sa «vigilance»? Il est plus facile d'admettre que comme dieu de la guerre il protège les produits de la terre, comme c'est aussi le rôle de Mars.

Cependant, il faut sortir du dilemme guerre-paix. Il n'épuise qu'en apparence le problème. Quirinus avec sa panoplie et ses saliens est aussi peu un dieu de la paix qu'il est un dieu de la guerre de plein exercice, il est absent des batailles. Il y a une autre solution. A Rome, quand les armes sont au repos, la guerre est latente. Servius à basse époque offre l'issue, il répartit la fonction guerrière entre Mars et Quirinus selon l'alternance des combats et des armistices. A Quirinus revient le patronage de la paix armée¹⁰, autrement dit de la guerre quand elle sommeille: Serv. Aen. 1, 292 *Mars enim cum saevit Gradivus dicitur, cum tranquillus est Quirinus*; 6, 859 *Quirinus autem est Mars, qui praeest paci*. Ces formules ont attiré soit le scepticisme soit l'incompréhension. Il n'y a pas à en tirer avec G. Dumézil¹¹ la définition d'un Quirinus pacifique. Servius partage entre deux dieux le ministère de la guerre, selon qu'elle se déchaîne ou est apaisée. C'est comme dieu de la guerre que Quirinus en temps calme est vigilant, *custos* (Serv. Aen. 1, 292). Pour rendre à ces textes leur crédibilité il aurait fallu que le bilan de Quirinus fût complet, il lui manque ses pièces juridiques. Entre autres choses, elles enseignent que c'est ce gardien en armes de la «tranquillité» publique, et non Mars, qui préside à côté de Jupiter à la procédure d'ouverture des hostilités aussi bien dans les termes du *ius fetiale* entre peuples que du *ius Quiritium* entre plaideurs, avec le même symbole, la lance ou la *festuca* qui en tient lieu. C'est ensuite à Mars de jouer, au moins sur les champs de bataille. Ce dédoublement de la fonction guerrière entre deux divinités correspond au rythme de la guerre et de la paix, à la séparation de *l'urbs* et de *l'ager*. Quirinus a partie liée avec les principales articulations de la cité, mais l'enquête sera conduite sans référence au structuralisme.

I – MARS ET QUIRINUS VEILLENT ENSEMBLE AU GRAIN

Pour effacer le bellicisme qu'on prête à Quirinus, G. Dumézil¹² l'attire vers l'économie agraire et met en évidence, comme personne ne l'avait fait avant lui, sa sollicitude pour les céréales. À vrai dire, ce n'est pas le dieu mais son flamine qu'on voit intervenir : il officie aux

¹⁰ Sur cette expression, G. Wissowa, *RK*, p. 154 à propos de Servius.

¹¹ *RRA*, p. 272.

¹² *RRA*, p. 167 ss.; *contra* Porte, *cit.*, p. 316 ss.

Robigalia (25 avril)¹³ et aux *Consualia* d'été (21 août)¹⁴, deux fêtes qui se rapportent aux grains, la première pour protéger le blé contre la rouille, la deuxième en l'honneur de Consus, dieu de l'engrangement (*condere*). Rien dans la critique des textes ne permet d'écarter le *flamen quirinalis* de ces célébrations et sa présence n'est pas fortuite : à deux reprises se révèle une affinité de Quirinus avec des dieux céréaliers, assez forte pour qu'il leur délègue son prêtre. On retrouve ce flamme le 23 décembre aux *Larentalia*¹⁵. En se greffant sur cette fête, l'héroïne légendaire Acca Larentia en a tellement obscurci le sens, qu'elle en a fait une *parentatio* à son profit. Comme le note Latte¹⁶, un rite funéraire n'est compatible ni avec ce mois ni avec l'utilisation d'une *ara* que Cicéron (*ad Brut.* 1, 15, 8) mentionne pour le sacrifice¹⁷. Autrefois, il s'agissait plutôt de protéger les champs¹⁸. Les *Larentalia* seraient alors une nouvelle illustration de l'intérêt que porte Quirinus à travers son prêtre à la vie agraire.

Toutefois, il n'y a rien à tirer de l'accident du calendrier qui fait tomber au 17 février les *Quirinalia*, dont on ne sait presque rien, avec l'acte conclusif des *Fornacalia*, appelé *stultorum feriae*. Cette fête de la torréfaction des grains était mobile et célébrée par les curies. Ceux qui avaient oublié la leur ou avaient négligé de venir se voyaient offrir, en qualité de sots, une dernière chance pour célébrer ensuite à cette date un culte qui, comme c'est parfois le cas, exigeait la participation de tous les citoyens (*Fest. popularia sacra* 298 L). Voilà le motif de ce report, qui est la suite de la décomposition du système curiate. On ne saurait donc faire remonter très haut cette fête des sots, venue s'ajouter aux *Quirinalia*. Ces deux *feriae* sont distinctes, comme c'est la règle quand deux divinités sont honorées le même jour. Et rien n'autorise à prêter à l'une des célébrations la finalité de l'autre. Les *Quirinalia* n'ont rien à voir avec la torréfaction des grains. C'est ainsi que, à l'exception de G. Dumézil¹⁹, on a toujours compris cette coïncidence. Quirinus est si peu le dieu des *Fornacalia* que les Romains imaginèrent la déesse Fornax²⁰. Cependant, l'expression populaire²¹ *stultorum feriae* a fini par désigner non seulement la clôture des *Fornaca-*

¹³ Ov., F. 4, 910 s.

¹⁴ Tert., *spect.*, 5.

¹⁵ Gell., 7, 7, 7.

¹⁶ *Römische Religionsgeschichte*, 1960, p. 92.

¹⁷ Cf. F. Coarelli, *Il foro romano*, Roma, 1983, p. 261 s. qui rattache Acca Larentia à Mater Larum.

¹⁸ K. Latte, cit.

¹⁹ *RRA*, p. 170 s.

²⁰ G. Wissowa, *RK*, p. 158.

²¹ K. Latte, *RRG*, p. 145 ; F. Bömer, *Fasten*, Heidelberg, 1958, p. 119.

lia mais aussi les *Quirinalia*, comme le notent Festus (Paul. Fest. 419 L) et Plutarque (Q. R. 89). Cet abus de langage n'autorise aucune induction. Il acquiert une importance démesurée, si on ne cite que lui. Mais on connaît aussi le bon usage par des sources aussi excellentes que nombreuses. Chez Varron (6, 13), Ovide (F. 2, 513), les Fastes de Préneste (au 17 février), Festus (304 L), qui a deux gloses sur la question, les *Quirinalia* et les *stultorum feriae* (ou *Fornacalia*) sont mis côte à côte mais séparés. Aucune confusion n'est possible. Il n'y a pas à préférer une curiosité du vocabulaire au langage des connaisseurs. Il n'existe aucun argument qui rattache les *Quirinalia* à la «troisième fonction».

Le bilan agraire de Quirinus est mince mais non inexistant. Il est beaucoup plus léger que celui de Mars qui agit lui-même et non par flamine interposé dans la vie des champs en diverses circonstances publiques et privées, trop connues pour être rappelées²². Le paysan romain a plusieurs motifs de s'adresser à Mars (Cato *agr.* 83, 141). Wissova (R. K. p. 143) s'est justement élevé contre l'idée d'un «Mars agraire», et depuis on a progressé dans cette voie, à travers les controverses²³. Mars ne promeut pas la végétation, il n'est pas un agent de la germination. Il assure simplement, dès le très vieux *carmen arvale*, la protection de la campagne contre les influences néfastes de l'extérieur et les fléaux. Par les lustrations, il dresse contre eux selon le principe du cercle magique un obstacle invisible. Assez vaste est l'étendue de sa tutelle sur le monde champêtre, celle de Quirinus n'a qu'un étroit domaine. Alors que Mars paye largement de sa personne, Quirinus ne se dérange même pas, il expédie simplement son flamine auprès d'autres divinités pour les aider dans leur tâche strictement spécialisée de sauvegarde des grains. Mais à grande ou faible échelle, le principe est le même. Quirinus pas plus que Mars n'est un dieu agraire, il n'est pour rien dans la croissance des céréales, il l'assiste très indirectement par le ministère de son prêtre auprès des divinités compétentes. Si peu que ce soit, c'est quelque chose, mais pas assez pour ranger Quirinus dans la «troisième fonction», pas plus que Mars qui en fait infiniment plus que lui pour la prospérité de l'agriculture et de l'élevage. À des degrés très différents, ces deux dieux de la vieille triade agissent de concert sur la végétation, ils la préservent. Ce ne sont pas des dieux de la fécondité.

Cela est si vrai que chaque fois que le *flamen quirinalis* apporte son concours à une divinité agraire, Mars collabore aussi avec elle. Quirinus n'est jamais seul à protéger les grains, le dieu de la guerre vient le rejoindre. Rappelons les trois fêtes où le flamine de Quirinus

²² U. W. Scholz, *Studien zum altitalischen und altrömischen Marskult*, 1970.

²³ G. Dumézil, *RRA*, p. 223-252.

dessert d'autres divinités : *Robigalia*, *Consualia*, *Larentalia*. Quand on fait cette somme, il ne faut pas omettre la participation de Mars sous une forme ou une autre.

1. Les *Robigalia* se terminent par des jeux, institués par Numa, conjointement pour Mars et Robigo : Tert. spect. 5 *Marti et Robigini*. Dans ces jeux, la rouille du blé n'est pas associée aux dévastations de la guerre. Il n'y a qu'une seule inspiration à ce double culte, qui n'a en vue que la moisson. Mars se manifeste à cette fête une fois de plus comme protecteur de *l'ager*²⁴.

2. L'autel des *Consualia* portait une inscription²⁵ groupant dans l'ordre suivant : Consus, Mars, les Lares (Tert. spect. 5). L'esprit du texte est clair. Mars est placé entre le dieu du grain mis en réserve et les *custodes agri* (Tibul. 1, 1, 20), parce que lui aussi répond des produits de la terre. Bien avant cette inscription dans le *carmen arvale* on le voit dans le même rôle déjà à côté des Lares et, en outre, des *Semones*, dieux de la semence.

3. Aux *Larentalia* de décembre officie le flamine *quirinalis*, mais aux *Larentalia* d'avril c'est le flamine de Mars qui est en fonction (Plut. Rom. 4, 5; cf. Q. R. 35). Le témoignage de Plutarque est accueilli parfois avec scepticisme²⁶. On n'a pas le droit de substituer au « prêtre d'Arès » celui d'Enyalios; les auteurs grecs savent distinguer de la sorte Mars et Quirinus²⁷, et leurs flamines ne sont pas interchangeables. On n'a pas plus le droit de supprimer les *Larentalia* d'avril. On se serait épargné ces errements, si on s'était avisé qu'aux *Robigalia* et sur l'autel de Consus Mars est aussi présent. Rien d'étonnant à ce que la double fête des *Larentalia*, vraisemblablement agraire elle aussi, donne lieu à un partage de compétence entre les prêtres de Mars et de Quirinus.

On vient d'observer trois fois la collaboration de ces deux divinités au profit de l'agriculture, et plus précisément du grain. Cet accord n'est pas fortuit, et il ne serait guère expédient d'en démonter une à une chaque pièce pour dévaluer un ensemble parfaitement cohérent.

²⁴ Sur cette association de Mars et Robigo. G. Wissowa, *RK*, p. 143 n. 7; K. Latte, *RRG*, p. 67 n. 3; G. Radke *Die Götter Altitaliens*, Münster, 1965 p. 202; voir aussi Roscher, *Lexicon* II, 2, 2403 (article Mars). – Aulu Gelle, 5, 12, 14 rapproche Robigo et Auruncus, lequel est ici un substitut de Mars.

²⁵ Voir l'excellent commentaire de cette inscription par G. Wissowa dans Roscher, *Lexicon*, II, 2, 1870 (article Lares); cf. *RK*, p. 201, n. 8; G. Radke, p. 168; H. H. Scullard, *Festivals*, 1981, p. 163.

²⁶ G. Rohde, *Die Kultsatzungen der römischen Pontifices*, Berlin, 1936, p. 123; H. J. Rose, *Roman Questions*, p. 185.

²⁷ G. Wissowa, *RK*, 154; C. Koch, *Religio*, p. 19; cf. D. H., 2, 48, 2; Plut., *Rom.*, 29, 1.

Plus claire devient sous l'autorité de Jupiter la juxtaposition de Mars et Quirinus dans la triade précapitoline. Leurs fonctions sont similaires dans l'économie rurale. Ce ne sont pas des divinités agraires, la fécondité n'est pas leur fait, elles se bornent à étendre chacune à sa mesure leur protection sur les intérêts de la paysannerie, Mars sur une gamme assez vaste et presque toujours en son propre nom et par action directe, Quirinus indirectement dans un domaine restreint, celui du grain, en faisant travailler son flamine auprès de divinités spécialisées. Ce n'est pas tout, dans ce champ étroit où intervient Quirinus, Mars aussi d'une manière ou d'une autre, aux *Robigalia*, par une inscription sur l'autel de Consus et aux *Larentalia*, apporte son concours. Chaque fois que Quirinus assiste la production agricole, on observe sous des modalités diverses la collaboration de Mars.

La conclusion est aisée. Quirinus collègue mineur de Mars dans la tutelle des champs n'est pas plus que lui un dieu agraire ou un dieu de la paix («troisième fonction»). Plus rien ne fait obstacle à le tenir lui aussi pour un dieu de la guerre qui comme Mars veille au grain²⁸. On a alors affaire, dans la triade précapitoline, subordonnés à Jupiter, deux dieux complémentaires qui sont ses ministres de la guerre et se partagent aussi, mais inégalement, la défense de la nature contre les fléaux venus du dehors.

II – QUIRINUS REÇOIT COMME MARS DES SPOLIA OPIMA, MAIS PATRONNE SANS LUI L'INDICTIO BELLI

Les anciens²⁹ se sont-ils trompés quand ils font de Quirinus un homologue de Mars? C'est peu probable. Quirinus est armé (Fest. 238 L) et possède lui aussi une lance³⁰, qu'on se plaisait à appeler *curis* (*quiris*). On tenait ce mot pour sabin comme le dieu lui-même, dont le nom trouvait ainsi une étymologie facile, rejetée aujourd'hui malgré

²⁸ Dans le calendrier des Arvales, au 23 août, date des *Volcanalia*, *Hora Quirini* est unie à d'autres divinités, à l'occasion d'un sacrifice collectif (G. Wissowa, *Abhandl.*, p. 148, n. 2; *RK*, p. 156, 223, 230; H. H. Scullard, *Festivals*, p. 178 s.; P. Pouthier, *Ops*, Rome, 1981, p. 276 s.). La présence de Ops déesse de l'abondance dans cette liste ne confère pas une valeur de «troisième fonction» à Quirinus à propos de la lutte contre les incendies. Pour une nouvelle lecture du texte des Arvales, G. Dumézil, *La courtisane et les seigneurs colorés*, Paris, 1983, p. 178 : Flora devrait être substituée à Hora et Quirinus viendrait ensuite; même substitution à la même date dans le calendrier préjulien d'Antium. Ces inscriptions sont partiellement mutilées pour ces noms de divinités.

²⁹ *DH*, 2, 48, 2; *Plut. Rom.* 29, 1; voir aussi *DH*, 2, 70, 2; cf. G. Dumézil, *RRA*, p. 159.

³⁰ Voir les textes chez G. Wissowa, *RK*, p. 153, n. 7; C. Koch, *Religio*, p. 24.

Deubner³¹. Un denier de la fin du deuxième siècle avant J.-C. (Crawford n. 268)³² prête au flamine l'armement de son patron : casque, cuirasse, bouclier avec l'inscription *Quirin(us)* et surtout la lance. Comme Mars, Quirinus a des saliens qui participent aux mêmes danses guerrières et ont le même équipement militaire avec la lance³³ commune à l'un et l'autre dieu. Les Grecs ne paraissent pas s'être égarés quand au moins dès Polybe (3, 25, 6) ils traduisent Quirinus par Enyalios (le Belliqueux). Aux yeux des Romains, dans ce bref inventaire, c'est, *hasta* ou *curis*, cette pièce de leur armement qui est le signe le plus clair des correspondances entre l'un et l'autre dieu qui secondent Jupiter dans la vieille triade.

Qu'ils soient tous les deux dieux de la guerre, c'est le droit sacré qui en apporte la preuve. Une loi attribuée à Numa donne à l'un des trois membres de la triade, selon les circonstances, les *spolia opima*, autrement dit les dépouilles ôtées au chef ennemi tué sur le champ de bataille. Quoi de plus guerrier ? Les Romains tenaient la remise de ces *spolia* à la divinité bénéficiaire pour la distinction militaire la plus élevée, au-dessus même du triomphe (Liv. 4, 20, 2). Dans cette affaire, il n'y a guère à séparer Mars et Quirinus, ils sont tous deux selon les cas parties prenantes. Par contre, en *ius fetiale*, si dans le serment du *foedus* les trois dieux de la triade sont parfois pris à témoin, dans la procédure assez longue de déclaration de guerre Quirinus est seul à côté de Jupiter. Mars est absent. Dans le service de la guerre, Mars et Quirinus n'ont pas toujours la même compétence. Il reste à comprendre pourquoi le droit sacré tantôt les rapproche tantôt les disjoint.

Toutefois, aussi bien dans la *lex Numae* (Fest. 204 L) sur les *spolia* que dans la *testatio* du fétial (Liv. I, 32, 10)³⁴ dans la procédure de l'*indictio belli*, Quirinus est appelé Ianus Quirinus, ce qui a paru parfois surprenant. Même si la loi royale est un faux, l'union des deux dieux n'est pas une nouveauté d'époque augustéenne, comme on l'a parfois dit. Chez Lucilius (frg. 19-22 Marx), on trouve dans une liste de dieux appelés *pater* la séquence : Mars Ianus Quirinus, qui ne

³¹ *Kl. Schriften*, p. 57.

³² G. Wissowa, *RK*, p. 154, n. 3.

³³ *DH*, 2, 70, 3 ; G. Wissowa, *RK*, p. 556, n. 5.

³⁴ Dans ce texte : « *Audi, Iuppiter, et tu, Iuno Quirine...* », les éditeurs (et récemment J. Heurgon, R. M. Ogilvie, G. Maddoli) corrigent *Iuno* en *Iane Quirine*, qui seul offre un sens, car « *et tu* » qui précède ne laisse place que pour une seule divinité. La série : Jupiter, Junon, Quirinus est impossible : voir R. M. Ogilvie, *Commentary on Livy*, Oxford, 1965, p. 131 ; *contra*, B. Liou-Gille, *Cultes héroïques romains*, Paris, 1980, p. 200.

surait passer pour un assemblage fortuit³⁵. On hésite à revendiquer pour Ianus Quirinus une très haute antiquité. On sait que les formules des fétiaux³⁶ et les versets des lois royales sont souvent modernisés. Quand les Romains ont introduit la figure théologique Ianus Quirinus, c'est, comme l'a vu Koch³⁷, Quirinus qui occupe la principale place, il n'est pas subordonné à Ianus. Dans la loi de Numa, les dépouilles opîmes sont distribuées soit à Jupiter, soit à Mars, soit à Ianus Quirinus. Il s'agit si bien de la triade précapitoline que les commentaires du texte dans l'antiquité se bornent en troisième position à nommer simplement Quirinus (Plut. *Marc.* 8, 9; Serv. *Aen.* 6, 859). C'est lui seul qui reçoit les *spolia* chez Virgile (*Aen.* 6, 859). De même, dans la *testatio* du fétial : «*Audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine . . .*» (Liv. I, 32, 10), Ianus ne sert qu'à préciser la fonction que remplit ici Quirinus, car, s'il jouait le rôle principal, il serait invoqué, comme dieu des commencements, selon une règle bien connue, en tête de l'énumération divine. Quirinus, joint à Iupiter, met en branle la mécanique rituelle qui conduit à la guerre. Ianus lui est associé comme dieu des passages³⁸. Inversement, quand on revient de la guerre à la paix dans la remise des *spolia opima*, il parut expédient aussi de réunir les deux divinités. Dans un cas comme dans l'autre, Ianus apparaît aux côtés de Quirinus pour présider avec lui, en sa qualité d'*index pacis bellique* (Liv. I, 19, 2), au début de l'un de ces deux états. Mais il ne fait que lui apporter son appoint. Dans les deux occasions rituelles où Ianus Quirinus apparaît, il s'agit du culte de Quirinus et non de Ianus qui est presque superflu. À la limite, tout se passe «comme si Quirinus était seul» (Koch). Et dans les deux cas il gère les choses de la guerre, sans que cela autorise à faire de Ianus qui l'accompagne un *Kriegsgott*, comme on l'a parfois suggéré³⁹. Ianus oscille entre guerre et paix comme dieu des passages, sans qu'il y ait lieu de l'immobiliser dans l'une ou l'autre. Les poètes le tiennent tantôt pour belliqueux tantôt pour pacifiste⁴⁰.

Tirant parti du côté pacifique de Ianus au détriment de l'autre, G. Dumézil l'attire aussi vers la paix, quand il se manifeste sous les traits

³⁵ C. Koch, *Religio*, p. 22; *contra*, G. Capdeville, *MEFRA*, 1973, p. 421 note. Sur Ianus Quirinus, voir aussi : R. Schilling, *MEFR*, 1960, p. 116 ss.; J. Poucet, *Légende sabine*, p. 38 ss.; G. Radke, *Die Götter Altitaliens*, p. 32. Sur *Jupiter Quirinus*, *Mars Quirinus*, *Hercules Quirinus*, voir S. Weinstock, *JRS*, 1961, p. 212.

³⁶ R. M. Ogilvie, p. 110, 128.

³⁷ *Religio*, p. 22; *RE*, v. *Quirinus*, 24, 1314.

³⁸ R. M. Ogilvie, p. 132.

³⁹ Notamment W. F. Otto, *RE*, S. 3, 1182.

⁴⁰ Il faut revenir à l'exposé détaillé de W. H. Roscher dans son *Lexicon* v. *Ianus* 40; voir aussi G. Capdeville, *MEFRA*, 1973, p. 423 (très sommaire).

de Ianus Quirinus. L'intérêt de l'opération est d'entraîner Quirinus dans la même direction. Le savant comparatiste a tenu sans doute pour méprisable dans son traité l'avis contraire de Macrobe qu'il omet (*RRA*, 275 s.)⁴¹ : dans les Saturnales (1, 9, 16) Ianus Quirinus est défini par référence au deuxième membre de l'association comme *bellorum potens*, et comme *πρόμαχος* par Lydus (*mens.* 4, 1). Cette explication n'est pas neuve. Sous Auguste on parle de Ianus Quirinus dans un sens particulier, ignoré auparavant et resté presque sans lendemain⁴². C'est ce qui fait souvent croire, en dépit de la loi de Numa et de la formule du fétial, écartées lestement, que la réunion des deux dieux date de ce règne. On appelle alors Ianus Quirinus le Ianus Geminus, le sanctuaire de l'Argilète (*Res Gestae* D. A. 13, à quoi fait écho Suet. *Aug.* 22). On discute pour savoir si Quirinus est adjectif ou apposition⁴³. Horace dit *ianus Quirini* (*carm.* 4, 15, 9) : c'est bien de l'arc lui-même dont il s'agit, sans que Ianus soit dépossédé⁴⁴. Quirinus ne s'en approprie pas, sa présence à côté de Ianus veut simplement dire que ce sont là les *gemmae belli portae* (Virg. *Aen.* 7, 607 ; 1, 294)⁴⁵. Dans la traduction grecque des *Res Gestae*, Ianus Quirinus devient *πύλη Ἐνωάλιος*, à quoi correspond Plutarque, *Numa* 20, 1 *πολέμου πύλη*. Dans ce contexte, Quirinus est dieu de la guerre, et à l'époque d'Auguste ce n'est pas une innovation. À propos des *spolia opima* et en *ius fetiale*, de tout temps il n'a pas d'autre fonction, comme il est aisé de s'en apercevoir.

* * *

D'après les sources sacerdotales (Fest. 204 L), il y a trois sortes de dépouilles opimes selon le rang du romain qui les a prises au chef ennemi mort au combat. On parle de *prima*, *secunda*, *tertia spolia*, selon que le héros est un *dux* combattant sous ses propres auspices, un commandant sans auspices propres, un simple soldat. A cette hiérarchie correspond celle des dieux de la triade précapitoline qui béné-

⁴¹ Dans *Jupiter, Mars, Quirinus*, 1941, p. 193, n. 3, G. Dumézil accuse Macrobe de « contre-sens ».

⁴² G. Capdeville, p. 423 ; sur Ianus à l'époque d'Auguste, R. Turcan, *ANRW*, II, 17, 1, p. 375 ss.

⁴³ L. Deubner, *Kl. Schrift.*, p. 255 ; C. Koch, *Religio*, p. 22 ; R. Schilling, *MEFR*, 1960, p. 117.

⁴⁴ J. Poucet, *Légende sabine*, p. 39 ; voir G. Wissowa, *RK*, p. 108 s. ; K. Latte, *RRG*, p. 132 et note 3 ; L. Deubner, *Kl. Schrift.*, p. 254 s. ; W. F. Otto, *RE*, s. 3, 1181.

⁴⁵ Sur ces textes, G. Wissowa, *RK*, p. 105, n. 1 ; W. F. Otto, *cit.*, 1 180.

ficient séparément dans cet ordre des remises. Le droit pontifical réserve à Jupiter Feretrius seul les dépouilles gagnées par le général en chef. Les *secunda* et *tertia spolia* ne sont pas dignes de lui. Les textes pontificaux ne disent pas qui fait l'offrande à Mars, mais sans risque d'erreur on reconnaît un officier⁴⁶. Quirinus reçoit les *tertia* du soldat que mentionne Varron cité par Festus. G. Dumézil⁴⁷ voit en lui un simple pion de la « masse », c'est-à-dire du corps civique placé sous la dépendance de Quirinus, qui en patronne à ses yeux les activités paisibles. Mais dans le droit sacré des *spolia*, tout est guerrier, la cérémonie pour les Romains est comparable au triomphe et lui est même supérieure, au moins quand elle s'adresse à Jupiter (Liv. 4, 20, 2-3)⁴⁸. L'hommage à Quirinus ne diffère pas en qualité de celui qui est rendu à Mars. Ce n'est pas un civil qui s'en acquitte, c'est un *manipularis miles*. Et Quirinus est alors tout aussi guerrier que dans la *devotio* du général en chef qui va chercher la mort dans les rangs de l'ennemi pour obtenir des dieux la victoire. La finalité de cette prouesse est militaire et seul un titulaire de *l'imperium* peut prononcer la *precatio* (Liv. 8, 10, 11). Y figure, entre autres divinités, la triade archaïque, et après Jupiter la séquence : Mars, Quirinus, Bellona (Liv. 8, 9, 66), est guerrière en son entier.

Les sources répètent à satiété que seuls Romulus, A. Cornelius Cossus vers la fin du V^e siècle (en 437) et Marcellus (en 222) remirent à Jupiter Feretrius au Capitole les dépouilles d'un chef ennemi. Ce sont des *spolia quae dux duci detraxit* (Liv. 4, 20, 6; Fest. 202 L), la chose était évidemment fort rare. Mais le cas de Cossus n'est pas clair. Était-il commandant en chef comme Romulus et Marcellus? Non selon l'annalistique qui le tenait pour simple tribun militaire; oui selon Auguste qui prétendait avoir lu le titre de *consul* sur la cuirasse de lin du roi de Veies, Lars Tolumnius, dédiée par le Romain. Tite-Live (4, 20) ne cache pas son embarras. L'enjeu n'est pas mince : pour que la remise soit faite à Jupiter Feretrius, exigeait-on déjà au premier siècle de la République que le dédicant soit *dux*? À première vue, le conflit assez remarquable entre une inscription archaïque et les annales doit se régler en faveur du *titulus spoliis inscriptus*. Autrefois on l'a cru⁴⁹. Mais Tite-Live ne s'y résout qu'avec peine par respect pour

⁴⁶ K. Latte, *RRG*, p. 205.

⁴⁷ *RRA*, p. 180.

⁴⁸ Rampelberg, *RHD*, 1978, p. 199.

⁴⁹ K. J. Beloch, *R. Geschichte*, p. 262, 299.

le prince. Et de nos jours, pas à pas, le problème a fini par se renverser en faveur de la tradition⁵⁰.

Le témoignage d'Auguste qui découvre le *titulus* lors d'une visite dans le temple délabré de Jupiter Feretrius ne convainc pas. D'abord il n'est pas innocent. Il importait au prince de démontrer que seul un général combattant sous ses propres auspices avait le droit de déposer les *spolia opima* dans ce temple, à un instant où en 29 il voulait faire obstacle aux prétentions de M. Licinius Crassus, proconsul de Macédoine, qui avait tué de sa main le chef des Bastarnes. Pour lui barrer l'accès à ces honneurs, il suffisait de rappeler qu'il n'avait pas disposé d'un commandement autonome (Dio. Cass. 51, 24, 4) comme Cossus, dont le cas devenait exemplaire. À ce compte, le petit-fils du triumvir était écarté et ne portait pas ombrage à l'empereur. L'empereur a peut-être menti, comme on l'a dit, et n'a rien lu sur une cuirasse de lin en mauvais état dans un temple en ruines, peu fréquenté. Cela ne surprendrait pas, quand on songe au parti qu'il tira du testament d'Antoine. Même s'il y avait une inscription archaïque, elle était indéchiffrable, comme toutes celles de ces anciens temps, pour un lecteur d'époque plus récente (Pol. 3, 22, 3)⁵¹. Admettons qu'il y eut un *titulus* et qu'Auguste ait pu le lire; dans ce cas le mot *consul*, s'il y était, ne remonte pas à Cossus. Au Ve siècle, le magistrat supérieur s'appelle *praetor*, il n'est pas question de consul dans les XII tables, et ce titre ne nous est connu qu'à partir des tombeaux des Scipions. Dans la langue augurale, le consul reste *praetor* (Fest. 152, 31 L)⁵². Si Auguste a bien lu, au mieux il s'agit d'une inscription restaurée beaucoup plus tard, comme beaucoup de savants l'admettent⁵³.

Contre les prétentions épigraphiques d'Auguste, l'annalistique reprend tout ses droits. D'après Tite-Live (4, 20, 5 *omnis ante me auctores*), la tradition était unanime à dire que Cossus n'était que tribun militaire au moment de son exploit. Et de ceci on a, à mon avis, une

⁵⁰ Voir la synthèse récente de Rampelberg, *RHD*, 1978, p. 191-214, et la mise au point de Lawrence J. Daly, *Ancient World*, 4, 1981, p. 49-63.

⁵¹ Sur ce point, H. Dessau, *Hermes*, 1906, p. 149 à propos de notre cuirasse.

⁵² K. Latte, *RRG*, p. 140.

⁵³ H. Dessau, *cit.*; R. M. Ogilvie, p. 563; Rampelberg, p. 204, Daly, p. 53, n. 16; cf. E. Mensching *Mus. Helv.*, 1967, p. 16, n. 13. — On se demande parfois si l'abréviation COS sur la cuirasse ne signifiait pas tout simplement Cossus. On a justement répondu qu'à l'époque archaïque les *cognomina* sont absents des inscriptions.

confirmation éclatante dans le triomphe⁵⁴ du général en chef, éclipsé le même jour par son subordonné portant les dépouilles du roi mort (4, 20, 2). Si Cossus avait été consul et remporté la victoire *suus auspiciis*, c'est lui qui aurait triomphé.

On ne change guère le problème, si on préfère à l'unanimité des annalistes rappelée par Tite-Live une variante⁵⁵ qui place l'exploit de Cossus plus tard, quand il fut *magister equitum*⁵⁶ : même dans ce cas il n'avait pas, en cette qualité, un commandement indépendant. Si on voulait à tout prix donner raison à Auguste, il ne resterait qu'à déplacer le fait d'armes de Cossus vers l'année 428, où il fut consul mais où l'annalistique ne place rien de tel et pas de guerre⁵⁷. Tite-Live 4, 20, 9 recule devant cette solution et laisse en l'air son acquiescement à l'empereur.

La prétendue découverte épigraphique de l'empereur était de nature à créer un conflit entre l'annalistique et les antiquaires⁵⁸. Eux savaient, d'après le droit pontifical, que, si le vainqueur n'était pas *dux*, les *spolia opima* allaient soit à Mars soit à Quirinus (Fest. 204 L). Le cas de Cossus simple tribun militaire déposant les dépouilles du roi ennemi dans le temple de Jupiter Feretrius devenait aberrant. Verrius Flaccus a-t-il fait de Cossus un consul, c'est ce que l'état contradictoire de la transmission du texte ne permet pas de trancher⁵⁹. On aimerait connaître la position de Varron. Il est cité à propos des *spolia opima* sur le cas du *miles manipularis* vainqueur du chef ennemi (Fest. 204 L) et sur l'étymologie d'opime (Plut. *Rom.* 16, 6), non sur Cossus. Par suite d'une lacune dans le texte de Festus, on

⁵⁴ Sur ce triomphe, T. R. S. Broughton, *Magistrates of the r. Republic*, New York, 1, p. 59, n. 1.

⁵⁵ Val. Max., 3, 2, 4; cf. Liv., 4, 20, 10.

⁵⁶ T. R. S. Broughton, 1, p. 67. Cette année là, 426, Cossus était aussi tribun consulaire (Diod., 12, 80, 1 et 8 qui ne mentionne pas l'exploit). Autre variante chez Servius auctus (Aen. 6, 841) qui ajoute *consulari potestate à tribunus militaris* à propos de la prouesse de Cossus. Pour un tableau général du problème annalistique, E. Mensching, p. 15. Sur les variantes de la tradition Daly, p. 55, 62 s., critiquant Ogilvie (p. 563). Ce dernier (p. 566) étudie la chronologie des consulats à cette époque.

⁵⁷ E. Mensching, p. 15; J. Bayet, *Tite-Live*, t. 4, p. 119.

⁵⁸ Sur ce conflit, S. Mazzarino, *Il pensiero storico classico*, 3, Bari, 1968, p. 269-271.

⁵⁹ On hésite à savoir si Verrius Flaccus a tenu Cossus pour consul au moment de son exploit. Contrairement à K. O. Muller (*Fest* 189) et Bruns (II p. 19), Lindsay (*Fest.* 204) suivant l'éd. *princeps* qui porte *Cossus Cornelius* écrit : [*consul*] *Cossus Cornelius*, car *consul* figure dans d'autres manuscrits. Sur la question : Pariente, *Emerita*, 1979, p. 246; Cassola à la note 6 de son article sur le récit livien de l'affaire Cossus, *Riv. storica ital.*, 1970, p. 5-31.

ne sait même pas si dans la suite dépendent de Varron la citation des livres pontificaux et celle de la *lex Numae* sur les dépouilles. La reconstitution classique du texte l'admet⁶⁰. Mazzarino⁶¹ vient de proposer une reconstitution différente dans un autre sens et beaucoup plus probable. On ne connaîtra pas le sentiment du polygraphe dans cette affaire. On ne mesure que l'embarras de Tite-Live qui, averti par Auguste lui-même de sa découverte, est le premier historien à constater que les annales sur Cossus posaient un grave problème jusque-là inaperçu. On a dit ce qu'il faut penser du *titulus* sur la cuirasse de Tolumnius. Reste la règle pontificale que seul un *dux* romain est en droit de remettre à Jupiter Feretrius les *spolia* d'un chef ennemi; Tite-Live (4, 20, 5) l'enregistre, sans trop savoir l'accomoder avec une tradition annalistique divergente, au moins pour le V^e siècle.

La conclusion est aisée à tirer. En face d'un conflit entre le droit et la pratique, c'est toujours à un *casus* significatif qu'il faut donner la préférence. Quand fut tué Tolumnius, on ne distinguait pas encore trois sortes de *spolia opima* et il n'était pas nécessaire d'être général en chef pour en faire l'offrande à Jupiter. Il a bien fallu se rendre, de nos jours, à cette évidence⁶². La hiérarchie des dépouilles d'après le rang du vainqueur ne porte pas la marque de l'archaïsme. C'est une casuistique de facture plus récente. Le but poursuivi est clair : on voulait éviter au général triomphateur la concurrence au Capitole d'un officier ou soldat ayant fait mieux que lui; le souvenir de Cossus surpassant son chef au cours de la cérémonie s'est conservé jusque chez Tite-Live. Il ne faut pas s'étonner si on fit correspondre à la hiérarchie de trois *spolia opima* les dieux de la triade précapitoline. Elle avait conservé une certaine vitalité; en 279 c'est elle qui est invoquée dans le traité avec Carthage (Pol. 3, 25, 6), comme elle l'était aussi dans la formule de la *devotio* du général (Liv. 8, 9, 6).

Le droit des *spolia* n'est jamais resté immobile et n'offre aucune prise à la fixité des analyses structurales. Les dépouilles, autrefois dédiées à Jupiter, le sont ensuite selon une systématisation nouvelle des pontifes à l'un des dieux de la triade. Et alors, comme dans la prière de la *devotio*, Quirinus comme bénéficiaire des *spolia* n'est pas moins guerrier que Mars. Quel que soit l'auteur de l'exploit, l'héroïsme est le même. On n'en n'est pas resté là. Des livres pontificaux à la loi de Numa, il y a une progression, la loi est plus récente qu'eux. Il est exceptionnel que sur le même point de droit sacré on possède à la

⁶⁰ App. à l'éd. K. O. Müller, p. 7; Ch. G. Bruns, II, p. 19; *Glossaria Latina*, éd. Pirie-Lindsay, IV, p. 302; cf. J. Carcopino, *MEFR*, 1937, p. 361.

⁶¹ *Atti del II Congresso della Società italiana di storia del diritto*, 1971, p. 464 (reconstitution reproduite chez Rampelberg, p. 211).

⁶² En dernier lieu, Daly, p. 60.

fois le texte d'un précepte pontifical et une loi royale. Les lois royales sont des versets pontificaux; alors pourquoi deux textes de même origine disant apparemment la même chose? Ce dédoublement est insolite; habituellement on possède soit une disposition des pontifes, soit une *lex regia*. Festus ici groupe les deux. Si on y regarde de près, le contenu n'est pas le même. La règle pontificale diversifie les dépouilles d'après la qualité du Romain qui les a conquises. Au contraire, la loi dispose (Fest. 189 M; 204 L) d'après la ponctuation la plus probable, adoptée par Latte (RRG, p. 205, I): *Cuius auspicio classe procincta opima spolia capiuntur, Iovi Feretrio darier oporteat, et bovem caedito. Qui cepit aeris CC <C darier oportet>. Secunda spolia, in Martis ara in Campo solitaurilia utra voluerit, caedito †* (donc soit *maiores* soit *lactentes*). *Tertia spolia, Ianui Quirino agnum marem caedito. C, qui ceperit, ex aere dato, cuius auspicio capta, dis piaculum dato.* K. O. Müller dans une note de son édition de Festus (p. 188 n. 14) observe justement que la loi distingue d'un bout à l'autre le général et celui *qui cepit*. Ne serait-ce que la loi réserve dans tous les cas au *dux*, sous les auspices de qui a eu lieu le combat, l'honneur de dédier les *spolia*, quel que soit l'auteur du haut fait, lui-même ou un autre? C'est précisément le privilège qui fut accordé à César vers la fin de sa dictature: il reçut la faculté de déposer lui-même dans le temple de Jupiter Feretrius les dépouilles opîmes, «comme s'il avait tué de sa propre main quelque général en chef ennemi» (Dio Cass. 44, 4, 3)⁶³. On ne mentionne pas qu'il en ait eu le temps. Mais cette nouvelle réglementation ne tomba pas dans l'oubli. Elle pouvait être profitable aux autocrates. C'est elle qu'on retrouve dans la loi de Numa qui reprend à plusieurs reprises la distinction, presque méprisante, entre le titulaire des auspices et le guerrier qui n'a fait que *spolia capere*. Il n'est question de lui que modestement, et il est exclu des honneurs, qui reviennent au général. À ce héros méconnu, on se contente de promettre une récompense en *aes*. Sur ce point, Plutarque (Marc. 8, 9) avait bien compris le texte, qui ne l'a pas toujours été de nos jours par suite de son état corrompu⁶⁴. La destination de *l'aes* a souvent paru mystérieuse. Et on n'a guère su à côté des sacrifices aux dieux ce que venait faire en plus une somme d'argent. En dépit du mauvais état du texte, il n'y a pas d'obscurité. D'une part, le général dédie les *spolia*, de l'autre le véritable vainqueur est éliminé du rituel avec une somme

⁶³ S. Weinstock, *Divus Iulius*, 1971, p. 233.

⁶⁴ J. Carcopino (MEFR, 1937, p. 374); G. Ch. Picard (*Trophées romains*, p. 131) se sont trompés. Pour une vue saine du problème de *l'aes* dans cette loi, en dehors de l'heureuse lecture du texte par K. Latte, p. 205, n. 1, voir: A. C. Johnson, Coleman-Norton, *Ancient roman statutes*, Austin, 1961, p. 4 (traduction d'après le texte de la loi dans FIRA).

pour dédommagement. Ainsi s'achevait une évolution qui avait commencé, avec les pontifes, par priver l'officier et le soldat, malgré leur exploit, de faire la consécration à Jupiter Feretrius. Mars ou Quirinus devaient leur suffire. Maintenant on les tenait complètement à l'écart moyennant une compensation pécunaire.

Cette loi est un faux récent, au plus tôt de la fin de l'ère césarienne. Quand Verrius Flaccus la cite, on ne sait même pas, par suite d'une lacune déjà signalée de son texte, s'il la tient de Varron, qu'il a mentionné plus haut. La diffusion se fit à travers le *Ius Papirianum*, publié, d'après l'opinion la plus probable, en ce temps-là⁶⁵. La forme *Ianui Quirino* n'est à aucun degré une preuve d'authenticité. Ou bien elle dérive du précepte pontifical qu'altérerait la loi; ou bien c'est un archaïsme d'érudit⁶⁶. Plus simplement, cette déclinaison n'est pas alors tout à fait insolite, on trouve au début du principat : *CIL*, X, 4660 *ab ianu ad clivom*⁶⁷.

Que devient la triade dans ce nouveau système? On aurait pu imaginer que comme pour César, au moins d'après Dion, les *spolia opima* aillent toujours à Jupiter Feretrius. Mais la loi parle de *secunda* et de *tertia spolia* pour Mars, puis Quirinus. On n'osa pas les expulser. Il faut entendre que le dédicant est toujours le général. C'est encore Plutarque (*Marc.* 8, 9) qui donne la clé. Les trois sortes de dépouilles correspondent à un déroulement chronologique. Le rang du héros *qui cepit* est devenu totalement indifférent, puisque ce personnage ne compte presque plus. Désormais, ce qui importe, c'est la succession dans le temps d'un même exploit d'une campagne à l'autre. Quand il se répète en de nouvelles guerres, après avoir honoré Jupiter on passe à Mars puis à Quirinus. Précédemment on avait déjà pris l'habitude d'expliquer les trois sortes de *spolia* non seulement en termes de droit sacré, mais aussi historiquement entendant par *prima*, *secunda*, *tertia*, les dépouilles prises tour à tour par Romulus, Cossus, et Marcellus, mais toutes dédiées à Jupiter (Fest. 204 L). Dans la loi placée sous l'autorité de Numa, l'ordre des consécrationes par le général en chef doit se faire successivement, dans la série des campagnes, selon la hiérarchie des dieux de la triade. Et cela est si vrai que on finit par interpréter la vénérable histoire des *spolia* à la lumière de cette loi, si bien que

⁶⁵ M. Schanz, *Geschichte der r. Litteratur*, I, 1, 1907, p. 43; cf. la nouvelle édition par Hosius, I, 1947, p. 35 (plus nuancé); J. Carcopino, *MEFR*, 1937, p. 361; Th. Mommsen, *Staatsrecht*, II, p. 43. Dans un autre sens M. Bretonne, *Noviss. Digest.*, v. *Ius papirianum*.

⁶⁶ En ce sens, G. Capdeville, *MEFRA*, 1973, p. 420, n. 2.

⁶⁷ Texte cité par K. Latte, *RRG*, p. 205, n. 1.

Romulus les avait consacrées à Jupiter, Cossus à Mars et Marcellus à Quirinus (Virg. *Aen.* 6, 859; Serv. *ad loc.*).

* * *

En *ius fetiale*, Quirinus est aussi guerrier que dans le droit des *spolia opima*; il est présent quand la guerre va éclater et quand elle prend fin. Dans ces deux circonstances, les fétiaux l'invoquent. Il prend toujours part à la procédure d'ouverture des hostilités, par contre dans le serment du *foedus* il ne fait son apparition qu'après les temps archaïques.

Tite-Live (1, 24, 7-8) conserve la formule du serment que prononce le *pater patratus*, la langue est modernisée, mais l'exécration contient un enchaînement magique qu'il ne faut pas hésiter à appeler primitif : le parjure sera foudroyé de la même manière que le porc est tué par le silex qui est la foudre elle-même. C'est Jupiter qui l'envoie, il est seul invoqué sans la compagnie d'autres divinités, le silex est pris dans le temple de Jupiter Feretrius (Paul. Fest. 81 L). Tite-Live fait remonter ce serment au temps des rois. De même Polybe (3, 25, 6)⁶⁸ place le premier traité romano-carthaginois, conclu en l'an I de la République selon la tradition, sous l'invocation du seul Jupiter. Il n'est pas clair sur le serment du deuxième traité avec Carthage, que l'on situe habituellement en 348. Par contre, il affirme que pour le troisième en 279 les Romains jurèrent par Arés et Enyalios, c'est-à-dire par Mars et Quirinus. Mais on ne connaît pas de serment par ces deux dieux seuls. Comme le faisait déjà Wissova⁶⁹, on admet en général que Jupiter déjà nommé est omis par Polybe à la tête de la triade archaïque⁷⁰. Elle s'introduit alors dans le *ius fetiale*, de même qu'elle était venue rénover, après le V^e siècle, le droit des *spolia opima*. Dans les deux cas, elle vient prendre une place qu'auparavant occupait Jupiter seul.

G. Dumézil⁷¹ imagine une sorte de division du travail entre les trois dieux à propos du troisième traité avec Carthage. Jupiter veillerait seul sur la première partie du texte, qui conservait les conventions précédentes; pour la deuxième, apportant des clauses nouvelles

⁶⁸ Il faut maintenir la lecture Δία Λίθον, au lieu de δία λίθων; *contra*, Foucault, éd. Budé. Voir F. W. Walbank, *A historical commentary on Polybius*, Oxford, 1, 1957, p. 353; Nenci, *Hist.*, 1958, p. 293, note. Polybe décrit une utilisation du silex distincte de celle que l'on trouve chez Tite-Live : Latte, *RRG*, p. 122, n. 4.

⁶⁹ *RK*, p. 552, n. 6.

⁷⁰ F. W. Walbank, *cit.*; *contra*, Rawson, *JRS*, 1973, p. 167.

⁷¹ *RRA*, p. 284 s.

de «collaboration militaire», Mars et Quirinus lui seraient «adjoints» avec «une différence de compétences»: Mars serait responsable des «clauses militaires» et Quirinus des «réserves de non-belligérance». À vrai dire, celles-ci ne se laissent guère percevoir, car la clause stipulant: «que personne n'oblige les équipages à débarquer malgré eux», est une simple limitation à l'aide navale des Carthaginois. Ce qui est plus grave, c'est que le droit romain ne fractionne pas les responsabilités divines, lorsque plusieurs dieux sont associés dans un même serment. A Rome la chose n'est pas isolée⁷², et elle est assez fréquente en Grèce, où l'on jure aussi par trinités⁷³. Les divinités sont toujours solidairement garantes de la totalité de l'engagement, sans qu'il y ait à songer entre elles à une répartition des clauses, d'après les goûts de chacune. Pour le *foedus*, cela est d'autant plus évident que le serment n'est prêté qu'après lecture intégrale du texte du traité, auquel le fétial renvoie expressément en bloc («*ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt*», Liv., 1, 24, 7)⁷⁴. Il faut retenir, cependant l'idée que en 279 Mars et Quirinus sont venus s'ajouter à Jupiter pour mieux confirmer, dans une conjoncture délicate face à Pyrrhus, l'accord militaire avec Carthage. Mais c'est en qualité de maîtres de la guerre qu'ils le font.

D'abord absente du *ius fetiale*, la triade, introduite ensuite dans le serment du *foedus* au moins à titre occasionnel, reste toujours en dehors de la procédure de déclaration de guerre (Liv. 1, 32) que les fétiaux conduisent sous la tutelle de Jupiter et Quirinus. L'omission totale de Mars est alors remarquable. On discute sur le degré de modernisation des formules prononcées dans les différentes étapes de ce rituel, mais on admet le plus souvent que, si la forme a été rajeunie, l'ancien droit n'a pas été trahi⁷⁵. Quirinus apparaît, on l'a déjà dit, sous la forme plus récente de Ianus Quirinus; l'association avec le dieu des passages met en évidence que de la paix menacée on va s'engager dans la guerre. Après l'échec de la *rerum repetitio*, restée sans résultat, le fétial après le délai requis revient chez l'adversaire et passe à la *testatio deorum*: Liv. 1, 32, 9 «*Audi, Iuppiter, et tu Iane Quirine, dique omnes caelestes, vosque terrestres vosque inferni, audite; ego vos testor populum illum*» – *quicumque est, nominat* – «*iniustum esse*

⁷² Th. Mommsen, *Staatsrecht*, II, p. 809.

⁷³ R. Hirzel, *Der Eid*, 1902, p. 127.

⁷⁴ A. Heuss, *Abschluss und Beurkundung des griechischen und römischen Staatsvertrages*, 1967 (réimpr.), p. 7 ss.

⁷⁵ G. Dumézil, *RRA*, p. 106; B. Luiselli, *Il problema della più antica prosa latina*, 1969, p. 144 ss; P. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano*, 1965, p. 37, n. 76; W. Harris, *War and imperialism*, 1979, p. 169, n. 1; plus sceptique R. M. Ogilvie, p. 128; hypercritique, K. Latte, *RRG*, p. 122, n. 2.

neque ius persolvere, sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus, quo pacto ius nostrum adipiscamur». Les dieux sont pris à témoins que le droit a été violé, toutes les conditions sont réunies pour une guerre, qui fait figure de *Rechtsexecution*⁷⁶. L'insistance qui est mise à dire que l'autre peuple est *iniustus*, ne fait pas son devoir (*neque ius persolvere*) et que les Romains obtiendront leur dû (*ius nostrum adipiscamur*), a pour but de proclamer que la guerre qui s'ensuivra est un *iustum bellum*. Ces emplois du mot *ius* ne portent pas la marque de l'archaïsme; autrefois on ne s'en servait pas pour désigner les «droits subjectifs». La *testatio deorum* use d'une langue plus évoluée, dont on retrouve des correspondances chez Plaute et Térence⁷⁷. Cet *aggiornamento* du style va de pair avec celui qui a transformé Quirinus en Ianus Quirinus. On va passer de la guerre à la paix; Quirinus associé au dieu des passages patronne l'ouverture imminente des hostilités. A Rome le sénat n'a plus qu'à se prononcer pour que le fétial revienne jeter sa lance de cornouiller (*hasta sanguinea*)⁷⁸ sur le sol ennemi. Ce rite a été préparé par la *testatio deorum*, dans l'intervalle il y a une simple pause, annoncée par le fétial, pour que son geste ait le temps d'être autorisé. Malgré cet intermède constitutionnel, la déclaration de guerre a commencé auparavant dès la prise à témoins des dieux. *Bellum ita indicit*, dit Tite-Live (1, 32, 10) pour annoncer la formule de la *testatio deorum* par le fétial : «*Audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine.*». *Bellum indicere* ne se dit pas seulement de l'ultime proclamation qui accompagne le jet de la lance : Liv. 1, 32, 13 *bellum indico facioque* (ou *bellum dico facioque*, Gell. 16, 4, 1), mais aussi précédemment avant la *consultatio patrum* du constat, face aux dieux, que satisfaction n'a pas été donnée⁷⁹. L'*indictio belli* commence dès la *testatio deorum*⁸⁰. Quirinus, invoqué alors sous l'autorité de Jupiter, met en branle la guerre dès cet instant : «*quo pacto ius nostrum adipiscamur*». A ce jour, la *causa belli*⁸¹ est solennellement énoncée. Réparation n'a pas été donnée en temps utile, on ne peut plus revenir en arrière, le fétial annonce que Rome va agir pour que son droit soit

⁷⁶ Dalheim, *Struktur und Entwicklung des römischen Völkerrechts*, 1968, p. 173.

⁷⁷ M. Kaser, *Das altrömische Jus*, Göttingen, 1949, p. 97, n. 3; W. Harris, *War and imperialism*, 1979, p. 169; Plaut., *Amph.*, 246-7, *hostium copias iure iniustas*.

⁷⁸ J. Bayet, *MEFR* 1935 p. 29-76 = *Croyances et rites dans la Rome antique*, Paris, 1971, p. 9 ss.

⁷⁹ Sur le problème des délais que doit respecter le fétial : S. Albert, *Bellum Iustum*, 1980, p. 14, n. 18.

⁸⁰ Sur *bellum indicere*, voir J. W. Rich, *Declaring War in the roman Republic*, Bruxelles, 1976, p. 57, 106, 125.

⁸¹ Serv., *Aen.* 9, 52; 10, 14.

respecté. C'est la menace de la guerre, sans que le mot soit prononcé. Il n'est pas question d'un nouveau délai, laissé à l'ennemi pour se repentir. En vue de respecter la constitution, le fétial attend encore l'avis du sénat avant le geste définitif. Mais *l'indictio belli* en est déjà à sa première phase.

Le moment venu, quand le fétial conclut toute la procédure en entamant les hostilités à l'aide de son *hasta sanguinea*⁸², il n'invoque aucun dieu. On possède deux versions des *verba* qu'il prononce alors (Liv. 1, 32, 13; Gell. 16, 4, 1), les variantes sont juridiques et portent sur le vote du sénat ou sur quelques mots, mais aussi bien chez Tite-Live que chez Cincius, cité par Aulu-Gelle, rien n'est dit sur la divinité⁸³ qui favorise l'entreprise. Il n'est pas concevable qu'il n'y en ait pas. Mars est exclu, jusque-là son nom n'a pas été prononcé, il est resté absent d'un bout à l'autre du rituel. Et, si maintenant il en appuyait le dernier acte, le fétial ne pourrait pas se dispenser de faire appel à lui expressément. D'ailleurs, tant que les hostilités ne sont pas ouvertes, il est hors de cause et n'est pas compétent. En fait, si le fétial ne nomme aucun dieu, c'est que c'était totalement inutile. Conformément au *ius fetiale*, tel que le décrit Tite-Live, *l'indictio belli* commence plus tôt, dès que par la *testatio deorum* les dieux sont appelés à constater les manquements de l'ennemi : sous la protection de Jupiter, Quirinus patronne dès lors toute l'affaire, mise en train dès cet instant. Elle est provisoirement interrompue pour qu'on aille chercher à Rome l'autorisation du sénat. Quand elle reprend et se conclut, il s'agit toujours de la même *indictio belli*, restée en suspens pour un motif constitutionnel, et c'est toujours Quirinus qui la patronne. Cela est si évident qu'on ne prend même pas la peine de le dire.

Dans le rituel long et minutieux que décrit Tite-Live, *l'indictio belli* est divisée en deux phases parce que, entre elles, s'intercale la *consultatio patrum*; il n'y a pas de raison de penser que l'historien se soit trompé et qu'il ait écrit à tort : *bellum ita indicit* (1, 32, 10), pour annoncer la *testatio deorum* que prononce le fétial. Il est aisé de vérifier que ce constat solennel de la violation du droit par l'adversaire fait bien partie de *l'indictio belli*. Une contre-épreuve est fournie, lorsque l'ordre des diverses phases de la procédure est différent. Certes, il arrive, selon le schéma théorique présenté par Tite-Live, que le sénat n'autorise le jet de la lance qu'après l'échec de la *repetitio rerum* (Liv. 8, 22, 8; 10, 45, 6-8). Mais le sénat peut aussi donner cette autorisation

⁸² Pour une bibliographie détaillée sur les divers emplois juridiques de la lance, voir S. Tondo, *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della manumissio vindicta*, 1967, p. 88-101.

⁸³ G. Wissova, *RK*, p. 387, n. 7; p. 554, n. 2, note deux fois ce silence.

bien plus tôt dès l'instant où les fétiaux quittent Rome pour aller chez l'adversaire pour la première fois en vue de présenter leurs réclamations. Ils sont alors dotés d'emblée du pouvoir de déclarer la guerre si leur mission échoue. Après cet échec, ils n'auront pas à revenir à Rome pour recevoir de la haute assemblée la permission de conclure l'affaire par le rite fatal. Tite-Live résume en une phrase cet autre déroulement des événements à propos du commencement de la première guerre samnite : 7, 32, 1 *positis omnium aliarum rerum curis, patres, fetialibus ad res repetendas missis, belloque, quia non redderentur, sollemni more indicto, decreverunt, ut primo quoque tempore de ea re ad populum ferretur*. Dans le membre de phrase : *belloque, quia non redderentur, sollemni more indicto*, sont apparemment sous le concept d'*indictio belli* réunis les deux rites, la *testatio deorum* et le jet de la lance, qui dans Tite-Live 1, 32 sont séparés par la *consultatio patrum*. Les *patres* ont déjà donné leur autorisation et le fétial a pu d'un trait prendre les dieux à témoin de la violation du droit et ouvrir rituellement les hostilités. Ce qui dans le récit annalistique sur le conflit avec les Samnites est implicite est dit clairement par Servius, avec cette nuance qu'il appelle *clarigatio l'indictio belli*, alors que ce mot rare est par d'autres utilisé pour désigner la *repetitio rerum* (Plin. *n. h.* 22, 5), sans que cette variation terminologique ne change rien au fond : *ad Aen.* 9, 52 *pater patratus . . . profiscebatur ad hostium fines, et praefatus quaedam sollemnia, clara voce dicebat se bellum indicere propter certas causas, aut quia socios laeserant, aut quia nec abrepta animalia nec obnoxios redderent. Et haec clarigatio dicebatur a claritate vocis. Postquam clarigationem hasta in eorum fines missa indicabatur iam pugnae principium.* – 10, 14 *profiscebatur etiam pater patratus et ante fines stans clara voce dicebat belli causam, et nolentibus res raptas restituere vel auctores iniuriae tradere, iaciebat hastam*. Servius par deux fois décrit une *indictio belli* du type de celle de la première guerre samnite. Dans le même acte, le fétial indique avec précision, le *casus belli* et déclare la guerre. On sait grâce au formulaire de la *consultatio patrum* (Liv. I, 32, 11) que le constat des délits de l'adversaire dénoncés aux dieux était assez long, alors que Tite-Live au paragraphe précédent a omis de les énumérer dans la bouche du fétial. Servius confirme que les griefs étaient détaillés. Mais, quand le sénat a mandaté à l'avance le fétial à déclarer la guerre, cette *testatio deorum* n'est pas isolée et ne fait qu'un avec les mots : *bellum indico facioque*, suivis du jet de la lance. C'est sous l'invocation de Quirinus que sur le champ elle est brandie et lancée. On comprend sans peine que Tite-Live dans son schéma théorique ait pu écrire : *bellum ita indicit* (1, 32, 10), quand le fétial invoque ce dieu pour lui exposer les délits de l'ennemi. Servius aussi inclut dans *bellum indicere* l'énoncé précis de la *belli causa*. Et quand il écrit : *praefatus quaedam sollemnia*, il fait allusion à l'appel aux dieux qui précède l'ensemble des verba : exposé

des motifs et déclaration de guerre suivie du lancement irrévocable. Au contraire, chez Tite-Live 1, 32, où la *testatio deorum* et le rite de la lance sont séparés, aucun dieu n'est pris à témoin dans la formule finale qui en même temps que ce geste ouvre les hostilités. En résumé, selon la date où le sénat donne son autorisation, à l'avance ou après l'échec de la *repetitio rerum*, les dieux sont invoqués soit au jour et à l'instant où commence solennellement la guerre, soit auparavant.

La lance du fétial n'a pas été prise parmi les *hastaes Martis* de la *Regia*⁸⁴ et elle ne se recommande même pas de ce dieu. On sait, par contre, que la lance est l'arme par excellence de Quirinus, sans cesse évoquée quand on parle de lui ou quand il apparaît sur une monnaie. Quand il dirige l'*indictio belli*, il n'est pas étonnant de retrouver cette arme de sa panoplie. Macrobe le laisse entendre : *sat.* 1, 9, 16 *Quirinum quasi bellorum potentem ab hasta, quam Sabini curin vocant*. Le propos n'est pas purement étymologique, pour faire dériver de *curis* le nom du dieu. C'est en tant que *bellorum potens* que Quirinus est doté d'une *hasta*. En temps de paix, il n'en fait rien, et en temps de guerre ce n'est pas lui mais Mars qui règne sur les combats. Quirinus est un *Mars tranquillus*, dieu de la paix armée, et sa lance ne lui sert qu'une fois, quand il déclare la guerre. Il est alors, dans la bouche du fétial, Ianus Quirinus : Ianus lui est adjoint pour présider, comme dieu des passages, à celui qui va de la paix à la guerre. Quirinus est alors dit *bellorum potens* selon un sens précis de cet adjectif, quand il est suivi du génitif. Forcellini dit à ce propos : *cum genetivo rei quam quis efficere potest* (*Lexicon* III p. 782). Quirinus n'est pas le dieu des batailles, mais il déclenche les guerres ; et à l'instant que cette définition est donnée, est rappelé, sous le nom de *curis*, l'instrument par lequel on les déclare, la *hasta* qui sert de symbole au dieu. Il faut apprécier la propriété des termes que Macrobe a emprunté à une bonne source. Il dit *bellorum potens* en deux mots et non *bellipotens* en un seul, qui est un terme du vocabulaire poétique du même type que *armipotens* ou *sapientipotens*⁸⁵. Mars est *bellipotens* (Virg. *Aen.* 11, 8), « maître de la guerre » (trad. Perret) en poésie. Quirinus est en prose *bellorum potens*, il les fait éclater.

L'excellente définition de Macrobe n'a trouvé que peu d'échos dans la science contemporaine, parce que dans les *Saturnales* c'est au sujet de Ianus Quirinus qu'elle est présentée. On ne la cite guère de nos jours à propos de Quirinus, mais de Ianus pour commenter ses épithètes⁸⁶. Et on trouve que l'explication de Macrobe éclaire mal le

⁸⁴ Contre cette opinion erronée, A. Alföldi, *Am. J. Arch.*, 1959, p. 18, n. 217.

⁸⁵ R. Degl'Innocenti Pierini, *Studi su Accio*, 1980, p. 120.

⁸⁶ G. Wissova, *RK*, p. 109, n. 1 ; G. Capdeville, *MEFRA*, 1973, p. 421.

vrai Ianus. On se trompe, sa fonction de dieu des passages est pleinement respectée, puisque à côté de Quirinus il veille à celui de la paix à la guerre. Les sources de ces quelques mots des Saturnales sont de très bonne qualité, comme l'a montré récemment la *Quellenforschung*⁸⁷. La définition de Quirinus appartient à un développement sur les épithètes de Ianus, auquel correspond un texte analogue chez Iohannes Lydus (*mens.* 4, 1). La source est la même et elle est mentionnée par Lydus, c'est Cornelius Labeon, antiquaire d'époque impériale, sans doute du III^e siècle. À travers lui, Macrobe et Lydus sont remontés à trois savants de la fin de la République, qu'ils citent l'un et l'autre à propos de Ianus : Varron, Messala l'augure, Gavius Bassus. La définition de Quirinus dans les Saturnales ne mérite nullement le mépris.

Elle tend à faire admettre, comme le rituel de *l'indictio belli*, que la lance du fétial est maniée sous le patronage de ce dieu. C'est ce que confirme la légende de Romulus. Servius place sur l'Aventin les auspices du fondateur, qui projette ensuite d'un geste presque surhumain sa lance sur le Palatin où, fichée en terre, elle se transforme en arbre : *Serv. Aen.* 3, 46 *Romulus captato augurio hastam de Aventino monte in Palatinum iecit, quae fixa fronduit et arborem fecit*. Il s'ensuit que Remus avait sans doute pris ses auspices sur le Palatin, comme l'a justement supposé Mommsen⁸⁸. Ce récit des origines de Rome renverse les termes habituels de la tradition qui place Romulus sur le Palatin et Remus sur l'Aventin. Mais Servius est en accord avec Ennius qui en des vers célèbres (ap. *Cic. div.* 1, 107-108) situe lui aussi Romulus sur l'Aventin dans le conflit auspicial qui l'oppose à son frère. On en a justement déduit que Servius avait pour source ces vers ou ceux d'un autre poète à travers la médiation d'un antiquaire⁸⁹. La fiction poétique a pris le geste du fétial pour modèle et on a raison de penser que la lance de Romulus tend à la conquête du territoire rival détenu par Remus, le Palatin⁹⁰. Ainsi sera acquis par le fondateur le sol de la *Roma Quadrata*. Sa lance enfoncée en terre devient cornouiller (Plut. *Rom.* 20, 6; cf. Ovid. *met.* 15, 530 ss.). Celle du fétial est précisément du même bois. Jusqu'à ce point va l'imitation du *ius fetiale*. Or, à l'époque d'Ennius, Romulus est, semble-t-il, déjà assimilé à Qui-

⁸⁷ P. Mastrandrea, *Un neoplatonico latino Cornelio Labeone*, Leyde, 1979, p. 21, 29 s.; cf. G. Capdeville, p. 408 s.

⁸⁸ *Ges. Schriften*, IV, p. 14; *contra*, O. Skutsch, *Studia Enniana*, 1968, p. 62 ss.

⁸⁹ Jocelyn, dans *Proceedings of the Cambridge philological society*, 1971, p. 47.

⁹⁰ J. Bayet, *Croyances et rites*, p. 27, suivi par D. Briquel dans *Recherches sur les religions de l'antiquité classique* (publiées par R. Bloch), 1980, p. 310. De même, d'après Varron (ap. *Serv. auct. Aen.*, 9, 52) le général romain jette une lance sur le territoire ennemi (*ominis causa*), sur l'emplacement du camp à établir.

rinus⁹¹, si bien que la lance du héros est celle du dieu. Des siècles plus tard, Arnobe le rappelle : *adv. nationes* 4, 3 *quod Quirinus in iaculi missione cunctorum praestiterit viribus*. Un peu plus bas il précise : *nisi Romulus tenuisset teli traiectione Palatium*.

En somme, la déclaration de guerre n'a pas seulement Quirinus comme caution, elle se sert aussi de son principal attribut, la lance. Ce « Mars tranquille » veille sur la paix, *praeest paci*, selon la formule de Servius, et, quand l'étranger la menace et viole le droit, c'est sous son autorité que l'injustice est proclamée par le prêtre dans la procédure *d'indictio belli*. Quirinus est, en période de paix, le dieu vigilant de la guerre toujours prête à éclater. Il enregistre et sanctionne les manquements au droit, et le mot *ius* revient avec prédilection dans ce rituel. Quand les armes sont au repos, il n'est pas dieu des activités pacifiques mais de la guerre en suspens. Il la tient toujours en réserve, et c'est lui qui la déchaîne avec le geste vengeur du fétial. À cet instant, sa fonction prend fin. On est sorti de la paix armée pour entrer dans l'ère des hostilités. L'autre dieu de la guerre, Mars, prend le relais.

III – QUIRINUS ET LA BAGUETTE DU IUS QUIRITUM

Il n'est pas surprenant que le droit sacré, à travers les *spolia opima* et *l'indictio belli*, contribue à éclairer la physionomie d'une personne divine. À première vue, il l'est un peu plus que le droit privé y contribue aussi. Mais la procédure civile a partie liée avec la religion, notamment dans la *legis actio per sacramentum*; et le *ius Quiritium* qu'invoquent alors les plaideurs nous ramène à Quirinus. La parenté entre *Quirites* et Quirinus n'avait pas échappé aux Romains : Varro 5, 73 *Quirinus a Quiritibus*. Et il y a lieu de se demander, en outre, si les baguettes que brandissent *in iure* les deux adversaires à la place de lances ne dépendent pas de ce dieu, comme celle du fétial.

La linguistique a ouvert une voie que la science du droit est en mesure de poursuivre. D'après l'étymologie la plus probable⁹², on explique *Quirites* par **co-virites* et Quirinus par **Co-virino* – (de même que, semble-t-il, *curia* suppose **co-viria*). Les *Quirites* sont le corps civique et Quirinus le dieu qui patronne cette communauté. On

⁹¹ G. Dumézil, *RRA*, p. 259-267; K. Latte, *RRG*, p. 113; R. M. Ogilvie, p. 84; cf. Skutsch, p. 130 ss.

⁹² P. Kretschner, *Glotta*, 1920, p. 147 ss. Cette hypothèse a été très largement suivie, notamment par G. Dumézil, *RRA*, p. 172. Pour une autre explication, G. Radke, *ANRW*, II, 17, 1, 1981, p. 284 ss.

a renoncé à voir dans les Quirites une fraction de la cité (les Sabins). Dans l'expression *populus Romanus Quirites*, comme l'a bien vu Mommsen⁹³, les *Quirites* sont les individualités qui forment le *populus Romanus*, de même que *populus* et *homines* se complètent dans l'expression : *populi Priscorum Latinorum hominesque Prisci Latini* (Liv. 1 32, 13). Quirinus préside la somme des *Quirites* et, à ce titre, il a comme parèdre la divinité qui se manifeste sous le pluriel *Virites* (Gell. 13, 23, 2 *Virites Quirini*⁹⁴ cf. *viritim*), qui désigne les parties de ce tout.

« Dieu du corps civique » à Rome n'est pas, comme on l'a dit⁹⁵, une appellation sans exemple. Wissowa (*RK*, p. 23 n. 2) avait déjà rapproché la triade romaine Jupiter, Mars, Quirinus de la triade Jupiter, Mars, Vofonius, qui apparaît dans les Tables Eugubines. Or, chez les linguistes⁹⁶ un accord s'est fait pour rattacher Vofonius à la racine **leudh* - (allemand *Leute*). De la sorte, on a pu identifier en ce dieu le patron de la communauté⁹⁷. Il est chez les Ombriens l'équivalent de Quirinus, si bien que les deux triades se correspondent trait pour trait.

Quirinus n'est ni aristocratique ni populaire, il est le dieu protecteur de tous les citoyens. Pline (*n. h.* 15, 120) rappelle que devant son temple autrefois il y avait deux myrtes, l'un appelé patricien, l'autre plébéien. Les deux ordres se rejoignaient sous sa tutelle. S'agissant d'un dieu guerrier, le myrte est bien choisi; avec lui sont faites les couronnes de l'ovation, et Pline (*n. h.* 15, 125) en fait un symbole de victoire⁹⁸.

Dieu du corps civique tout entier, Quirinus ne réserve pas sa protection aux seuls civils. Au moment de *l'indictio belli*, dont il est le témoin privilégié, il veille sur les soldats avant de les confier à Mars. Les Quirites, dont il est le tuteur, restent Quirites au moment où ils revêtent l'uniforme. Si le président des assemblées populaires dit : « *Quirites* » en s'adressant à elles et le général : « *milites* » à ses troupes,

⁹³ *Staatsrecht*, III, p. 6; cf. L. Labruna, *Labeo*, 1962, p. 340 ss.; P. Catalano, *Populus Romanus Quirites*, 1974, p. 97 ss.

⁹⁴ G. Dumézil, *Mythe et épopée*, III, 1973, p. 80; R. E. A. Palmer, *The Archaic community of the Romans*, Cambridge, 1970, p. 167.

⁹⁵ C. Koch, *Religio*, p. 27.

⁹⁶ E. Bénéviste, *RHR*, 1945, p. 15 s. (reproduit dans G. Dumézil *L'héritage indo-européen*, 1949, p. 225); G. Radke, *RE*, S. 9, 1962, 1799 s., 1817. Pour un complément de bibliographie, G. Radke, *Die Götter Altitaliens*, 2^e éd., p. 363. Sur le suffixe *-no*, H. Rix, dans *Gli Etruschi e Roma*, Roma, 1981, p. 123.

⁹⁷ Mais il ne s'agit pas d'un dieu de la paysannerie, comme on l'a dit. Contre cette thèse, A. J. Pfiffig, *Religio Iguvina*, Vienne, 1964, p. 41.

⁹⁸ Sur cette fonction du myrte, R. Schilling, *Vénus*, 1982, p. 217 ss.; A. Alföldi, *Die zwei Lorbeerbäume des Augustus*, Bonn, 1973, p. 3.

il ne s'ensuit pas que l'opposition des deux termes, rendue célèbre par une anecdote césarienne, soit irréconciliable⁹⁹. La formule de la *rogatio* : « *velitis, iubeatis, uti . . . vos Quirites rogo* » (Gell. 5, 19, 9) s'emploie pour toutes les assemblées délibérantes, y compris l'*exercitus urbanus* formé par les centuries¹⁰⁰. Encore plus éclairante est une formule des *Tabulae Censoriae* : « *omnes Quirites pedites armatos, privatosque curatores omnium tribuum* » (Varro 6, 86)¹⁰¹. Ces documents officiels font obstacle à la tentative de réduire les Quirites au seul groupe des civils, comme si Quirinus était un dieu pacifique.

À Rome, le culte n'offre guère d'occasion de reconnaître en Quirinus ce dieu du corps civique que la linguistique laisse transparaître dans la formation du mot. À l'intérieur de la religion, cette fonction du dieu reste une pieuse affirmation de la science contemporaine. C'est en procédure civile qu'elle se manifeste au plein jour. Si l'on fait abstraction des sens dérivés de l'expression *ius Quiritium*, la *legis actio per sacramentum* en livre le sens archaïque à travers la clause *ex iure Quiritium*, dont l'absence dans les actions *in personam* aussi bien que dans la *sponsio* a depuis longtemps frappé l'attention¹⁰². C'est que cette clause est la marque procédurale des droits absolus, non seulement parce qu'ils sont opposables à tous, mais parce qu'ils sont garantis par tous : propriété absolue par opposition à la proprié-

⁹⁹ Sur ces emplois contrastés de *Quirites* et *milites* face aux assemblées populaires ou l'armée : Liv., 45, 37, 14; Suet., *Iul.*, 70.

¹⁰⁰ Th. Mommsen, *Staatsrecht*, III, p. 312 n. 2; Brissonius, *De form.*, 11 § 1. Cette remarque rend caduque l'utilisation que G. Dumézil (*RRA*, p. 270) fait de Varro 6, 88 (extrait des commentaires consulaires) en vue de rendre probable que le mot *Quirites* ne s'applique pas à l'*exercitus* des centuries.

¹⁰¹ Sur ces mots des *tabulae censoriae* et leur ponctuation voir Mommsen, *Staatsrecht*, II, p. 361 n. 6; 364. Sur la portée de l'extrait voir mes *Recherches sur l'imperium*, Paris, 1968, p. 49 s. La ponctuation que propose Th. Mommsen est contestée; les différents éditeurs sont hésitants, cf. R. E. A. Palmer, *Archaic community of the Romans*, Cambridge, 1970, p. 159, n. 1. En fait, le texte vise le *lustrum*, comme je l'ai montré, non le cens, comme on le croit en général. Il est paraphrasé par Tite-Live : 1, 44, 1 *censu perfecto . . . omnes cives Romani, equites peditesque*. Chez Varron *equites* est à rajouter : sur ce point, Riganti, *De lingua latina libro VI*, 1978, p. 181, qui a bien compris qu'il s'agissait du *lustrum*. La mention *armatos* chez Varron s'explique parce qu'au *lustrum* les centuries sont en équipement militaire complet (*DH*, 4, 22, 1).

¹⁰² De nouveau sur ce thème, A. Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*, 4^e éd., Naples, 1980, p. 121 ss. – Pour une vue générale du *ius Quiritium* : M. Kaser, *R. Privatrecht*, 1, p. 32; Albanese, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, 1978, p. 82 s.

té relative, puissance paternelle et sans doute aussi *manus*, liberté¹⁰³. Il ne faut pas parler à ce propos de justice populaire, laquelle n'a même dans les temps anciens qu'un faible domaine (p. ex. *obvagulatio*). Il s'agit de tout autre chose. À une époque où la distinction entre droit privé et droit public n'a pas encore trouvé sa formulation doctrinale, le corps civique tout entier est concerné par la défense des droits fondamentaux des particuliers. Ce n'est pas seulement que ces droits sont opposables à tous, c'est aussi que l'ensemble des Quirites est appelé à fournir un témoignage qui sert aussi de garantie, les deux choses étant autrefois complémentaires. Quand un plaideur affirme qu'il dispose *ex iure Quiritium* d'un droit absolu, par ces mots il s'adresse à tous ses concitoyens pour qu'ils lui apportent leur soutien. À une époque où l'écrit est rare, où il n'y a pas de cadastre et pas de registres d'état civil, les droits absolus, qu'il s'agisse aussi bien de l'état civil que du patrimoine, reposent sur l'assistance du corps civique, c'est ce qu'il faut entendre par *ius Quiritium*, sans omettre une certaine emphase comme dans l'expression *comitatus maximus* qui s'insère au III^e siècle dans les XII tables pour désigner la souveraineté des centuries¹⁰⁴. L'idéologie paradoxalement ne fait pas défaut à la langue juridique de l'ancien temps. On ne parle pas de droits *ex iure Quiritium* en ce seul sens qu'ils doivent être respectés par tous, mais parce qu'ils sont défendus grâce au témoignage de tous. Dans la conception archaïque, le témoin est aussi garant¹⁰⁵. Il y a des droits, comme la propriété relative ou les obligations, qui dépendent d'une preuve testimoniale limitée à quelques personnes. Le propre, au contraire, des droits absolus est de s'appuyer sur leur reconnaissance par la totalité des citoyens. Il n'y a là ni fausse symétrie ni romantisme juridique. Les Romains en avaient conservé le souvenir. À propos du procès de Virginie, où s'entrelacent à l'encontre d'un prétendu propriétaire, une *causa liberalis* et une *vindicatio de patria potestas*, Tite-Live précise que tout le monde était sur place : il ne s'agit pas seulement, au premier jour, d'*implorare fidem Quiritium* (3, 44, 7 ; 45, 9) contre un abus de pouvoir ; au deuxième, dès l'aube, au moment où le procès va se lier, tout le corps civique est là : *civitas in foro* (3, 47, 1). Ce n'est pas simplement affaire d'émotion pour un procès particulièrement grave ; l'annalistique, en poussant les choses à la limite, a enregistré le principe, resté longtemps en vigueur, que la liberté et la puissance paternelle, comme les autres droits absolus, s'établissent à l'aide de n'importe quels témoins, aussi nombreux que possible, pris

¹⁰³ Le point de départ du problème est dans Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 1908 p. 67, n. 15 ; voir mes remarques dans *RIDA*, 1981, p. 145 ss.

¹⁰⁴ A. Magdelain, *Iura*, 20, 1969, p. 280 ss.

¹⁰⁵ Pringsheim, *RIDA*, 6, 1951, p. 161-176.

dans l'ensemble des citoyens, parce que ce sont des situations juridiques durables et connues de tous. Au contraire, les délits et les actes juridiques ne peuvent être prouvés que par les seules personnes qui y ont assisté. L'emphase romaine, reprise par Tite-Live, tend pour certaines situations privées à mettre la garantie des Quirites en justice sur le même plan que leur vote dans les assemblées populaires.

La propriété relative a pour support un simple titre privé, en particulier *l'emptio* librale. *L'auctor* est tenu de fournir sa garantie et les témoins de l'acte doivent déposer en justice. Après le délai de l'usucapion, *l'auctoritas* individuelle de l'aliénateur est remplacée par *l'auctoritas* collective des Quirites. L'asyndète décemvirale *usus auctoritas* fait état, une fois le délai expiré, d'une possession, *usus*, doublée de la garantie du corps civique, *auctoritas*. Cette masse de témoins est clairement définie, dans cette formule des XII tables, comme une masse de garants, très précisément au moment où, sauf furtivité de la *res*, aucune éviction n'est plus possible. C'est à cette situation que correspond la formule vindicatoire : *ex iure Quiritium meum esse aio*. Elle place la propriété absolue, issue de la possession prolongée sous la protection du corps civique tout entier. Autrefois, la propriété relative devait se contenter d'un simple : *meum esse aio*, sans référence aux Quirites. Cette formule rudimentaire a disparu des archives du droit à partir du moment, à l'époque médio-républicaine, où le principe de la propriété absolue a été généralisé. Le demandeur était réputé, désormais affirmer toujours un droit inattaquable, même s'il n'avait pas bénéficié lui-même de l'usucapion. Cela résultait des transformations de la procédure qui ne tolérât plus de situations fluides dans le régime de la revendication. Aussi bien, la propriété civile était toujours *ex iure Quiritium*, quel que fût le titre, s'il était valable. Sauf usucapion, cette clause ne faisait plus appel à la masse des Quirites¹⁰⁶.

C'est aussi cette masse qui fournissait la preuve de l'état des personnes. Il n'y avait pas de registres d'état civil et les listes du cens n'en tenaient pas lieu. Elles n'apportaient qu'un commencement de preuve : Cic. *Arch.* 11 *sed quoniam census non ius civitatis confirmat ac tantum modo indicat eum qui sit census ita se iam tum gessisse pro cive*. Comme le note Mommsen¹⁰⁷, si le droit de cité était litigieux, ces listes n'offraient qu'une preuve, c'est que la personne en jeu avait affirmé ce droit au moment du recensement. Le censeur ne procédait pas alors à une vérification approfondie. L'inscription sur le cens, à elle seule, ne créait aucun droit, elle se bornait à enregistrer, sans la

¹⁰⁶ Elle s'introduit à la même époque dans la mancipation : *RIDA*, 1981, p. 140.

¹⁰⁷ *Staatsrecht*, II, p. 374 ; cf. F. De Visscher, *Nouvelles études*, 1949, p. 133 ; De Martino, *Lab.*, 1974, p. 186 note.

garantir, une situation établie. S'il en va autrement pour l'esclave affranchi *censu*, qui grâce à la volonté de son maître trouve dans son inscription la source de son nouvel état, il n'y a pas à tirer de cet artifice juridique de conclusions générales sur la fonction du cens pour les autres citoyens¹⁰⁸.

C'est ailleurs qu'il faut chercher la preuve de l'état des personnes. Les expressions *liber ex iure Quiritium* (Cic. *Caec.* 96) et *filius suus ex iure Quiritium* (D. 6, 1, 1, 2)¹⁰⁹ renvoient au témoignage des Quirites qui permet, au-delà de la commune renommée, de remonter au fondement même du statut du citoyen, en général la naissance¹¹⁰. La preuve de la liberté est liée le plus souvent à celle de la filiation (Plaut. *Poen.* 1345 *quia hasce liberas ingenuasque esse filias ambas meas*)¹¹¹. Dans le cas de Virginie, l'affirmation de la puissance paternelle paraissait le meilleur moyen pour la faire échapper à une servitude injustement revendiquée. Au-delà de la naissance, le mariage des parents et leur propre liberté étayent celle des enfants, et de proche en proche on atteint un nombre de plus en plus grand de Quirites en vue d'établir tout cela. Dans cette affaire, le droit rejoint la linguistique. *Liberi*, «enfants», est le pluriel de l'adjectif *liber*¹¹². La liberté se prouve par l'appartenance à une souche : la racine **leudh-*exprime l'idée de croissance.

Le testament comitial, comme le procès de Virginie chez Tite-Live, se déroule devant le corps civique tout entier. Il n'est pas là pour voter, ce qui serait contraire au nom même de l'opération, mais seulement pour prêter son assistance. D'ailleurs, l'assemblée n'est pas délibérante, puisqu'elle a lieu dans la partie néfaste des deux jours réservés au testament, portant dans le calendrier le sigle QUANDO REX COMITIAVIT FAS (24 mars, 24 mai), ce qui signifie que la journée devient faste une fois l'acte de *comitiare* (présidence des comices) achevé¹¹³. On a raison de penser que la formule *vos Quirites testimonium mihi perhibetote* (Gaius 2.104), du testament libral, ridicule devant cinq

¹⁰⁸ À partir de ce mode d'affranchissement, Last, (*JRS*, 1945, p. 36 ss.) a induit une critique de Mommsen (note précédente); cf. P. A. Brunt, *Italian Manpower*, Oxford, 1971, p. 34, 91 s.

¹⁰⁹ Mitteis, cit; Albanese, p. 83.

¹¹⁰ Je laisse ici de côté le problème de la possession d'état en droit classique; cf. Franciosi, *Processo di libertà*, 1961, p. 72, 133, 141; M. Kaser, *R. Privatrecht*, 1, p. 288, n. 61.

¹¹¹ Witt, *SDHI*, 1971, p. 244.

¹¹² E. Bénéviste, *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, 1969, 1, p. 324.

¹¹³ Voir mes remarques dans *RHD*, 58, 1980, p. 5-11.

témoins, provient du testament comitial¹¹⁴. Le testateur place ses dernières volontés sous la protection de tous ses concitoyens.

En somme, l'institution d'héritier et les divers droits absolus du citoyen romain reposent sur le témoignage et la garantie de tous. Pour la propriété absolue, le délai d'usucapion est requis, et il faut que la *res* ne soit pas *furtiva*. Pour les autres droits absolus, il n'est pas question de délai. D'emblée, dès la naissance, la puissance paternelle est acquise, et la liberté aussi. Tous ces droits *ex iure Quiritium* ont comme répondants l'ensemble des citoyens, et ceci conduit à un rapprochement inattendu entre les témoins d'un procès et les membres des comices calates, lesquels ne votent pas et assistent simplement à un acte. À la limite, dans un procès où un droit absolu est en cause le corps civique, comme pour Virginie, est réputé présent, comme il l'est aussi dans les comices du testament. En théorie pure, le droit quiritaire aussi bien en justice que dans l'assemblée calate suppose la participation de l'ensemble des citoyens. Dans la cité archaïque, le droit privé, dans ses éléments les plus relevés, a ceci de commun avec le droit public et le culte. Autant que faire se peut, la cité a plaisir à être souvent réunie.

Que Quirinus patronne le *ius Quiritium*, c'est ce qu'on est amené à penser pour plusieurs raisons. Quirinus est le dieu des Quirites et étend sa tutelle sur le corps civique, or celui-ci s'assemble en plus ou moins grand nombre soit spontanément en justice, soit sur convocation dans les comices du testament, pour garantir les droits absolus *ex iure Quiritium*. Comment ces réunions laisseraient le dieu indifférent? Le lien entre Quirinus et le droit quiritaire apparaît clairement à travers le symbole par excellence du dieu, la *hasta*, qui sous le succédané de la *festuca* sert à ponctuer d'un geste, devant le magistrat, la formule vindicatoire des plaideurs : *ex iure Quiritium meum esse aio* (Gaius 4, 16).

À propos de ce rituel, Gaius indique que la baguette est *loco hastae*, et il n'a pas tort de voir en elle en procédure civile un *signum iusti dominii*, mais sa définition est trop étroite. Le geste de la *festuca*, comme substitut de la lance, accompagne aussi *in iure* la *vindicatio* des autres droits absolus. S'il est vrai que pour la *causa liberalis* la baguette est omise dans nos sources¹¹⁵, sauf, faut-il ajouter, dans une tardive glose gréco-latine (καρπισμός *vindicta*, G. Goetz, *Glossae latino-graecae et graecolatinae*, 1888, p. 339, 5), dans l'affranchissement par la vindicte, qui est une transposition de ce procès sur le mode gracieux, elle est fortement attestée (p. ex. Pers. sat. 5, 174 s *in festu-*

¹¹⁴ Sur ce point voir mes indications dans *Hommages à R. Schilling*, 1983, p. 169.

¹¹⁵ P. Noailles, *Du droit sacré au droit civil*, Paris, 1949, p. 188.

ca, *lictor quam iactat ineptus*)¹¹⁶ entre les mains d'un licteur qui joue le rôle d'*adsertor libertatis*. Il est facile de comprendre pourquoi une simple baguette a remplacé la lance. La zone intrapomériale est délimitarisée, et ceci paraît peu compatible avec le port d'armes; en tout cas en justice devant le magistrat la sidérophorie n'est pas admise¹¹⁷.

Dans le procès in *rem*, chaque plaideur saisit l'objet d'une main et place de l'autre sur lui la baguette. Il n'y a pas à revenir sur l'interminable controverse qui cherche à voir dans cette scène soit un simulacre de combat soit une «manifestation rituelle de force» (Noailles), sans la moindre parcelle de *Selbsthilfe*. Il s'agit d'autre chose. Le magistrat n'arrête pas une rixe déjà engagée, même fictive, et n'est pas le spectateur de simples rites. La double mainmise et l'orientation de la baguette non vers l'adversaire mais vers l'objet ne simulent pas un combat, mais sont le prélude à une lutte armée qui n'aura pas lieu. La nuance est appréciable. Chaque plaideur est sur le point de transformer son attitude menaçante en véritable violence. La double mainmise, *conserere manu(m)*, selon une expression qu'enregistrent les XII tables (6, 5a), commence par n'être qu'une appréhension bilatérale (Gell. 20, 10, 7 *cum adversario simul manu prendere*), mais on risque d'en venir aux mains, et dans l'usage courant du latin on est aisément passé d'un sens à l'autre¹¹⁸. La baguette, autrefois la lance, pointée sur l'objet, va l'être dans un instant sur l'adversaire, si le magistrat n'intervient pas. Il n'y a encore aucune violence, même figurée, mais le recours à la force est annoncé. Chaque plaideur manifeste que sa propriété, solennellement affirmée par la parole et par le geste, sera défendue. Le magistrat déclare: *mittite ambo hominem*, non pour arrêter un combat qui n'a même pas commencé, mais pour empêcher que la double menace des plaideurs ne soit mise en exécution, il n'y a pas à se demander si la lutte eût été réelle ou feinte, puisque l'autorité publique l'interdit à temps. Dans les temps historiques, le remplacement de la lance par une *festuca* suffit à montrer que l'éventualité d'un duel est présentée comme une fiction.

On a souvent comparé les paroles de cette action de la loi avec celle du fétial au cours de la *rerum repetitio*, adressée à un peuple

¹¹⁶ Voir les autres textes dans l'étude de Meylan, *Studi Arangio-Ruiz*, IV, p. 478. – À propos de Fest. 460 L v. *sertorem*, on discute pour savoir si l'*adsertor* intervient ici dans un procès ou dans l'affranchissement: voir H. Lévy-Bruhl, *Quelques problèmes de très ancien droit romain*, 1934, p. 60, et récemment S. Tondo, *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della manumissio vindicta.*, 1967, p. 25.

¹¹⁷ Pour ce même problème en Grèce, voir G. Glotz, *Solidarité de la famille en Grèce*, Paris, 1904, p. 398.

¹¹⁸ Sur cette évolution du sens de ce verbe, Ernout-Meillet, *Dict.*, 4^e éd., p. 618; Santoro, *Annali del seminario giuridico di Palermo*, 32, 1971, p. 529.

étranger. Le rapprochement est justifié, même si l'issue n'est pas la même : un jugement en droit privé, la guerre en droit international. Il faut aller plus loin : la ressemblance n'est pas seulement dans les *verba*, mais surtout dans l'emploi d'une lance ou de son substitut. À la *repetitio* du fétial, restée sans résultat, fait suite *l'indictio belli* qui se conclut par le jet de la *hasta sanguinea*. *In iure*, le titulaire de la *iuris dictio* ne tolère pas que les deux lances, plus tard les baguettes, pointées sur l'objet, se lèvent et se dressent l'une contre l'autre. Sur son ordre, les plaideurs lâchent l'objet et abandonnent leurs armes ou ce qui en tient lieu : *illi mittebant*. Est-il téméraire de penser que la lance du fétial et la baguette, *loco hastae*, des plaideurs sont également placées sous l'autorité de Quirinus ? C'est ce dieu qui patronne *l'indictio belli* par le fétial depuis la *testatio deorum*, qui constate la violation du droit par l'ennemi, jusqu'à l'instant où la lance est projetée dans le territoire adverse. À l'époque où le *sacramentum* était une procédure religieuse, comment Quirinus serait-il absent au moment où deux citoyens, devant les Quirites au moins partiellement réunis *in iure*, manient eux aussi, comme le fétial, la lance ou son symbole en vue de faire valoir un droit absolu qu'ils déclarent, dans une *vindicatio* solennelle, être *ex iure Quiritium*. Tout laisse supposer que le patron divin du corps civique veille à ce drame : c'est la totalité des Quirites qui est garante des droits absolus et elle est, au moins en partie, sur place ; un duel est sur le point de s'engager à l'aide de la lance qui est l'attribut favori du dieu. Quirinus, qui entre peuples veille à l'ouverture rituelle des hostilités, peut difficilement, en qualité de gardien de la paix armée, ne pas être là lorsque entre citoyens elle va, avec la même arme que manie le fétial, se transformer en guerre, cette fois privée.

La suite n'est pas confiée à Mars comme sur les champs de bataille, le duel n'aura pas lieu, mais à Jupiter qui est le dieu des serments. Après que le magistrat se soit interposé, alors par le défi : *sacramento te provoco*, on passe de Quirinus à Jupiter. Mars a été contourné, mais il avait failli intervenir, comme entre Rome et l'ennemi après l'échec de la *repetitio rerum* et *l'indictio belli* qui fait suite. Entre peuples, Mars règne sur les hostilités. La triade Jupiter-Mars-Quirinus domine tout le problème de la guerre : dans le long rituel qui tend à la déclarer, ce sont Jupiter et Quirinus (Liv. 1, 32, 10) qui sont témoins de la violation du droit ; quand la guerre a éclaté, sous le patronage de Quirinus, Mars veille ensuite sur les combats. En procédure civile, entre plaideurs la déclaration des droits absolus est placée sous la tutelle de Quirinus, le magistrat interdit le duel que Mars eût stimulé, et grâce au *sacramentum* toute l'affaire passe alors à Jupiter. Entre citoyens, on s'épargne le déchaînement de Mars qui prévaut entre peuples. Seuls Jupiter et Quirinus interviennent.

* * *

La baguette, *festuca*, utilisée par les plaideurs est appelée *vindicta* dans la formule que chacun prononce au début du procès : *vindictam imposui*; cette formule sera reprise dans la suite du dialogue. Gaius explique : *homini festucam imponebat*. La baguette est placée sur l'esclave par chaque plaideur. Gaius aurait-il mal compris? Faut-il donner à *vindicta* dans la formule un sens voisin de *vindicatio*? S'agit-il simplement du rite (*verba* et gestes) par lequel la prétention s'exprime? À ce propos, on déclare souvent que l'équivalence entre *vindicta* et *festuca* n'est que tardivement attestée, en particulier par Boèce (ad. Cic. Top. 2, 10). Il n'est pas évident que le problème méritait d'être posé dans ces termes. À propos de l'affranchissement, le mot *vindicta* a clairement le sens de baguette, non seulement chez Cicéron (*Rab. perd.* 16 *vindicta una liberat*), Horace (*Sat.* 2, 7, 76 *ter vindicta quaterque imposita*), Perse (5, 88 *vindicta postquam meus a praetore recessi*; 5, 125), mais déjà chez Plaute : *Curc.* 212 *vindictam para*, à propos d'un projet d'affranchissement¹¹⁹. On n'a pas le droit d'omettre ces textes quand on traite du *sacramentum*. L'affranchissement par la vindicte dérive, sous forme gracieuse, de la *causa liberalis*, qui est intentée selon cette action de la loi. Qu'il s'agisse de *rei vindicatio* ou de *vindicatio in libertatem*, *vindicta* a le même sens. Ce n'est pas tout. Dans les deux cas, on parle de *vindictam imponere*. Les textes qui le font pour l'affranchissement doivent être versés au dossier du *sacramentum*; les gestes sont les mêmes, la procédure gracieuse est la copie du procès. On vient de voir un vers d'Horace qui parle de *vindicta imposita* sur l'esclave à affranchir. Or, ce rite était à la fois l'œuvre du licteur jouant le rôle d'*adsertor libertatis* dans l'affranchissement (Perse 5, 175; Boèce cit.) et du maître dans le même acte (Tryph. D. 49, 17, 19, 4; Ulp. D. 40, 12, 12, 2; Paul D. 40, 1, 14, 1). Ces deux gestes ont été diversement appréciés selon l'image que l'on tend à se faire de l'ensemble de l'opération¹²⁰. Ce qui importe, c'est de retenir que *vindictam imponere* a le même sens technique dans la *legis actio per sacramentum* et dans le mode d'affranchissement qui l'a prise pour modèle.

¹¹⁹ Sur ce vers de Plaute : H. Lévy-Bruhl, *Quelques problèmes*, p. 63, note; Brogini, *Coniectanea*, 1966, p. 120, note; S. Tondo, *Aspetti*, p. 11, 15, 80, 118.

¹²⁰ Karlowa R. *Rechtsgeschichte*, p. 132-133; Wlassak, *ZS*, 28, 1907, p. 3-6; Meylan, *Studi Arangio-Ruiz*, 4, 1952, p. 476 ss.; M. Kaser, *R. Privatrecht*, I, p. 294. Nous laissons de côté le bas-relief du musée de Mariemont à propos duquel on discute pour savoir s'il représente un affranchissement par la vindicte : récemment sur la question, Wacke, *Studi Biscardi*, I, p. 117 ss., E. Pack, *Fest. Vittinghoff*, 1980, p. 179 ss.

À ce compte, on peut mieux comprendre les formules prononcées devant le magistrat par les plaideurs dans l'ancien procès *in rem*. Chacun appréhende l'objet et déclare : *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*. Puis, d'une autre main la baguette est placée sur l'objet, et une autre formule fait suite aussitôt : *secundum suam causam*¹²¹, *sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*. La baguette est déjà posée, quand le plaideur dit : *vindictam imposui*. Gaius commet une légère inexactitude, quand il précise : *et simul homini festucam imponebat* (cf. 4, 21 *et simul aliquam partem corporis eius predebant*, où *simul* correspond au présent *manum inicio*). *Imposui* renvoie à un geste déjà accompli, et si Gaius s'est trompé de quelques secondes sur l'instant précis, c'est qu'il n'a pas voulu couper les deux formules, soudées dans son récit, par une remarque sur le rite de la baguette, il la rejette après l'énoncé global des *verba*¹²², de même qu'il avait indiqué auparavant le geste d'appréhension. À chacune des deux formules correspond séparément un geste qui la ponctue. On a cherché à Gaius une autre chicane : *hominis* ferait fâcheusement écho à *tibi*, comme si le plaideur s'adressait à l'esclave litigieux pour lui dire qu'il avait posé sur lui la baguette. On lave sans peine Gaius de ce soupçon, juridiquement la confusion est impossible. S'agit-il d'une autre maladresse de style ? Même pas. Pour un Romain, il n'y avait aucune correspondance entre *tibi* de la formule et *hominis* du commentaire, sans qu'il soit nécessaire d'en appeler à la logique du droit. *Tibi* ne peut être que l'adversaire, parce que *ecce tibi* est une expression courante à propos de laquelle Forcellini remarque : *aliquando eleganter additur dativus «tibi», quod quidem redundat, sed addit tamen demonstrandi vim* (*Lexicon* II v. *ecce* p. 220). Plus brièvement il s'agit d'un datif «éthique»¹²³, c'est-à-dire qui ajoute simplement une valeur expressive ; ajoutons : avec ici une note d'agressivité qui ne concerne nullement le malheureux esclave. Les rédacteurs de la formule auraient fort bien pu faire l'économie de ce *tibi*, dont ils se passent ensuite quand il est dit : *sicut vindictam imposui*. Cette insistance n'est pas la seule du dialogue, on en retrouve une autre, encore plus forte, dans l'interrogation : *postulo anne dicas...* alors que la question pouvait être posée plus simplement.

¹²¹ Une *nota* de Valerius Probus (4, 6) recommande de placer *secundum suam causam* dans la deuxième formule.

¹²² On trouve une explication voisine chez H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, p. 48 s. De même, dans la mancipation la clause : *emptus esto hoc aere aeneaque libra*, présente au passé comme un fait déjà accompli une opération concomitante ; cf. Prichard, *LQR*, 1960, p. 413 ss.

¹²³ Hofmann-Szantir, *Lateinische Syntax und Stilistik*, 1972, p. 93.

Au début du procès, la coordination des deux formules prononcées d'un trait s'est obscurcie dès la période médio-républicaine, quand la propriété absolue s'est généralisée. Désormais, en matière civile la clause *ex iure Quiritium* et l'emploi de la baguette peuvent se rapporter à l'usucapion comme à tout titre de propriété. À l'époque ancienne, il en va autrement : seule est quiritaire la propriété reposant sur la possession prolongée. La propriété relative, dépendant d'un *auctor*, n'a pas pour support la garantie, *auctoritas*, du corps des Quirites. Dans les temps anciens, le rituel du *sacramentum in rem* dévoile d'emblée le fondement, *causa* (le mot revient ensuite dans le dialogue des plaideurs), de la revendication, alors que dans les temps plus récents les mêmes formules laissent cette question sans réponse. Qui dit *ex iure Quiritium meum* renvoie expressément à l'usucapion. Y renvoie aussi la baguette. Ce symbole de Quirinus ne trouve d'emploi que pour les droits absolus, garantis par l'ensemble des citoyens, il est absent des procès *in personam* et de la *manus iniectio* sur le débiteur. Les mots «*secundam suam causam sicut dixi*», visent dans la formule précédente la clause *ex iure Quiritium*, qui se rapporte en matière de propriété à l'usucapion, et de celle-ci la baguette est le signe tangible. La première formule est un énoncé juridique qui fait connaître le fondement de l'action. La deuxième : *vindictam imposui*», confirme comme un fait accompli le geste par lequel ce même fondement trouve une expression sensible.

Le premier plaideur (*qui prior vindicaverat*) feint de ne pas en croire ses oreilles, avec obstination il demande que soit répétée la *causa* qui vient d'être énoncée : «*postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*». Ce n'est pas, comme on croit, un rebondissement de l'affaire, c'est une lourde demande de confirmation. Le sens est : «ose donc le redire». La réponse est claire, elle répète ce qui a déjà été dit : «*ius feci sicut vindictam imposui*». D'une part, *ius feci* se rapporte à *ex iure Quiritium*, l'usucapion est à nouveau affirmée; d'autre part, *sicut vindictam imposui* rappelle le rite de la baguette, qui met la revendication sous la protection de Quirinus et de ses Quirites, témoins de la possession prolongée.

Ces formules appartiennent à l'ancien, non au très ancien droit. *Vindicta* comme synonyme de *festuca* est un sens dérivé. Il fut un temps où la lance n'avait pas encore été remplacée, il n'était pas alors question de *vindictam imponere*, expression à laquelle on ne connaît qu'un sens matériel. *Vindicta* est d'abord autre chose; étymologiquement, comme on l'admet en général, elle est la *vis dicta*¹²⁴. *Vindicere*

¹²⁴ Sur ce problème étymologique voir notamment : Walde-Hofman, *Lat. etym. Wörterbuch*, II, 1954, p. 793; Leumann, *Lateinische Laut- und Formen-lehre*, 1977, p. 267; Wesener, *RE*, S. 14 (v. *vindex*), 885 s., 1974. Dans un autre sens : Broggin,

(XII t. 3, 3), c'est *vim dicere*. Cette opération est l'œuvre du *vindex*. Elle se manifeste dans le substantif comme dans le verbe. Le *vindex* n'annonce pas sa propre *vis*, réelle ou figurée. Comme l'avait bien vu Mommsen¹²⁵, il dénonce celle d'autrui. Il le fait dans la *manus iniectio* sur le débiteur, lorsqu'il procède à l'acte de *manum depellere*, mais il ne manie alors ni lance ni baguette, parce qu'aucun droit absolu n'est en cause, on n'a pas besoin à propos d'une obligation du témoignage de la masse des Quirites. Au contraire, dans le *sacramentum in rem* ce témoignage est nécessaire pour les droits absolus, l'arme de Quirinus en est l'emblème. Lorsque, devenue baguette, elle prend plus tard le nom de *vindicta*, cela laisse clairement entendre que dans ce procès le mot avait, d'une manière ou d'une autre, commencé par avoir son sens pur. On avait dénoncé la *vis* d'autrui en un temps où, comme on sait, la dépossession du propriétaire passait pour délictuelle. Il est difficile de concevoir cette *vindicta* autrement que comme l'acte du *vindex*. Les formules n'étaient pas alors celles que cite Gaius.

Ce *vindex* contrairement à celui de la *manus iniectio*, est armé de la lance. Il est le champion de Quirinus. Il parle au nom de tous les Quirites, il vient au secours du propriétaire en difficulté, comme à celui des titulaires d'un droit absolu. Il défend la propriété absolue, la puissance paternelle, la *manus*. La *vindicta* est la dénonciation des atteintes portées à ces différents droits. Les Quirites sont présents pour ratifier et l'affaire s'arrête là. Il n'y a pas de *sacramentum* ou de juge. Grâce au *vindex* tout a été réglé sous l'autorité de Quirinus. Jupiter n'a pas eu à intervenir. On rejoint l'intuition de R. Düll¹²⁶ qui voyait, dès avant la guerre, dans le *vindex* un précurseur du *iudex*, en usant d'autres arguments. Cette idée profondément juste a été rejetée à tort. Elle doit son insuccès à l'insuffisance de la démonstration qui ignore la protection des droits *ex iure Quiritium* par le corps civique. Chez ce savant, le *vindex* reste un personnage isolé, qui ne saurait suffire à sa tâche.

Coniectanea, 1966, p. 119 s. (avec une ample bibliographie). Contre Ernout-Meillet, *Dict.*, v. *vindex* (où l'étymologie couramment admise est mise en doute), voir les remarques de Nicolau, *Causa liberalis*, 1933, p. 125, n. 215. En outre sur les aspects juridiques de ce problème : P. Noailles, *Fas et Ius*, Paris, 1948, p. 53 ss.; *Du droit sacré au droit civil*, Paris, 1949, p. 72 ss.; G. Pugliese *Legis Actiones*, 1961-62, p. 30 s. 61.

¹²⁵ Th. Mommsen, *R. Geschichte*, I, p. 153 (trad. Alexandre : *Hist. Rom.*, 1, p. 210); voir aussi Maria, *Le vindex*, 1895, p. 8 s.; H. Krüger, *Geschichte der Capitis Deminutio*, 1887, p. 194. Sur cette thèse : P. Noailles, *Fas et Ius*, p. 57; H. Lévy Bruhl, *Recherches*, p. 168.

¹²⁶ ZS, 1934, p. 98-136; 1935, p. 9-35.

Dans la Rome archaïque, les choses ne pouvaient s'arrêter là. Il est peut-être hasardeux de se demander si le *vindex* avec son arme était en posture de devenir le champion d'un duel contre un adversaire qui se déclarait irréductible. Plus simplement, il faut penser que contre le *vindex* la contradiction n'était pas toujours impossible, en particulier si l'adversaire faisait valoir contre l'usucapion la furtivité de la *res* ou un titre émanant d'une *emptio* librale plus récente. Bien des motifs ont dû rendre un débat contentieux inéluctable, et alors il a bien fallu passer de l'affirmation du *vindex* à l'examen approfondi d'un *iudex*. Ainsi paraît être née la justice civile. Au lieu d'un règlement par Quirinus, il a fallu recourir à une sentence judiciaire, qui avait pour mission de trancher entre deux serments prêtés au nom de Jupiter. Le patron des Quirites a dû céder la place au dieu souverain. Si jamais l'ordalie a existé à Rome, ce n'est pas quand la justice civile vient de naître, elle fait son apparition pour apprécier des preuves rationnelles. Ce n'est pas devant le *iudex*, mais contre le *vindex* que l'ordalie a pu être l'épreuve suprême. Il ne faut pas exclure que le *vindex* ait pu livrer un duel avec l'arme de Quirinus contre un adversaire sûr de lui. Devant la justice civile, ce genre d'épreuve n'aura plus sa raison d'être.

Toutefois, devant le *iudex* il faut sans doute compter sur une phase de transition où les droits absolus continuaient d'être affirmés à la place du titulaire par un *vindex* face à l'adversaire. Le juge tranchait sans ordalie par un examen rationnel de l'affaire. Mais, comme ce sera plus tard souvent le cas en matière de *manus iniectio*, on s'est bientôt passé du *vindex* dans le *sacramentum in rem*, et le titulaire d'un droit absolu a pu agir en son propre nom. La *vindicatio* est désormais l'œuvre du plaideur, excepté la *vindicatio in libertatem* qui est réservée à un *adsertor*¹²⁷. Cette nouveauté se reflète dans le vocabulaire. Le verbe archaïque *vindicere*, enregistré dans les XII tables (3, 3), reste lié au *vindex* et ne désigne plus que son activité dans la *manus iniectio*; ce verbe n'a plus rien à voir avec la défense des droits absolus depuis qu'elle est assurée non par le *vindex*, au nom de Quirinus, mais par les titulaires eux-mêmes. Un autre verbe de facture plus récente fait son apparition, *vindicare*. Il figure dans les formules du *sacramentum in rem* et désigne les déclarations rituelles des droits absolus par ceux-là mêmes qui s'en prévalent. Il faut ajouter la proclamation de la liberté d'autrui par un *adsertor*. La *vindicta* au sens nouveau du terme, baguette, n'a plus rien de commun avec le *vindex*.

¹²⁷ L'*adsertor libertatis* doit être mis en parallèle avec un personnage archaïque difficile à identifier : le *vindex* intervenant contre une *manus iniectio* sur un prétendu esclave; voir Franciosi, *Processo di libertà*, 1961, p. 11 s. sur la différence entre *adsertio libertatis* et l'acte de *manum depellere* accompli par le *vindex*.

Elle est, comme de tout temps, absente de son intervention dans la *manus iniectio*, aucun droit absolu n'étant en cause. Au contraire, ce sont les plaideurs eux-mêmes qui la manient dans l'affirmation de tels droits. La dissociation est complète. *Vindex* sans *vindicta* et *vindicta* sans *vindex*, voilà la situation nouvelle après la décadence du personnage.

Après les XII tables, *vindicere* tombe en désuétude. *Vindicare* poursuit une brillante carrière. Faut-il ajouter à la somme des *vindications* accomplies pour leur propre compte par les plaideurs dotés de la *festuca* et aussi par l'*adsertor libertatis* l'acte de *manum depellere* que fait le *vindex* sans *festuca*? Verrius Flaccus voudrait nous le faire croire : Fest. 516 L *vindex ab eo, quod vindicat, quo minus is, qui pressus est ab aliquo, teneatur*¹²⁸. Tel n'est pas le langage des textes juridiques, ils ne parlent pas de *vindicare* à propos du *vindex* et ignorent *vindicere* qui ne survit que dans les XII tables. Verrius Flaccus tient un propos de grammairien pour expliquer étymologiquement un mot par un autre. Il faut éviter de tomber dans ce piège, d'autant plus qu'il s'agirait d'une *vindicatio* sans baguette et qu'elle serait greffée de façon inattendue sur une *manus iniectio*.

Les antiquaires ont tendu un autre piège à la science contemporaine. Partant d'une étymologie juste des mots de la famille : *vindex*, *vindicta*, *vindiciae*, *vindicare*, ils arrivent à des affirmations de type : *potius dicitur vis quam fit*, d'après la lecture la plus probable de Festus sous le lemme *vindiciae* (K. O. Müller, *Fest.* p. 376 n. 18; p. 378 n. 17; Bruns II p. 46). On trouve pareillement chez Aulu-Gelle : 20, 10, 10 *vim illam civilem ac festucariam*. Opposer la force rituelle à la violence pure et simple est un thème exact et facile. Il n'y avait pas à emboîter le pas aux antiquaires latins. Le rite est une chose, et l'interprétation du rite en est une autre. Il est hors de question que le point de vue des antiquaires soit inclus dans les *verba* du *sacramentum in rem*. Les rédacteurs de ces formules de l'ancien droit ne font pas dire aux plaideurs que l'acte de *vindicare* est une *vis dicta* au sens de « manifestation rituelle de force », qui à elle seule impose le respect¹²⁹. Les plaideurs se bornent à énoncer leurs prétentions, leur formules ne parlent de *vindicta* que dans le sens de baguette, elles ne font pas la théorie du formalisme juridique. Le point de vue des antiquaires sur la force rituelle a fâcheusement masqué la vraie figure du *vindex* au début de sa carrière. Ce mot n'a pas été formé pour désigner l'auteur

¹²⁸ On retrouve tardivement un rapprochement entre *vindex* et *vindicare* chez Boèce : ad Cic. *top.* 2, 10 *vindex est qui alterius causam suscipit vindicandam veluti quos nunc procuratores vocamus*.

¹²⁹ P. Noailles, *Fas et Ius*, p. 62 ss. pensait que les formules du *sacramentum* développaient le principe que « le rite crée le droit ».

d'une *vis* purement formelle. Le *vindex* a eu pour fonction de dénoncer la *vis* bien réelle d'un tiers. La *vindicta* n'était pas encore une *festuca*. Elle resta inséparable du *vindex*, tant que les deux mots conservèrent leur sens premier. La défense des droits absolus des particuliers et de leur personne contre la mainmise des tiers était assurée par ce champion qui intervenait au nom des Quirites et devant eux. On conçoit mal qu'il ait agi de sa propre autorité sans le secours du dieu du corps civique. Comment ne pas voir dans ce porte-parole de la communauté un agent de Quirinus?

CONCLUSION

C'est le *ius Quiritium* qui découvre le mieux le visage de Quirinus. Le culte ne laisse guère percevoir sa qualité de protecteur du corps civique, révélée par l'étymologie. Elle se manifeste avec évidence dans la vieille procédure civile, lorsque d'abord sans doute un *vindex*, ensuite les plaideurs eux-mêmes font valoir solennellement les droits absolus *ex iure Quiritium*, liberté, puissance paternelle, *manus*, propriété fondée sur l'usucapion, avec cette réserve que dans les temps historiques la proclamation de la liberté est passée à un *adsertor*. Cette clause *ex iure Quiritium*, prononcée devant les magistrats, veut dire qu'en principe l'ensemble des citoyens vient porter témoignage en justice en faveur de ces droits : *civitas in foro*, écrit Tite-Live à propos du procès de Virginie. À la limite, c'est la même assistance que pour les curies du testament. Les dernières volontés du citoyen comme ses droits absolus reposent sur la garantie du corps civique, avec cette différence qu'en justice il n'est pas réparti en unités constituées.

Les droits absolus sont placés sous la protection du dieu qui patronne le corps civique. Chaque fois qu'en justice est affirmé un droit *ex iure Quiritium* le plaideur tient en main le symbole de Quirinus, la lance, ou du moins à partir du moment où la sidérophorie n'est plus admise *in iure*, la *festuca* qui en tient lieu. Dans le *sacramentum in rem*, il n'y a pas de simulacre de combat, mais pour défendre leurs droits les parties sont sur pied de guerre et posent leur arme ou son substitut sur l'objet. Le magistrat s'interpose avant que la lutte ne commence. Les parties prêtent serment. La justice passe alors de Quirinus à Jupiter. Mars a été mis hors jeu.

Dans les relations internationales, il n'y a pas de jugement; si satisfaction n'est pas donnée, la guerre s'engage. Le rapprochement entre le *sacramentum in rem* et la procédure *d'indictio belli* enseigne non seulement une certaine similitude dans les paroles, mais surtout qu'ici et là on use de la lance ou de son succédané, la *festuca*. En *ius fetiale*, l'*indictio belli* (Liv. 1, 32, 10 *bellum ita indicit*) commence par

un appel à Quirinus, après que l'on ait rendu hommage à Jupiter. Quirinus patronne l'entreprise. La procédure n'est pas la même selon que le sénat a autorisé ou non à l'avance la déclaration de guerre. Dans tous les cas, c'est par le jet de la lance, l'arme favorite du dieu, que les hostilités sont ouvertes. Tant que la guerre n'a pas commencé, Mars est absent; son nom n'a pas été prononcé. Le fétial a expressément invoqué Quirinus, qui ne l'est pas en procédure civile, sans doute parce que la clause *ex iure Quiritium* en faisant appel au témoignage du corps des Quirites renvoie au dieu qui le protège. Mais surtout dans ce procès, Quirinus est présent grâce à la *festuca* qui remplace la lance. Qu'il s'agisse de *ius fetiale* ou de procédure civile, le même symbole ou à peu près représente le même dieu au moment où la guerre ici éclate, là est arrêtée de justesse.

Dans *l'indictio belli* et dans le procès *in rem*, Quirinus a la même fonction, il préside à l'ouverture des hostilités ou à son prélude. Mais en droit international il est aussitôt relayé par Mars, alors qu'en droit civil il est déssaisi au profit de Jupiter, à qui le procès est confié. C'est toujours à l'intérieur de la triade archaïque que se répartissent les rôles.

Comme Mars, Quirinus est dieu de la guerre, lui aussi est armé, a des saliens, reçoit des *spolia opima*, participe au serment du *foedus*, en outre sa plante est le myrte, inséparable de la victoire. Mais les fonctions des deux dieux ne sont pas les mêmes. Mars règne sur les combats, Quirinus est gardien de la paix armée. Servius n'élabore pas une théorie tardive, lorsqu'il définit Quirinus comme un *Mars tranquillus* (*Aen.* 1, 292) ou comme un Mars *qui praeest paci* (*Aen.* 6, 859). Ces formules n'autorisent pas à transformer un dieu de la guerre en dieu de la paix («troisième fonction»), mais elles ne prennent leur vrai sens qu'à la lumière du *ius fetiale* et du *ius Quiritium*. Mars n'est pour rien dans *l'indictio belli*. Le *custos* de la paix, lorsque ses conditions sont violées, se déchaîne et ouvre le combat ou menace de le faire. Mais Quirinus épuise alors d'un seul coup son rôle, il a transformé la paix armée en guerre ou menace de le faire, mais la suite n'est plus de sa compétence.

La fonction guerrière se répartit entre deux dieux, selon que les armes sont au repos ou que les combats sévissent. Quirinus veille sur la paix armée, tient la guerre en réserve et patronne sa déclaration par le jet rituel d'une lance, qui est son seul acte belliqueux. Les hostilités passent ensuite sous le contrôle de Mars. Dans l'espace et dans le temps, guerre et paix affectent profondément les structures de la cité. *L'ager Romanus* et *l'urbs* correspondent aux zones *militiae* et *domi*. Le titulaire de *l'imperium* le plus élevé exerce alternativement un pouvoir civil ou militaire, selon que *domi* il administre la chose publique ou que *militiae* il conduit l'armée en campagne. Chaque pouvoir a pour commencement des auspices qui lui sont propres, le pouvoir

civil les auspices d'entrée en charge, le pouvoir militaire les auspices de départ. La justice civile n'est rendue que *domi* selon un principe qui survivra en procédure formulaire pour les *iudicia legitima*. Les restrictions de l'autorité des magistrats, apportées par la République, l'intercession tribunitienne et la *provocatio ad populum*, ne leur sont opposables que dans *l'urbs*. *Militiae*, *l'imperium* est illimité. La ligne pomériale, plus tard parfois la première borne milliaire, trace la limite de tous ces contrastes constitutionnels.

Le dualisme *domi-militiae* est commun au droit et à la religion. C'est lui, comme le rappelle Servius (*Aen.* 6, 859), qui place le culte de Quirinus à l'intérieur de Rome et le temple de Mars à l'extérieur, avec cette réserve que ses fétiches sont mis en sûreté en ville dans son *sacrarium* de la *Regia*. Une cité qui, dès sa fondation, par le tracé du *pomerium* a séparé les zones de paix et de guerre dans l'espace, comme l'une et l'autre sont aussi séparées dans le temps, confie au sein de la triade archaïque la protection de la paix armée à un dieu et le soin de la guerre à une autre. Mars et Quirinus se partagent le ministère de la guerre selon qu'elle est déclarée ou latente. La fonction guerrière est permanente, même en période de non-belligérance. Elle a alors un dieu qui lui est propre. Il veille sur la paix avec toute sa panoplie et, le moment venu, il patronne l'ouverture des hostilités. Après quoi, il passe ses pouvoirs à son collègue. Ce dédoublement de la fonction guerrière dans le panthéon romain est la réplique, dans le culte, de la séparation qui, en droit public, oppose le pouvoir civil au pouvoir militaire, *l'urbs* et *l'ager*, les *auspicia urbana* aux autres. Ce dualisme juridique et religieux est lié à la cité et dépend du *pomerium*. Un dieu du corps civique, Quirinus, gardien de la paix armée à l'intérieur de l'enceinte religieuse de la communauté, ne se laisse imaginer que dans une *urbs* inaugurée. Le visage qu'il pouvait avoir en des temps pré-urbains, s'il existait déjà, ne se laisse guère discerner.

Les spécialistes de la religion romaine ont laissé à la science du droit le soin de compléter l'image de Quirinus. Malgré l'excellence, pour l'époque, du livre de Wissova, il restait beaucoup à faire. G. Dumézil a transfiguré le problème en le plaçant au cœur des origines indo-européennes de Rome. Par une péripétie fascinante, il a transformé en pacifique un dieu tenu par tous pour guerrier, et c'est par là que le problème a été rapproché de sa solution. Malgré Wissova, Quirinus est bien un dieu de la «paix armée», mais faut-il mettre l'accent sur la paix, comme le fait Dumézil, ou sur les armes comme le faisaient les anciens? Le droit international et le droit civil permettent d'échapper à ce dilemme qui fait de Quirinus tout d'une pièce un dieu de la guerre ou de la paix, ils montrent que c'est un dieu qui en faisant éclater les conflits ou les procès gère la fonction guerrière en temps de paix.

«QUANDO REX COMITIAVIT FAS»

Résumé. – Dans le calendrier romain, le sigle QRCF du 24 mars et du 24 mai correspond à la présidence des comices testamentaires par le roi des sacrifices. Quand il perdit cette présidence, il se contenta d'une simple apparition au *comitium*, laquelle n'a rien à voir avec le *Regifugium*. Les jours QRCF étaient chaque fois précédés du *Tubilustrium*, qui en purifiant les trompettes est, comme le testament, une préparation à la saison guerrière. Le roi des sacrifices présidait les comices testamentaires non délibérants dans la partie néfaste de la journée, tout comme aux nones devant les comices calates, il proclamait les fêtes du mois en temps néfaste, quand telle était la nature de ce jour.

On sait au moins une chose certaine sur les deux jours du calendrier, le 24 mars et le 24 mai, marqués du sigle QRCF signifiant : QUANDO REX COMITIAVIT FAS, c'est qu'ils appartiennent, comme le jour QUANDO STERCUS DELATUM FAS, à la catégorie des *dies fissi* dont la première partie est néfaste jusqu'à l'achèvement de l'acte indiqué, après quoi la seconde est faste. C'est ce que dit clairement Varron (*lingua Lat.*, 6, 31) : *ad quod tempus est nefas, ab eo fas*. C'est ce que confirme un passage mutilé de Festus 310 L qui laisse survivre les expressions *pars anterior* et *posterior*, et un autre texte du même auteur où se trouve la définition *e nefasto fastus* (346 L). Aussi bien peut-on tenir pour inutile la récente tentative¹ de classer les jours QRCF parmi les *dies intercesi*, dont les premières et dernières heures sont néfastes, tandis que le milieu est faste. Ces jours sont marqués du sigle EN (*endotercisi*), tandis que les mots QUANDO REX COMITIAVIT FAS à eux seuls suffisent à indiquer un partage en deux parties à la fin de l'acte de *comitiare*.

L'accord cesse, quand il s'agit de savoir ce qu'il faut entendre par *comitiare*. Ce mot archaïque est sorti de l'usage. Les définitions de Varron (*lingua Lat.*, 6, 31) et Festus (310, 346 L) sont irrémédiable-

¹ Coarelli, *Parola del Passato*, 174, 1977, p. 234-235. Dans un autre sens, Palmira Cipriano, dans *Atti Congr. int. di studi varroniani*, 1976, II, p. 332.

ment mutilées². On lit chez Varron : *eo die rex sacrificulus † dicat † ad comitium*. Il est inutile de proposer *ius dicat*, puisque le roi des sacrifices n'a pas de *iuris dictio*. D'ailleurs, le temps ne devient *faste* qu'après l'acte de *comitiare*. *Litat* est arbitraire et donne contre l'étymologie un sens sacré à *comitiare*³. Il est vrai qu'en désespoir de cause certains savants ont pris le parti de voir dans ce mot un acte cultuel accompli par le roi au *comitium*⁴. Mais cette voie n'est pas la bonne. Si de Festus lui-même on ne possède plus rien de substantiel en cette affaire, du moins son abrégiateur conserve-t-il une indication précieuse (311 L) : *quando rex sacrificulus divinis rebus perfectis in comitium venit*. C'est donc à la suite d'une opération sacrée que le roi des sacrifices se présente au *comitium*. L'acte cultuel a eu lieu avant et ailleurs. Ce n'est pas lui que désigne *comitiare*⁵.

Le mot est évidemment juridique, il s'agit d'une manière générale de la tenue des comices. Ps.-Asconius⁶ le suggère, sans qu'il faille attacher trop d'importance à ce qu'il dit. L'étymologie est suffisante pour orienter l'enquête. Mais en quoi consiste au juste l'acte comitial du roi ? Il est peu satisfaisant d'y voir la convocation des comices, comme si *comitiare* signifiait *comitia kalare*⁷. Les comices se dérouleraient alors en temps *faste* et non en temps comitial. Au lieu de la lettre F on attendrait la lettre C. Qu'on ne dise pas que le sigle QRCF remonte à une période antérieure à l'apparition des jours comitiaux⁸. Dans le calendrier décemviral⁹, le sigle C existait déjà : il est porté par le *dies Alliensis*, or ce jour maudit marqué d'un tabou ineffaçable depuis la catastrophe gauloise n'a pas pu acquérir plus tard la qualité de comitial. Il l'a gardée, non reçue après la défaite.

² Le matériel des textes (avec reconstitution) figure dans *CIL*, I², p. 289 ; voir aussi *Inscriptiones Italiae*, XIII, 2, p. 334-335, et Righetti, *De lingua Latina libro VI*, 1978, p. 134-135.

³ On trouve une étude détaillée du mot chez Rosenberg, *RE*, I a, 724-725, « *rex sacrorum* ».

⁴ En particulier, voir Altheim, *History of Roman Religion*, trad. H. Mattingly, 1938, p. 173.

⁵ Latte, *Röm. Religionsgeschichte*, 1960, p. 117, n. 3, propose de lire chez Varron *descendat* pour *dicat*, ce qui s'accorde avec Paul-Festus mieux que les autres lectures proposées.

⁶ Ps.-Asc., *Verr.*, I, 30, p. 216, Stangl, *alii sunt comitiati, qui Romae comitiis designantur* (à propos des tribuns militaires).

⁷ Hirschfeld, *Hermes*, 8, 1874, p. 470.

⁸ Kirsopp Michels, *Calendar of the roman Republic*, 1967, p. 107, n. 47, se fonde sur J. Paoli, *REA*, 1954, p. 121-149.

⁹ Sur ce calendrier, Kirsopp Michels, p. 126 sq.

Une intuition géniale de Mommsen¹⁰ a permis de reconnaître dans les deux jours QRCF les deux réunions annuelles des comices testamentaires. Devant les comices calates, le romain ne peut faire son testament qu'à deux dates fixes de l'année, que Gaius (2, 101) omet d'indiquer. Or le calendrier ne prévoit à titre obligatoire que deux réunions des curies sans indiquer leur objet. A d'autres dates, les réunions facultatives sont convoquées dans un but variable. Il est tentant de supposer que les deux jours QRCF ne font pas connaître leur objet parce qu'il va de soi : ce sont les deux assemblées tenues obligatoirement pour permettre au citoyen de tester. Le précieux renseignement que fournissent en outre les fastes, c'est que dans leur version décemvirale le roi des sacrifices présidait les comices curiates. C'est ce qu'il faut entendre par *comitiare*. A la suite de quoi, l'administration de la justice devenait possible, sans s'imposer, dans le reste du jour devenu faste. Rien ne permet de penser que le testament était voté par les curies. Ce sont des comices calates qui par définition ne votent pas; les comices de l'adrogation votent mais ne sont pas calates¹¹. D'ailleurs, il est inconcevable que le testateur en tant que *privatus* ait pu, en proclamant son testament, faire une *rogatio* devant le peuple¹². Comme dans leurs autres variétés, les comices calates ne font pour le testament qu'assurer la publicité d'un acte.

A une date inconnue sous la République, le roi des sacrifices perdit la présidence des comices calates; il lui fut interdit de s'adresser au peuple (*Plut. Q. R.*, 63)¹³, moyennant cette réserve qu'aux nones à titre de simple annonce il faisait connaître publiquement les fêtes du mois. Mais il ne convient pas de faire remonter cet interdit au lendemain de l'expulsion des Tarquins. Dans le calendrier décemviral les mots *rex comitiavit* n'auraient alors aucun sens. L'histoire du collège pontifical et du grand pontife est une expansion continue¹⁴ ou plutôt un long processus d'usurpations. La présidence pontificale des comices calates est une prérogative arrachée au *rex sacrorum*. L'éminente position du grand pontife sous la République ne date pas de la fondation du nouveau régime, non plus que l'humiliation du mannequin de roi, qui conserve à titre de survivance la première place dans *l'ordo sacerdotum* (*Fest.*, 198 L). Le déclin de l'un a pour contrepartie l'éléva-

¹⁰ *Die römische Chronologie*, p. 241-244.

¹¹ Magdelain, *La loi à Rome*, 1978, p. 83.

¹² Sur la présidence pontificale de l'adrogation, voir Magdelain, p. 82 sq., où est mentionnée une médaille d'époque impériale décrivant cette présidence collégiale.

¹³ Mommsen *Staatsrecht*, 1, p. 194; p. 201, n. 3; p. 204; II, p. 15; p. 40, n. 1; *Droit public*, 1, p. 229, n. 2; p. 231, n. 2; III, p. 16.

¹⁴ Latte, p. 195 sq.

tion de l'autre. Quand le roi perdit la présidence des comices testamentaires, ces deux jours-là son rôle se borne à un acte cultuel suivi d'une simple apparition au *comitium*, selon la remarque déjà citée de l'abréviateur de Festus. Il est exclu de vouloir placer à tout prix ce sacrifice au *comitium* en dépit du texte, qui le tient pour antérieur à l'arrivée sur place du roi¹⁵.

A partir du moment où dans le sige QRCF le mot *comitiare* fut vidé de son sens, il tomba en désuétude, et les antiquaires s'interrogèrent sur la portée d'un mot qui avait rompu avec son étymologie. Il n'est pas évident que les passages mutilés de Varron et Festus nous aient fait perdre grand chose. Ce que ces textes paraissent avoir défini, c'est le sens dérivé, non le sens premier du mot. Les Romains s'interrogèrent aussi sur la valeur religieuse de l'apparition du roi au *comitium* : il ne faisait que se montrer. On en conclut que c'était pour mieux disparaître, et alors s'introduisit une étrange confusion, à laquelle Ovide (*Fast.*, 5, 727) fait écho dubitativement, entre les jours QRCF et le *Regifugium*. On entendit parfois ce sigle comme QUOD REX COMITIO FUGERIT¹⁶. Au 24 mars le commentateur des fastes de Preneste Verrius Flaccus (*CIL*, I², p. 234) rappelle et condamne cette confusion, d'autant plus ridicule que, le *Regifugium* étant interprété dans l'Antiquité comme la fuite de Tarquin, celle-ci se trouvait célébrée trois fois : le 24 février, le 24 mars, le 24 mai. On crut bon d'ajouter que ce n'est pas du *comitium* qu'il prit son départ. Dans l'article de Festus sur le *Regifugium* (346 L), malgré d'immenses lacunes il est aussi question des jours QRCF; et la reconstitution du texte par Mommsen (*CIL*, I², p. 289) a sans doute raison de retrouver ici la condamnation par Verrius Flaccus de l'amalgame des deux rites. La triple date du 24 ne doit pas être prise à la légère, mais on aurait tort d'en exagérer l'importance. Elle a sans doute favorisé la confusion, mais ce comput n'était pas le comput officiel des Romains: le *Regifugium* était le *a. d. VI Kal. Mart.* et les deux jours QRCF étaient respectivement le *IX Kal. Apr.* et le *IX Kal. Iunias*. Il n'y a vraiment identité de date au cours du mois que pour les deux jours QRCF.

La science contemporaine¹⁷ a parfois donné à l'erreur des Anciens une importance démesurée, comme si elle recelait une part de vérité. Les Romains, se demande-t-on, ne se seraient-ils pas trompés sur l'assimilation de ces trois jours, parce que au 24 mars et au 24 mai le roi prenait aussi vraiment la fuite, bien que littéralement ces jours ne soient pas la fête du *Regifugium*? Mais seuls à Rome les

¹⁵ Sur le lieu de ce sacrifice, voir la juste remarque de Latte, p. 117, n. 3.

¹⁶ Wissowa, *RE*, VI, 2406 : « *fissi dies* ».

¹⁷ Rosenberg, *RE*, I a, 470 : « *Regifugium* »; Bömer, *Die Fasten*, 1958, p. 335 (donne l'état de la question); cf. Riganti, p. 135.

auteurs de la confusion des trois jours croyaient à cette fuite; les autres condamnaient cette interprétation abusive du départ sans gloire d'un roi venu au *comitium* pour n'y rien faire. De nos jours, une erreur en a fait naître une autre. Le texte de Plutarque (*Q. R.*, 63), qui rappelle pour le *Regifugium* le sacrifice royal au *comitium* précédant le départ précipité du roi, a été parfois purement et simplement mis au compte des jours QRCF¹⁸, bien que pour eux le sacrifice royal, comme le veut l'abrégé de Festus, soit antérieur à l'apparition du roi au *comitium*. En somme, pour comprendre sainement les jours QRCF, il faut non sans peine extirper le préjugé qu'à ces deux dates, comme à celle du *Regifugium*, le roi officiait au *comitium* comme sacrificateur; on ne peut y parvenir qu'en refusant de transférer le témoignage de Plutarque d'une date à une autre, ce transfert ayant pour effet de tripler les fuites royales. Aussi bien, il faut s'abstenir de mettre en contradiction Varron (*lingua Lat.*, 6, 31) et Festus, en lisant chez le premier <litai> *ad comitium*, alors que chez le second, selon son abrégé, le roi est là parfaitement inactif à la suite des rites accomplis ailleurs¹⁹.

Ce n'est pas avec le *Regifugium*, c'est avec le *Tubilustrium* que les deux jours QRCF ont partie liée. Cette fête redoublée tombe le 23 mars et le 23 mai, précédant chaque fois les comices testamentaires. On a raison de penser que la partie néfaste des jours QRCF est le prolongement, marqué d'un sacrifice, du temps férié du *Tubilustrium* de la veille²⁰. De même le jour *Quando Stercus Delatum Fas*, au 15 juin, néfaste jusqu'à l'évacuation des balayures du temple de Vesta, prolonge et clôturait à cet instant la série des jours néfastes voués à cette déesse²¹. La lustration des trompettes est un rite militaire qui marque, avec d'autres de même inspiration, l'ouverture de la saison guerrière²². Deubner²³ a sans doute tort de penser que les jours QRCF sont comitiaux parce qu'ils correspondent au rassemblement de l'armée, prête à partir en campagne. Autre chose est l'armée, autre chose les comices calates, qui ne portent pas d'armes. En outre, le *comitium*

¹⁸ Pour une juste interprétation de ce texte, voir : Marquardt, *Culte*, II, p. 5, n. 2; Altheim, p. 174; Rose, *Roman Questions*, p. 197; Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*, p. 436, n. 5.

¹⁹ Ailleurs chez Festus (346, 27 L) le *sacrificium* mentionné concerne le *Regifugium*, auquel est consacré la première partie du passage, alors que c'est plus bas qu'on passe au sigle QRCF. Voir le texte reconstitué dans *CIL*, I², p. 289.

²⁰ Wissowa, *R. K.*, p. 436, n. 5.

²¹ Wissowa, *R. K.*, p. 439.

²² Bayet *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, 1969, p. 86-87, parle à ce propos du « rythme sacré de la guerre » qui se clôturait en octobre.

²³ *Neue Jahrbücher für das klassische Altertum*, 27, 1911, p. 325-326.

est dans la zone intrapomériale qui est démilitarisée. Mais Deubner a raison de dire que les comices testamentaires font partie, comme le *Tubilustrium*, auquel ils font suite, de la préparation à la guerre. Tester est un souci évident du soldat qui va se battre. Le redoublement des jours QRCF ne doit pas surprendre, il correspond à celui du *Tubilustrium*, lequel n'est pas un phénomène isolé : dans ce cycle guerrier la fête des *Equirria* est elle aussi redoublée (27 février et 14 mars). Avec le temps la fonction guerrière de ces célébrations devint purement formelle : les trompettes du *Tubilustrium* cessèrent d'être militaires pour n'être plus que des instruments sacrés²⁴, de même qu'au 19 mars la lustration des armes du *Quinquatrus* portait sur les *arma ancilia* des Saliens²⁵.

A l'idée mommsénienne de comices testamentaires, Wissova (*R. K.*, p. 512, n. 4) opposa cette objection en apparence dirimante que dans l'économie des jours QRCF l'assemblée populaire se déroulerait dans la partie néfaste, ce qui est une impossibilité. Cette remarque entraîna un certain désarroi dans la recherche, qui renonça souvent à voir dans *comitiare* un acte juridique pour y chercher un acte cultuel, parfaitement insaisissable. En réalité, rien n'impose aux comices calates de se dérouler dans un temps comitial marqué du sigle C dans les fastes. Les jours comitiaux sont réservés aux comices délibérants. Selon la remarque de Varron (*lingua Lat.*, 6, 29), ces jours sont ceux où le peuple se réunit *ad suffragium ferendum*. Macrobe présente une définition analogue : les jours comitiaux sont ceux *quibus cum populo agi licet* (*Sat.*, 1, 16, 14). Or *agere cum populo*, c'est lui présenter une *rogatio* qu'il accepte ou rejette : Messala-Gell. (13, 16, 3) *nam cum populo agere est rogare quid populum, quod suffragiis suis aut iubeat aut vetet*. Les témoignages concordent : le sigle C est propre aux comices délibérants, ce que ne sont pas les comices calates. Pour eux, le temps comitial n'est pas de rigueur. Reste à montrer qu'ils peuvent s'accommoder du temps néfaste. Il ne faut pas douter que l'assemblée populaire des nones, devant laquelle le *rex sacrorum* proclame les fêtes du mois, ne soit une variété de *comitia calata*, comme cela est

²⁴ Varro *lingua Lat.*, 6, 14, *sacrorum tubae*; *Fast. Praen.* au 23 mars : *tubi lustrantur quibus in sacris utuntur*; voir Latte, p. 117, n. 2; cf. Ehlers, *RE*, v. *Tubilustrium*, VII a, 757; Pour G. Dumézil (*Fêtes romaines d'été et d'automne*, 1975, p. 142) les trompettes de mars seraient cependant militaires, et celles de mai sacrées; il voit dans ce dualisme «deux formes de puissance», ce qui doit s'apprécier dans le cadre de l'idéologie trifonctionnelle des Indo-européens.

²⁵ Charis., *Gramm.*, I, p. 81, 23 K. – Les Saliens mentionnés par Festus, 346, 26 L, concernent le *Regifugium*, non les jours QRCF : sur ce point Latte, p. 118, n. 1; *contra* Wissowa, *R. K.*, p. 557, n. 3.

généralement admis²⁶. Cette assemblée est annoncée aux calendes, car la date des nones est variable, et en vue de cette annonce le terme *kalare* est technique²⁷. Il n'y a pas lieu de s'étonner que cette assemblée royale soit omise par les autorités citées par Aulu-Gelle (15, 27, 1-3) à propos des comices calates, Labéon et Laelius Felix. Ces auteurs ne retiennent de ce type de comices que ceux qui sont présidés par le collège des pontifes : 15, 27, 1 *pro conlegio pontificum*²⁸ et ignorent une assemblée dont le roi n'a gardé la présidence que parce qu'elle ne sert plus à rien depuis la publication du calendrier. Aucun acte juridique n'y intervient, contrairement à ce qui se passe pour les comices pontificaux. Or d'un mois à l'autre les nones sont tantôt fastes tantôt néfastes. Les comices calates, qui s'y tiennent sous la présidence du roi, s'accordent aussi bien avec le sigle N que le sigle F, et se passent fort bien du sigle C propre aux comices délibérants. Il s'ensuit que rien ne s'oppose à ce que les comices testamentaires non délibérants se déroulent pendant la partie néfaste des jours QRCF. L'objection de Wissowa tombe et les idées de Mommsen et Deubner sur les dates du testament calate peuvent reprendre leur cours.

²⁶ Wissowa, *R. K.*, p. 512; Kübler, *RE*, III, 1332 : « *calata comitia* »; Gjerstad, *Early Rome*, V, 1973, p. 296; Szemler, *RE*, Sup. XV (1978), 363 : « *pontifex* »; Kirsopp Michels, p. 38.

²⁷ Wissowa, *R. K.*, p. 512, n. 3; on trouvera le matériel des textes groupés dans *Inscriptiones Italiae*, XIII, 2, p. 327-328; Riganti, p. 127 sq. ; Ser., *Aen.*, 8, 654, *ut ibi patres vel populus calarentur*, texte qui mérite une attention particulière, parce que les *patres* sont indiqués comme siégeant séparément à côté du peuple.

²⁸ J'ai attiré ailleurs (*La loi à Rome*, p. 83) l'attention sur une médaille d'époque impériale, décrivant cette présidence.

CINQ JOURS ÉPAGOMÈNES A ROME?

Sommaire. – *Quintus Mucius Scaevola* (Dig. 50, 16, 98, 1) et *Varron* (De lingua latina 6, 13; ap. Serv. Georg. 1, 43) font apparaître cinq jours surnuméraires entre la fin de l'année (*Terminalia*, 23 février) et le commencement de la suivante, aux calendes de mars. Leur rapport avec l'intercalation. Le *Regifugium* (24 février), premier de ces épagomènes, marque la retraite du roi devant ce temps mort. L'interregnum sacré de cinq jours. Rôle conclusif des *Terminalia*.

Un texte dogmatique qui groupe au Digeste (50, 16, 98) des avis du jurisconsulte Celse, de Caton le Censeur ou de son fils, juriste lui aussi¹, et du grand pontife Quintus Mucius Scaevola, traite de l'intercalation en termes d'apparence si juridique que les chronologues ne l'ont manié qu'avec une indifférence qui confine à l'élimination². Dans la langue technique du droit, peut-être un peu déconcertante, le texte règle le problème, très apaisé de nos jours, mais imparfaitement liquidé, du moment de l'intercalation julienne et préjulienne. Il les situe l'une et l'autre, avec d'autres témoignages dogmatiques, au lendemain du 23 février, autrement dit entre les *Terminalia*, 23, et le *Regifugium*, 24. Cette curiosité chronologique fait pressentir un clivage entre les deux jours qui servent de repères au temps intercalaire; tout porte à croire qu'il ait choisi, à Rome comme ailleurs, une discontinuité du calendrier pour s'y insérer. A première vue, le clivage n'est pas apparent à la fin de la République: les *Fasti Antiates Vetus* font suivre tout uniment dans le même mois *Terminalia* et *Regifugium*; la seule anomalie, c'est que, contrairement à la règle, deux fêtes se suivent sans intervalle et que pour l'une d'elles, le *Regifugium*, le principe de la date impaire n'est pas respecté. Quintus Mucius chez Celse donne une réponse qui ne demande qu'à être enre-

¹ Sur ce doute quant à l'attribution de la citation faite par Celse, voir O. Lenel, *Palinogenesia Juris Civilis*, I, p. 126.

² M. P. Nilsson, *Litteris*, t. 5, 1928, p. 101. Cf. Basanoff, *Regifugium*, 1943, p. 27 et suiv.

gistrée : l'intercalation intervient au « dernier jour » de février, *extremo . . . die mensis Februarii*.

Cela laisse entendre que, repère initial du mois intercalaire, les *Terminalia* clôturent février, en qualité d'*extremus dies*, le 23. La discontinuité avec le jour suivant, intercalaire ou non, est alors évidente et la place de l'intercalation naturelle. Quintus Mucius désorganise l'image que l'on se fait habituellement de février : il le réduit à 23 jours, et c'est à ce prix très élevé qu'il simplifie l'étrangeté de la méthode intercalaire. On peut d'abord hésiter à le suivre, mais il devient très vite contraignant, car il ne fait que dire la même chose que la tradition, bien établie, qui fait expirer l'ancienne année romaine avec le mois de février et très précisément aux *Terminalia*, le 23. Les témoignages se rejoignent : le « dernier jour de février » de Quintus Mucius coïncide avec le dernier jour de l'année primitive ; à l'époque où les *Terminalia* ferment l'année, cette fête ne peut faire autrement que fermer aussi son douzième mois. Il ne saurait survivre de quelques jours, au delà des *Terminalia*, au cycle qu'il achève.

L'épreuve à laquelle doit être soumis le texte de Quintus Mucius, c'est le sort des cinq derniers jours de février, qu'il expulse de ce mois avec le *Regifugium* à leur tête. Le chiffre de cinq est suggestif : il fait songer aux cinq jours surnuméraires, dits épagomènes, que divers calendriers antiques ajoutent à l'ensemble de leurs mois. Mais l'analogie ne mérite d'être retenue que si ces cinq jours se retrouvent à Rome ailleurs que chez Quintus Mucius.

I

Dig. 50, 16, 98. *Idem* (Celsus) *libro trigesimo nono digestorum*. Cum bisextum Kalendis est, nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum kalendas ejus natalis dies est : nam id biduum pro uno die habetur. Sed posterior dies intercalatur, non prior ; ideo quo anno intercalatum non est sexto kalendas natus, cum bisextum kalendis est, priorem diem natalem habet. 1. Cato putat mensem intercalarem additiciu[m] esse : omnesque ejus dies pro momento temporis observat extremoque diei mensis Februarii adtribuit Quintus Mucius. 2. Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo.

Le texte mêle les problèmes de droit et de chronologie que pose l'intercalation julienne et préjulienne. Celse remonte jusqu'à la République et cite Caton et Quintus Mucius non par souci d'érudition, mais pour faire apparaître la continuité des principes qui régissent la valeur juridique du temps intercalaire et le moment de l'intercalation. Avant et après la réforme de César, cette valeur et ce moment restent les mêmes.

Le temps intercalaire, juridiquement, ne compte pas. Cette fiction d'inexistence, dans le calcul de l'année, abolit aussi bien le jour bissextile du calendrier julien que le mois intercalaire de la République. Une règle simple liquide le sort du jour bissextile qui par définition redouble le sixième jour avant les calendes de mars (le 24 février); ces deux jours sont réputés n'en faire qu'un en droit : *id biduum pro uno die habetur*. Dans un autre passage du Digeste (4, 4, 3, 3), Ulpien rappelle la règle dans les mêmes termes et renvoie à Celse. Les deux jurisconsultes traitent du mineur de vingt-cinq ans : qu'il soit né un jour bissextile ou que sa minorité arrive à expiration un tel jour, la jurisprudence le fait bénéficier, dans le calcul de celle-ci, de la fiction qui efface un jour vécu en fait, mais non en droit. Depuis les compilations de Cujas et de Glück, ces subtilités n'intéressent plus personne; elles conservent cependant le mérite de montrer que, dans le calcul de l'année, l'élimination du jour bissextile est un principe bien assuré. La jurisprudence paraît moins ferme quant au calcul par mois et jours (délais de procédure, etc.). Un texte de Marcellus. (Dig. 44, 3, 2) étend la fiction à ce type de calcul, mais le ton n'est pas péremptoire (*quaeritur...; existimandum...*); et un annotateur anonyme opte pour la solution contraire³.

Avant la réforme de César, la même fiction d'inexistence atteint le mois intercalaire dans le calcul par année; elle n'a fait que passer du calendrier préjulien au calendrier julien, en voyant seulement son effet se restreindre d'un mois à un jour. Celse cite un propos de Caton qui évalue *pro momento temporis*, c'est-à-dire à un instant de raison, tous les jours du mois intercalaire⁴. Ce propos est facile à illustrer. Les Romains gardèrent longtemps le souvenir des abus auxquels donnait lieu l'intercalation républicaine. Elle permettait de rallonger l'année de charge des magistrats et de favoriser ou défavoriser les publicsains selon la nature de leur contrat. Censorinus et Macrobe ne rela-

³ Cf. B. Reggi, *Note anonime ai digesta di Marcello* (Studi Parmensi, t. 4, 1953, p. 23 et suiv.). – N'intéressent pas notre propos les variations jurisprudentielles sur le dernier jour du délai, selon que l'on demande qu'il soit simplement commencé ou totalement expiré ou encore arrivé à l'heure qui a servi de point de départ au jour initial. Voir Schneider, *Zeit. d. Savigny Stift., Röm. Abt.*, 1901, p. 144-151.

⁴ On peut se demander si Caton, quand il parle des jours du mois intercalaire, ne vise que les vingt-deux ou vingt-trois jours additices ou y ajoute les cinq derniers de février qui, repoussés par l'intercalation, font suite aux jours intercalaires proprement dits. La fiction d'inexistence porterait alors sur vingt-sept ou vingt-huit jours. La réponse est simple : Caton n'appelle *mensis intercalaris* que les seuls jours proprement additices, terminologie conservée dans Censorinus (*Die nat.* 20, 6); mais elle a cédé la place ensuite à la conception unitaire qui fusionne ces jours avec le report des cinq derniers de février (*infra*, § II).

tent ces abus que pour le calcul par année⁵. La règle *pro momento temporis* ne paraît pas avoir volatilisé le mois intercalaire dans le calcul par mois ou jours. La rigueur des délais de procédure rend cette extension improbable⁶.

En comptant le temps intercalaire comme un temps mort dans le calcul par année, le droit romain ne fait que procéder à une simplification nécessaire. Il eût été intolérable d'introduire dans le système julien un comput $365 + 1$ pour les années bissextiles, et encore plus intolérable, sous la République, de compenser l'apport d'un mois intercalaire par la déduction d'un mois ordinaire dans le compte des douze mois de l'année. Pour éviter ces difficultés, le plus simple était d'ignorer en droit l'intercalation. La fiction d'un temps mort rejoint la superstition qui s'attache au temps intercalaire (Macrobe, *Sat.* I, 14, 1; Am. Marc. 26, 1, 7; 26, 2, 1), même si, rationnellement, elle ne paraît rien lui devoir.

Celse se tait aussi bien sur cette superstition que sur les motifs religieux qui fixèrent le repère des jours intercalaires; mais il a le souci d'indiquer leur place et, à la manière des chronologues romains, de montrer que, de la République à la réforme de César, elle ne bougea pas. Du calendrier républicain au calendrier julien, l'intercalation se situe invariablement entre les *Terminalia* et le *Regifugium*. Censorinus et Macrobe, à la suite de Varron, s'accrochent à ces deux fêtes entre lesquelles ils font passer à la fois le jour bissextile et l'ancien mois intercalaire⁷. Ils s'attachent à cette fixité que perpétue l'Église en

⁵ Censor. 20, 6; Macrobe, *Sat.* I, 14, 1. Cf. Solin. I, 43; Dio Cass. 40, 62.

⁶ Am. Marc. 26, 1, 12, rapproche, il est vrai, à cet égard, les plaideurs des publicains. Mais, quant à la procédure, il serait étrange que la règle *pro momento temporis* visât autre chose que les délais annuels. – Sous Auguste, les exactions du célèbre Licinus en Gaule font survivre, en les déformant, les abus de la République : il passe pour avoir compté quatorze échéances fiscales au lieu de douze, en une année (Dio Cass. 54, 21).

Dans les contrats, on pouvait prendre la précaution, en cas d'intercalation, d'avancer, d'un mois un terme (Cat., *Agr.* 150, *Kal. Jun.* . . . ; *si intercalatum erit, K. Mais*), mais cette précaution contractuelle n'était pas indispensable, Caton l'omet le plus souvent dans ses formulaires (*Agr.* 146 à 149). Que cette clause soit expresse ou sous-entendue, elle montre que, dans le calcul par mois et jours, le mois intercalaire n'était pas assimilé à un simple instant de raison.

⁷ Varron, *De ling. lat.* 6, 13 : *Terminalia, quod is dies anni extremus constitutus : duodecimus enim mensis fuit Februarius et cum intercalatur inferiores quinque dies duodecimo demuntur mense* (c'est-à-dire les cinq jours qui suivent les *Terminalia*, 23 février); Censor 20, 6 : *inter Terminalia et Regifugium* (relativement au mois intercalaire); Censor. 20, 10 : *post Terminalia* (relativement au jour bissextile); Macrobe, *Sat.* I, 13 15 : *Romani non confecto Februario sed post vicesimum et tertium ejus diem intercalabant, Terminalibus scilicet jam peractis* (relativement au mois

reportant d'un jour, dans les années bissextiles, les saints inscrits du 24 au 28 février; elle les place provisoirement du 25 au 29. Celse exprime la même règle que les chronologues, mais en d'autres termes. Sans nommer *Terminalia* et *Regifugium*, c'est bien entre ces deux jours qu'il place lui aussi l'intercalation julienne et préjulienne.

A propos du *biduum* que forment, dans le calendrier réformé, le sixième jour avant les calendes de mars, *Regifugium*, et son double le jour bissextile, Celse, répété plus tard par Ulpien (Dig. 4, 4, 3, 3), déclare : *posterior dies intercalatur non prior*. Un faux semblant peut faire croire, d'après notre méthode de calcul, que le *dies prior* est le premier et le *posterior* le second. A ce compte, le sixième jour avant les calendes, comme *prior*, reste à sa place, le 24 février, et le *bisextum*, comme *posterior*, s'insère après lui, le 25⁸. C'est oublier que, si les Romains comptent les heures en avant (Gell. 3, 2, 13), ils comptent les jours en arrière. *Prior* et *posterior dies* ne peuvent s'interpréter, chez Celse, qu'en fonction des calendes de Mars qu'il rappelle trois fois en quelques lignes. Ulpien, reprenant le thème de Celse (Dig. 4, 4, 3, 3), dit même : *posterior dies kalendarum*. Le *dies prior* est le plus proche des calendes et le *posterior* le plus éloigné : *posterior dies intercalatur non prior*, c'est dire que le *biduum*, né de l'intercalation, s'organise selon un calcul à rebours : le jour bissextile, *posterior*, précède le VI *Kal. Mart.*, *prior*; il tombe le 24, le VI le 25. Transposons en langage religieux : par rapport au repère fixe des *Terminalia* (VII *Kal. Mart.*, 23 février), le lendemain est le *bis VI*, 24, et le surlendemain le *Regifugium*, VI *Kal. Mart.*, qui garde sa place par rapport aux calendes, mais qui est décalé d'un jour dans notre numérotation. Dans la langue du comput rétrograde, Celse formule la même règle que les chronologues : l'intercalation disjoint les *Terminalia* du *Regifugium*. Ce comput est encore celui des écoliers marchant à reculons vers la rentrée et celui de certains vieillards qui, au lieu d'additionner les années, les retranchent d'un total inconnu.

intercalaire); Macrobe, *Sat.* 1, 14, 6 : *ante quinque ultimos Februarii mensis dies* (relativement au jour bissextile). Polemius Silvus (*C. I. L.* I², p. 259) place également entre les *Terminalia* et le *Regifugium* le jour bissextile; mais ces fastes tardifs le rattachent curieusement aux *Terminalia* et non au *Regifugium* (VI *Kal. Mart.*), qu'il redouble (*bis VI*). Malgré cette bizarrerie, l'emplacement est exact et il est inutile de corriger le texte (selon la proposition faite au *C. I. L.*, I², p. 286) pour aboutir à une date fautive. — L'avènement de Valentinien étant daté tantôt du 26 février (*Chronica Minora*, I, p. 240), tantôt du 25 (Socrat. 4, 1, 1), ne fournit aucun renseignement sur la place du jour bissextile qui le précéda (Am. Marc. 26, 1, 7 et 14; 26, 2, 1). Sur la question, Piganiol, *Empire chrétien*, 1947, p. 150, n. 2; p. 280; O. Seeck, *Untergang der antiken Welt*, V (1913), p. 5, 423.

⁸ En ce sens, W. Kubitschek, *Real-Encycl.*, P. W. s. v. *bisextum*, III, 503.

Un schéma est le meilleur commentaire de Celse et sert de table de concordance entre lui et les chronologues :

Février ordinaire :	23	24	
	<i>Terminalia</i> VII Kal. Mart.	<i>Regifugium</i> VI Kal. Mart.	
	<i>Biduum</i>		
Février d'une année bissextile :	23 VII Kal. Mart. <i>Terminalia</i>	24 <i>bis VI</i> <i>posterior dies</i> de Celse	25 VI Kal. Mart. <i>prior dies</i> de Celse (saints du 24)

Le cas du mineur de vingt-cinq ans décompose en toute clarté le *biduum*. Peu importe, dit Celse suivi par Ulpien, que le mineur soit né une année bissextile *priore an posteriore die* : dans les deux cas, *sextum kalendas ejus natalis est*. De la sorte, s'il est né un *bis VI* (24 février), sa naissance est retardée au VI Kal. Mart. (25), en vertu de la fiction d'inexistence de l'intercalation. Juridiquement, personne ne naît à Rome un *bis VI*, et cela efface la superstition qui atteint ce jour (Am. Marc. 26, 1, 7; 26, 2, 1). Le mineur gagne un jour de protection légale. Inversement, pour le mineur né une année ordinaire, si sa minorité expire un jour bissextile, en vertu de la même fiction, elle expire théoriquement le lendemain, sixième jour avant les calendes : *priorem diem natalem habet*. A cette seule condition, le mineur *sexta kalendas natus* garde son inamovible *natalis*, le VI Kal., *dies prior* du *biduum*. Il gagne aussi un jour et évite d'inaugurer sa majorité sous les mauvais auspices du *bis VI*.

Il est rassurant que la jurisprudence, représentée par Celse et Ulpien, ait la même doctrine que les chronologues, mais cela ne signifie pas que la pratique ait toujours compris et suivi cette doctrine. Une inscription de Cirta en Afrique affiche, pour l'année 168 après J.-C., une datation aberrante : *C. I. L., VIII, 6979 (= Dessau 4919), Templum dedic. / L. Venuleio Apro/niano II L. Sergio/ Paulo II Cos/ V. K. Mart. qui dies post bis VI. K. fuit*. D'après cette dédicace, le *bis VI* précède le V Kal. Mart. (26 février d'une année intercalaire) et suit donc le VI Kal., tombant ici le 24 au lieu du 25. L'ordre du *biduum* est inversé : le *bis VI* est intercalé non avant, mais après le VI. Celse et Ulpien avaient bien raison de mettre en garde contre une confusion de ce genre. Pour y échapper, dans le texte de Cirta, il n'y a pas à imaginer qu'il désigne par *bis VI* non le jour bissextile, mais le *biduum* lui-même. Dans les textes du Digeste comme dans les autres (Censor. 20, 10; Macrobe, *Sat.* 1,

14, 6; cf. *Thes. ling. lat.*, s. v.), le *bisextum* n'est jamais autre chose qu'un unique jour intercalaire. L'inscription de Cirta s'est bel et bien trompée. Mais il serait paradoxal de préférer, à la manière de Mommsen (*Chronologie*, p. 280), emporté par l'enthousiasme épigraphique, une bévue provinciale à la doctrine officielle de Rome.

L'accord de Celse et des chronologues, quant à la place du jour bissextile, se poursuit quant à celle du mois intercalaire. Censorinus et Macrobe ont à cœur d'énoncer ce canon que les intercalations préjulienne et julienne ont la même incidence : Censor. 20, 10, *dies unus, ubi mensis quondam solebat, post Terminalia intercalaretur*; Macrobe, *Sat.* 1, 14, 6, *unum intercalarent diem eo scilicet mense ac loco quo etiam apud veteres mensis intercalabatur, id est ante quinque ultimos Februarii mensis dies*. Celse a lui aussi le souci de montrer la stabilité de la localisation intercalaire, de la République à César, mais, s'il parle en son nom pour le système julien, il cède la parole à Quintus Mucius pour l'ère républicaine. D'un jurisconsulte à l'autre, le langage reste évidemment jurisprudentiel, mais exprime la même vérité que les chronologues.

Avant d'utiliser la prestigieuse citation de Quintus Mucius, rappelons l'état d'un problème qui serait simple si Mommsen, pour une fois mal inspiré, ne l'avait pas inutilement compliqué dans sa *Chronologie* (p. 18 et suiv.). Tous les témoignages dogmatiques situent l'intercalation républicaine, comme celle du jour bissextile, entre les *Terminalia* et le *Regifugium*. Tite-Live (45, 44, 3) fournit pour l'année 167 avant J.-C. un exemple de ce régime (*postridie Terminalia*); mais, pour l'année 170 avant J.-C., il relève un cas d'intercalation extraordinaire : *tertio die post Terminalia* (43, 11, 13), c'est-à-dire le surlendemain de cette fête. Mommsen combine, avec une ingéniosité diabolique, les deux exemples de Tite-Live et, sur cette seule base, élabore un système qui propose à l'intercalation deux places au lieu d'une. Quand elle est de vingt-deux jours, elle intervient entre les *Terminalia* et le *Regifugium*; quand elle est de vingt-trois⁹, après le *Regifugium*. Dans le premier cas, les cinq derniers jours de février sont repoussés par l'intercalation, dans le second quatre seulement. De la sorte, le mois intercalaire aurait toujours le même total de 27 jours : 22 + 5 et 23 + 4. Cette alternance crée une fausse harmonie. Les textes dogmatiques seraient vrais une fois sur deux et se tairaient l'autre.

Mommsen est un récidiviste : deux fois il élimine le droit savant au profit d'une pratique occasionnelle, d'abord sous l'Empire pour le *bis VI*, grâce à l'inscription de Cirta, ensuite sous la République, pour le mois intercalaire, avec la caution de Tite-Live à propos de l'année

⁹ Sur le nombre des jours additices : Censor. 20, 6; Macrobe, *Sat.* 1, 13, 12.

170 avant J.-C. Sur ces deux points d'appui isolés, il construit une théorie qu'il substitue à celle des Romains. Sa solution n'a pas prévalu¹⁰, mais elle projette toujours une ombre.

Les singularités de la chronologie sont ce qu'elles sont. Un flottement, contre lequel la jurisprudence s'est vigoureusement prémunie, rend parfois instable la localisation du jour bissextile; l'inscription de Ciria le déplace et, à basse époque, un pseudothéoricien comme Lydus (*De mens.* 3, 7) se disqualifie une fois de plus en datant le *biduum* du 25 et 26 février au lieu du 24 et 25. Par contre, chez Tite-Live (43, 11, 13), l'incidence des calendes intercalaires le surlendemain des *Terminalia* en 170 avant J.-C. n'est sûrement pas une erreur : elle fut prévue par les pontifes. On peut se résigner à voir là une manifestation de plus de l'arbitraire pontifical; au siècle dernier, les spécialistes de la chronologie trouvèrent, à cette apparente anomalie, une explication fort pertinente avant et après Mommsen, mais son prestige l'éclipse encore.

À côté de l'intercalation périodique d'un mois sous la République et du *bis VI* depuis César, il y avait, en outre, dans les deux systèmes, un jour intercalaire irrégulier destiné à éviter la coïncidence des *nundines* avec les premières calendes de l'année (Macrobe, *Sat.* 1, 13, 16 et 19). Le mauvais présage est écarté par cet artifice; et il semble que ce jour additionnel, qui conjure la superstition *nundinale*, est déduit, une fois le danger passé, afin de ne pas surcharger le calendrier, au moins sous l'Empire (Dio Cass. 48, 33, 4). Ce jour de secours est attesté en 44 après J.-C. (Dio Cass. 60, 24, 7); le premier exemple connu remonte à 40 avant J.-C. peu après la réforme julienne (Dio Cass. 48, 33, 4). Dion Cassius (*ibid.*) et Macrobe (*Sat.* 1, 13, 17 et 19) assurent à ce jour intercalaire un long passé républicain. Il est vrai que, sous la République, aucun exemple n'en a été enregistré qui nous soit parvenu; mais, ce qui revient au même, son omission, quand il eût été nécessaire, est notée en 52 avant J.-C. (Dio Cass. 40, 47, 1) et en 78 avant J.-C. (Macrobe, *Sat.* 1, 13, 17) et passe pour avoir eu de fâcheuses conséquences. Sous cette forme négative, ce jour extraordinaire est aussi bien attesté avant qu'après la réforme de César. Le cas des années 78 et 52 avant J.-C. vérifie les allégations générales de Dion Cassius et Macrobe. La mathématique julienne n'est pour rien, comme on l'a cru¹¹, dans une superstition qui lui est antérieure; elle a dû

¹⁰ Voir les réserves formelles de Bouché-Leclercq (*Dict. d. Antiq.*, s. v. *Fasti*, II, p. 1001, 1004) et surtout de Wissowa (*Hermes*, 1923, p. 392) le premier faisant état des réticences de la littérature antérieure.

¹¹ Mommsen (*Chronologie*, p. 25, 286) nie l'existence de ce jour additice sous la République et ne l'admet que sous l'Empire. Il le considère curieusement comme un produit de la réforme julienne. Produit bien rapide, attesté dès 40 avant J.-C.

s'en accommoder et, pour y parer, le même artifice que sous la République est resté en vigueur.

Macrobe¹² situe ce jour additice, qui remédie à la superstition nundinale, au lendemain des *Terminalia*, comme toute intercalation. Voilà qui explique qu'en 170 avant J.-C. les calendes intercalaires tombent le surlendemain de cette fête (Liv. 43, 11, 13). Elles ne font pas exception à la règle, elles sont simplement décalées par ce jour additice qui décale le cycle nundinal. Conformément au canon chronologique, les deux intercalations, celle d'un jour et celle d'un mois, suivent les *Terminalia*; quand elles se cumulent, l'extraordinaire d'un jour précède l'ordinaire d'un mois. Cette priorité est commandée par le principe qui soude aux calendes de mars la fin du mois intercalaire, constituée par le report des cinq derniers jours de février (Macrobe, *Sat.* 1, 13, 15). Il fallait un minimum de prévision pour se prémunir en février contre une échéance nundinale aux calendes de l'année suivante. Les omissions pontificales de 78 et 52 avant J.-C. ne sont pas faites pour étonner. Quand l'année commençait en mars, la tâche des pontifes était beaucoup plus aisée.

L'argument que Mommsen tire de l'année 170 avant J.-C. s'évanouit; la voie est maintenant ouverte jusqu'au propos de Quintus Mucius, rapporté par Celse. Encore une fois, la jurisprudence est d'accord avec les chronologues: *extremoque diei mensis Februarii attribuit Quintus Mucius*. Le dernier jour de février, auquel le grand pontife rapporte le mois intercalaire, n'est évidemment pas le 28, *pri-*

(Dio Cass. 48, 33, 4). Tous les textes sur la République sont répudiés d'un tour de main. Contre ce point de vue arbitraire, voir notamment: Soltau, *Röm. Chronologie*, 1889, p. 41; Ginzl, *Handbuch der Chronologie*, II (1911), p. 245 et suiv.; Frazer, *Fasti of Ovid*, II (1929), p. 61 et suiv. Il nous semble trouver une trace de ce jour additice dans Liv. 9, 34, 16, *aut diem aut mensem censurae adicere*, texte qui ne peut guère s'expliquer que par le prolongement du temps de charge par l'intercalation. – Très curieusement Macrobe (*Sat.* 1, 13, 19) rapproche ce jour tout à fait occasionnel du jour permanent qui s'ajoute aux 354 jours de l'année lunaire pour aboutir au total du calendrier préjulien de 355 (*Sat.* 1, 13, 5 et 11); il situe ce jour permanent en janvier. Entre ces deux jours l'opposition est très nette et le rapprochement, fait par Macrobe, tend, de façon inexplicable, à une véritable confusion. Macrobe rapproche, d'autre part, la superstition, relative à la coïncidence des nundines avec le premier jour de l'année, de celle qui touche à leur coïncidence avec les nones (*Sat.* 1, 13, 16 et 18). Il s'agit de deux problèmes différents, mais connexes.

¹² Le texte est légèrement corrompu, mais clair: *Sat.* 1, 13, 19: *in medio Terminaliorum vel mensis intercalaris*. Il faut lire soit: *in medio Terminaliorum* (<et> *mensis intercalaris* (ce qui omet fâcheusement le cas d'une année sans mois intercalaire); soit mieux: *in medio Terminaliorum* (<et Regifugii>) *vel mensis intercalaris*. Sur la question, Ginzl, *Handbuch der Chronologie*, II, p. 245, n. 1.

die Kal. Mart., mais le 23, *Terminalia*, repère de l'intercalation¹³. D'après une tradition très sûre, cette fête fut autrefois le dernier jour de l'année. Elle fut aussi alors, comme on aurait pu le soupçonner, le dernier jour de février¹⁴. L'ancien calendrier faisait coïncider tout naturellement aux *Terminalia* la fin de l'année et celle de son douzième mois¹⁵. Voilà le renseignement très simple et très précieux que nous livre Quintus Mucius.

Le corollaire, c'est que les cinq derniers jours de février, au delà des *Terminalia*, n'appartiennent en réalité ni à ce mois ni à l'année révolue. Ils n'appartiennent pas plus à l'année suivante qui, selon une tradition aussi ferme, inscrite dans la numérotation de *Quinctilis* à *December*, ne commence qu'aux calendes de mars. Ils sont surnuméraires entre les deux années.

Ces cinq jours surnuméraires se laissent déchiffrer sans peine dans un passage de Varron qui, sous cet angle, a aussi peu attiré l'attention que celui de Quintus Mucius : Pseud. Serv., *Georg.* 1, 43 : *Nigidius in Sphaera Graecanica novum annum aequinoctium vernale memorat; Varro Epistolicarum Quaestionum inter mensem Februarium, qui tunc esset extremus, et inter calendas Martias, quae tunc erant primae*. La citation des *Epistolicae Quaestiones* de Varron est tronquée et n'est pas d'une latinité excellente; elle ne dit pas ce qui se passe entre la fin de février et le premier mars. La lacune ne peut pas être comblée en sous entendant le *novum annum... memorat* de la phrase précédente, qui se réfère à la *Sphaera Graecanica* de Nigidius Figulus¹⁶. Il n'y aurait aucun sens à dire que l'année commence entre février et les calendes de mars, quelque idée que l'on se fasse de cet intervalle; c'est à ces calendes seules qu'elle place son premier jour. La citation de Varron elle-même le dit : *quae tunc erant primae*. Si février a vingt-huit jours, entre lui et mars il ne se passe rien, pas même une seconde, et le texte n'a alors aucun sens. Varron parle d'un autre février, qui n'a pas

¹³ Ceci fut clairement vu par Basanoff (*Regifugium*, p. 29), qui n'exploita pas cette constatation.

¹⁴ Plutarque (*Numa* 18, 2) présente le repère du mois intercalaire : ἐν τῷ Φεβρουαρίῳ, en termes qui font songer à ceux de Quintus Mucius; et il se pourrait qu'il eût utilisé une source du même type.

¹⁵ Sur les *Terminalia* comme dernier jour de l'année : Varron, *De ling. lat.* 6, 13; Ovide, *Fast.* 2, 50. Sur février comme dernier mois : Cic., *Leg.* 2, 21, 54; Ovide, *Fast.* 2, 47; Plut., *Quaest. Rom.* 19; *Numa* 18 et 19; Macrobe, 1, 13, 14; Paul. Fest. s. v. *Februarius*, p. 75 L. Sur mars comme premier mois de l'année : Varron, *De ling. lat.* 6, 33; Plut. *Ibid.*; Macrobe, *Sat.* 1, 12, 3 et 5; Serv., *Georg.* 1, 43; 3, 304; Ovide, *Fast.* 1, 39; 3, 75; 3, 135; Censor. 20, 3.

¹⁶ Sur cet ouvrage mal connu, relatif au calendrier grec, et sur les difficultés que soulève son titre : W. Kroll, *Real-Encycl. P. W.* s. v. Nigidius, XVII, 206 et suiv.

vingt-huit jours et qui n'est pas le deuxième, mais le douzième mois : *qui tunc esset extremus*. Entre ce février archaïque et mars, il met une interruption permanente; il détache les calendes de l'année nouvelle du dernier jour de l'ancienne; il introduit entre les deux années une période intérimaire. Même tronqué, le fragment des *Epistolicae Quaestiones* est clair; il rappelle le temps où février était le dernier mois de l'année et les *Terminalia* le dernier jour. Dernier mois, dernier jour, Varron dans le *De lingua latina* (6, 13) les présente comme tels : *Terminalia, quod is dies anni extremus constitutus : duodecimus enim mensis fuit Februarius*. L'année finit avec l'un comme avec l'autre : les *Terminalia* ferment ensemble l'année et son douzième mois. Février expire le 23 avec cette fête, il ne survit pas à l'année qu'il clôture. Varron et Quintus Mucius disent la même chose, ils traitent du cycle qui commence en mars et s'achève en février; il ne fait pas un tour complet, il s'interrompt en fin de course; restent cinq jours. Ils meublent l'intervalle que ces deux auteurs établissent entre février et mars, c'est-à-dire d'une année à l'autre selon l'ancien calendrier. L'intercalation alternative accroît encore de vingt-deux ou vingt-trois jours cet intervalle dont le minimum permanent est un quintuple surnumérariat dans la chronologie primitive.

Le temps intercalaire et le temps surnuméraire s'ajoutent, s'il y a lieu, l'un à l'autre. Tous deux sont en dehors du cours normal du calendrier; ils se placent côte à côte, entre les deux années, selon un ordre précis : l'intercalation précède le surnumérariat; les chronologues romains ne donnent pas à celui-ci son vrai nom et parlent plus pacifiquement du report des cinq derniers jours de février, sans se préoccuper de la contradiction qui achève ce mois le 23 et lui accorde cependant ce délai de grâce. En réalité, dans l'ancien calendrier, si l'année est ordinaire, entre sa fin aux *Terminalia* et le début de la suivante aux calendes de mars interviennent les jours surnuméraires, mais seuls. Si l'année est intercalaire, les vingt-deux ou vingt-trois jours additices accroissent l'intervalle, en repoussant les cinq jours permanents du surnumérariat (Varron, *Ling. lat.* 6, 13). Ceux-ci restent accolés à mars (Macrobe, *Sat.* 1, 13, 15). Les jours que la chronologie romaine appelle les cinq derniers de février sont, dans l'optique savante de Quintus Mucius et des *Epistolicae Quaestiones* de Varron, un surplus à l'année et à son douzième mois.

II

Un temps surnuméraire n'est pas une originalité du calendrier romain. L'épagoménat est une chose très banale.

L'Inde a connu douze jours pendant lesquels les mystérieux génies appelés Rbhu, forgerons régulateurs du calendrier, se reposent

quand l'année a pris fin¹⁷; leurs vacances durent autant de jours que l'année a de mois. Pour s'assurer que ces douze jours soient authentiquement surnuméraires, il faudrait qu'ils puissent s'ajuster au comput de l'année, ce qui paraît conjecturalement facile entre un cycle lunaire de 354 jours et un cycle solaire évalué à 366; ce qui l'est beaucoup moins en face de l'année védique de 360 jours¹⁸. Il faut laisser la parole aux spécialistes.

Dans d'autres calendriers, le surnumérariat est solidement établi et s'élève, comme à Rome, par une remarquable coïncidence au chiffre de cinq. Tout près de nous, c'est le cas des cinq jours sans-culottides de la Révolution française, s'ajoutant à douze mois de trente jours chacun. Divers peuples antiques ont arrêté leur année au chiffre rond de 360, repris par la Convention, et l'ont complété, pour respecter le rythme solaire, par cinq jours hors mois. L'Égypte et la Perse ont chacune douze mois de trente jours, plus cinq jours épagomènes¹⁹. Le Mexique a, sous le nom de *nemontemi*, cinq jours qui servent d'appendice à dix-huit mois de vingt jours²⁰. Dans ces différents calendriers, le comput est de 360 + 5. Le cycle des mois forme une année ronde de 360 jours²¹; cinq autres font l'appoint avec le soleil. Ils se placent, en Égypte et en Perse, entre le dernier et le premier mois.

La ressemblance avec Rome se poursuit quant à l'intercalation : en Égypte et en Perse, comme à Rome, celle-ci joute entre les deux

¹⁷ Récemment, G. Dumézil a marqué vigoureusement les traits de leur personnalité, jusque-là un peu floue : *Tarpeia*, 1947, p. 223 et suiv.

¹⁸ Sur ces différents chiffres de l'Inde, nous renvoyons à Ginzel, *Handbuch der Chronologie*, I, p. 312 et suiv. Cf. Frazer, *Fasti of Ovid*, II, p. 46. J. Bayet (*Religion romaine*, 1957, p. 90) donne une vue très suggestive du problème dans le monde indo-européen.

¹⁹ Pour l'Égypte, nous nous bornerons à renvoyer à Ginzel, *Handbuch der Chronologie*, I, p. 150 et suiv.; Kubitschek, *Grundriss der antiken Zeitrechnung*, 1928, p. 70 et suiv., p. 148. Pour la Perse : Ginzel, *Handbuch*, I, p. 275 et suiv.; H. S. Nyberg, *Texte zum mazdayanischen Kalender*, Uppsala Univ. Arsskrift, 1934, n. 2. Cf. J. Duchesne-Guillemain, *Zoroastre*, 1918, p. 108-113. Dans S. H. Tagizadeh, *Old iraniam calendars*, 1938, est tenté un essai sur l'influence du calendrier égyptien sur la Perse. Je dois ces références sur le calendrier perse à l'extrême amabilité du R. P. de Menasce.

²⁰ Pour un résumé de la question : J. Soustelle, *La vie quotidienne des Aztèques*, 1955, p. 136 et suiv.

²¹ Pour une vue synthétique de l'année ronde : Ginzel, *Handbuch*, I, p. 69. Cf. M. P. Nilsson, *Primitive time reckoning*, 1920, p. 277 et suiv. L'Inde védique, si nous avons bien compris, présente cette particularité d'avoir une année ronde de 360 jours, sans les cinq jours épagomènes : Ginzel, *Handbuch*, I, p. 312.

années les jours épagomènes²². Intercalation et surnumérariat voisinent hors du cours régulier des douze mois.

Mexique mis à part, il est difficile de discerner parmi ces similitudes, de peuple à peuple, l'affinité ou le hasard. Rome préserve son particularisme, elle use de l'épagoménot sans le comput 360 + 5. L'année préjulienne est de 355 jours, elle ajoute au total lunaire de 354 un jour de trop, qui irrite autant les chronologues contemporains que les anciens (Censor. 20, 4; 22, 7; Macrobe, *Sat.* 1, 13, 5 et 11). Ceux-ci l'expliquent par le culte de l'impair, encore que le total romuléen de 304 jours et certains mois romuléens et juliens de 30 jours ne s'y conforment pas²³. L'épagoménot romain donne le comput 350 + 5. Dans le calendrier préjulien premier style, il se décompose comme suit : sept mois de 29 jours, quatre de 31, un février de 23, 5 épagomènes. Visiblement, ces chiffres ne sont pas originaires. Le total de 355 est attribué par la tradition non à Romulus, mais à Numa ou Tarquin (Censor. 20, 4; Macrobe, *Sat.* 1, 13; cf. Plut., *Numa* 18, qui donne erronément 354). Dans l'image du préjulien que présentent Quintus Mucius et Varron, une place est péniblement ménagée aux épagomènes à titre de survivance; avec un février de vingt-trois jours, auquel ils s'ajoutent, ils rompent la suite approximative des lunaisons. Ils sont conservés à titre résiduel par respect du passé, en provenance du calendrier précédent, qui ne semble pas avoir été lunaire. L'ensemble dont ils ont été détachés ne se laisse pas reconstituer. L'année romuléenne comporte trop de variables : le total des jours, 304 selon les chronologues, 305 selon Ovide dans un vers peu remarqué (*Fast.* 3, 164), 360 selon Plutarque (*Numa*, 18); le nombre des mois, dix ou douze (Varron, *Ling. lat.* 6, 34; Ovide, *Fast.* 2, 48; 3, 100; 3, 152; 5, 423; Censor. 20, 2; Macrobe, 3, 12); la longueur de chacun, régulière selon les chronologues, très variable selon Plutarque, de moins de vingt jours à trente-cinq et plus (cf. Lydus, *Mens.* 1, 16), variabilité qui se retrouve chez les *Albani*, *Tusculani*, *Aricini* (Censor. 22, 6)²⁴. Trop de conjectures sont possibles. Un février de vingt-trois jours dans le calendrier préjulien peut être le témoin de ces mois primitifs qui ne sont ni lunaires ni solaires, mais de simples tranches de temps. Inversement, l'épagoménot étant en général le complément d'un chiffre

²² Sur ce point, pour l'Égypte (décret de Kanopos) : Ginzler, *Handbuch*, I, p. 197 et suiv. ; Kubitschek, *Grundriss*, p. 68 et suiv. ; pour la Perse : Ginzler, I, p. 291, 296; Nyberg, *Texte*, p. 85.

²³ Pour un état de la question sur le calendrier romuléen : Fr. Bömer, *Ovidius Naso. Die Fasten*, I (1957), p. 40. Très conjectural, V. L. Johnson, *Am. J. Philolog.*, 1959, p. 135-149. Quelques notations brèves mais utiles dans A. Kirsopp Michels, *Transactions and Proceedings of the Amer. Philolog. Ass.*, t. 80, 1949, p. 328.

²⁴ W. Sontheimer, *Real-Encycl. P. W.*, s. v. *Monat*, XVI, 66.

rond, on peut imaginer pour une année romuléenne de dix mois, compte tenu des mois de trente-cinq jours dont parle Plutarque et du total préjulien de 355²⁵, la combinaison $(10 \times 35) + 5 = 355$. Simple possibilité parmi beaucoup d'autres²⁶. Si une certitude parvient à surnager, c'est que l'épagoménat auquel Quintus Mucius et Varron nous invitent à croire ne s'accorde pas à la cadence du préjulien et, s'il faut retenir son existence, elle ne peut être entendue que comme un legs du calendrier précédent.

L'année romaine, comme l'année grecque (Plat., *Leg.* 828 c), s'achève lugubrement dans le culte de l'au-delà. A Rome, elle renaît au premier mars en rallumant le feu de Vesta (Ovide, *Fast.* 3, 143; Macrobe, *Sat.* 1, 12, 6). Entre les deux années s'interpose un vide de cinq jours : Quintus Mucius, juriste et puriste, les détache de février; Varron, antiquaire, en fait les intermédiaires du dernier mois et des premières calendes. Cette coupure disparaît quand l'année religieuse commence en janvier au lieu de mars; elle s'est effacée de tous les calendriers lapidaires, même du seul préjulien que nous possédions, les *Fasti Antiates Veteres* du dernier siècle de la République. C'est à partir de 153 avant J.-C. que les consuls entrent en charge au 1^{er} janvier²⁷. La réforme politique a entraîné la réforme religieuse, comme le rappellent les Fastes de Préneste en exorde : [Ann]us no[vus incipit], quia eo die mag(istratus) ineunt, quod coepit [p. R.] c. a. DCI (C. I. L. I², p. 231). Mais on ne sait pas quand l'une a suivi l'autre. Mommsen pensait qu'il fallût attendre le calendrier julien pour que janvier ouvrît officiellement l'année. Les *Fasti Antiates Veteres*, découverts après sa mort, ont rendu ce terme caduc, leur affichage se situant entre 84 et 46 avant J.-C.²⁸. La manie permanente de l'anticipation fait remonter à Numa lui-même cette économie récente du calendrier

²⁵ Censorinus (20, 4) donne deux explications du total de 355 : il résulte d'une erreur ou du fétichisme de l'imparité. Ce dernier est fortement attesté : Paul. Fest. s. v. *imparem*, p. 97 L.; Pline, *Hist. nat.* 28, 2, 23; Serv., *Buc.* 8, 75; Macrobe, *Sat.* 1, 13, 5 et 11. Dans le calendrier préjulien, l'imparité se vérifie non seulement dans le total de l'année 355, mais dans celui des mois de trente et un et vingt-neuf jours. Février fait exception avec vingt-huit jours, mais non dans le préjulien premier style où, selon nous, février a vingt-trois jours plus cinq épagomènes. Nous avons déjà remarqué que, dans le calendrier romuléen, l'imparité n'est pas prise en considération ni dans le soi-disant total de 304 jours, ni dans certains mois de 30 jours, non plus que dans les quelques mois de trente jours du calendrier julien.

²⁶ En voici encore une qui permettrait d'associer les cinq épagomènes à douze lunaisons : $(29 \times 10) + (30 \times 2) + 5 = 355$. Douze mois lunaires peuvent s'accorder sans peine avec un quintuple surnumérariat.

²⁷ Mommsen, *Droit public*, II, p. 267.

²⁸ A Degraisi, *Inscriptiones Latinae Liberae Reipublicae*, I (1957), p. 40, n. 22, recueil où est édité ce calendrier, p. 25-41.

(Plut. *Numa*, 18 et 19; *Quaest. Rom.* 19; Macrobe, *Sat.* 1, 13, 3)²⁹. Mars fut rétroactivement dépossédé, jusqu'à ce règne, du privilège de la première place. Janus, jusque-là initiateur de chaque mois aux calendes, se vit attribuer la fonction supplémentaire d'initiateur de l'année en son propre mois. Cette fonction parut d'emblée immémoriale et mars déclassé ne reprit pied au début de l'année que dans le calendrier de Romulus.

De décembre à janvier, le passage est immédiat; l'année qui finit avec l'un et celle qui commence avec l'autre se suivent sans interruption d'aucun surnumérariat. Celui-ci n'est plus qu'un souvenir érudite vite perdu dans l'histoire du calendrier, écrite, sans lui, par des chronologues tardifs. Les cinq jours qui, entre les *Terminalia* et les calendes de mars, disjoignaient l'année révolue de la nouvelle dans le premier état du préjulien, ont perdu leur autonomie dans un cycle qui part de janvier. Ils ont cessé d'être hors mois et hors année et sont tout simplement incorporés à février, qui passe de vingt-trois à vingt-huit jours. Les calendriers lapidaires et les chronologues alignent ce total comme une évidence que ces derniers datent de la royauté (Censor. 20, 5; Macrobe, *Sat.* 1, 13, 7). Cette date est fausse, et cette évidence aussi. Les cinq survivants du surnumérariat ne s'incorporent à février qu'une année sur deux, l'autre au mois intercalaire; ils oscillent entre ces deux mois, selon que l'année est ordinaire ou non, dans la mesure où les pontifes respectent l'alternance de l'intercalation. Ce n'est qu'à partir de la réforme julienne qu'ils sont définitivement intégrés dans février, sauf à se voir décalés tous les quatre ans par le jour bissextile.

Le total insolite de vingt-huit jours pour février, *solus cavus* du système préjulien (Censor. 20, 5) où les mois sont de vingt-neuf ou trente et un, s'est vu prêter un passé fictif. Il suscita une explication d'une rare faiblesse: on l'interpréta comme propre aux morts (Macrobe, 1, 13, 7; 1, 14, 7; Solin. 1, 40), alors que la phase funèbre de février ne s'étend pas à ce mois tout entier, mais s'achève le 21, aux *Feralia*, et laisse hors de portée les cinq derniers jours autrefois surnuméraires, ensuite responsables de ce chiffre cave.

²⁹ Ovide (*Fast.* 2, 47 et suiv.), pour maintenir dès l'origine la place initiale de janvier, tout en respectant la place terminale de février dans l'ancien calendrier, imagine un système étrange qui situe entre ces deux mois tous les autres de mars à décembre; autrement dit, janvier et février se trouvent inversés l'un par rapport à l'autre. Les décevirs les auraient mis dans leur ordre classique. Cf. Landi, *Riv. Indo-Greco-Italica*, t. 13, 1929, p. 68 et suiv. Rappelons qu'ailleurs Ovide oublie cette thèse et fait sienne la tradition qui présente janvier et février comme des créations postérieures à Romulus (*Fast.* 1, 44; 3, 100; 3, 121; 3, 152). Cf. Wissowa, *Real. Encycl. P. W.* s. v. *Februarius*, VI, 2096.

Ceux-ci, quand l'année est intercalaire, au lieu d'arrondir février, s'en séparent; ils sont reportés au delà des vingt-deux ou vingt-trois jours additices et, s'ajoutant à eux, forment un mois dit vulgairement Mercedonius, terme qui n'a pas été encore clarifié³⁰. Selon les combinaisons alternatives de 22 + 5 ou 23 + 5, le mois intercalaire a vingt-sept ou vingt-huit jours : ces deux chiffres sont attestés, l'un dans les *Fasti Antiates Veteres*, l'autre chez Celse au Digeste. Dans les deux cas, il s'agit d'un total qui fusionne ses éléments; les cinq jours de l'ancien surnumérariat ne préservent leur autonomie ni dans les années ordinaires ni dans les intercalaires; ils se laissent annexer tantôt par février, tantôt par les jours additices. Cette double vie montre que, congénitalement, ils n'appartiennent pas plus à l'un qu'à l'autre des deux mois qu'ils complètent. Ces émigrés d'une année périmée font ménage avec qui ils peuvent.

Les *Fasti Antiates Veteres* n'étaient pas sur quatre ans tout le jeu du mécanisme intercalaire qui fait alterner tous les deux ans un surplus de vingt-deux ou vingt-trois jours, alors que le calendrier celtique de Coligny déroule un cycle quinquennal. Ces Fastes ne déploient que les douze mois de l'année et ajoutent en treizième position un *Interkalaris* court de vingt-sept jours, sans un mot du mois intercalaire de vingt-huit, sans allusion à leur alternance, sans référence à leur emplacement. Ces graves négligences facilitent, à dessein ou non, les abus des pontifes, mais la physionomie du mois intercalaire n'en est pas moins clairement dessinée. Il se présente comme une série continue qui ne différencie pas les vingt-deux jours additices des cinq vétérans du surnumérariat. Leur chef de file, le *Regifugium*, signe son nom mutilé, mais parfaitement reconnaissable, là où on l'attend, le vingt-troisième jour³¹. C'eût été le vingt-quatrième d'un *Interkalaris* long de vingt-huit jours. Paradoxalement, les cinq jours d'un surnumérariat aboli figurent deux fois dans ces Fastes, d'abord en février, ensuite dans l'*Interkalaris*. L'unité de celui-ci se manifeste dans la série des lettres nundinales en raccord avec mars, mais, inversement, en rupture inévitable avec février aux *Terminalia*.

L'omission de l'*Interkalaris* de vingt-huit jours dans les *Fasti Antiates Veteres* est compensée par Celse au Digeste 50, 16, 98, 2 : *mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo*. Les Basiliques (2, 2, 95) ont traduit : ὁ γὰρ Φεβρουάριος εἴκοσι ὀκτὼ ἡμερῶν ἐστίν (éd. Scheltema, ser. A, I, 1955, p. 33). Le mois intercalaire, devenu inactuel

³⁰ Le mot apparaît, d'ailleurs sous deux formes légèrement différentes, chez Plutarque, *Numa*, 18; *Caes.* 59. Cf. Lydus, *Mens.* 4, 92; Paul. Fest. s. v. *mercedonios*, p. 111 L. (texte dont on ignore s'il vise directement ce mois). L'article du *Thesaurus linguae latinae* ne fournit pas de clef au problème.

³¹ Sur ce point, cf. Bassanoff, *Regifugium*, p. 26.

et énigmatique pour les Byzantins, s'est transmué en février, grâce à son total identique dans sa version longue³². Le contresens des Basiliques authentifie le texte du Digeste. Les Byzantins n'ont pas introduit au Digeste un rappel historique qu'ils ne comprenaient pas dans les Basiliques. C'est bien Celse qui parle, mais, en sa qualité de jurisconsulte, il a pu difficilement taire, sous peine de devenir spécieux, l'alternance de vingt-sept et vingt-huit jours. Les Byzantins ont conservé au Digeste le second chiffre, en l'identifiant dans les Basiliques à février, et rayé le premier, pour eux irrécupérable. Les *Fasti Antiates Veteres* et le Digeste se conjuguent, pour vérifier séparément l'un et l'autre.

La pratique concorde avec la doctrine. On possède par bonheur toute une gamme de dates qui s'échelonnent du commencement à la fin du mois intercalaire : des calendes (*Fast. cap. tr.*, 260 av. J.-C., 493 U. C. : *K. interkalar.*) aux ides (*Fast. cap. tr.*, 236 av. J.-C., 517 U. C. : *ibid. interk.*) jusqu'à la veille de mars (Liv. 37, 59, 2 : *mense intercalario pridie kalendas Martias*. Cf. Asc., *In Milon.* p. 145, Or. V, *Kal. Mart. mense intercalario*). Elles recomposent le mois tout entier dans une unité qui n'autorise pas les cinq derniers jours, bien que transfuges, à faire bande à part³³.

L'incorporation alternative de ces cinq jours dans deux mois différents suscita une explication artificielle : on les considéra, à l'intérieur du mois intercalaire, comme un report de février (Macrobe, *Sat.* 1, 13, 15). Varron lui-même accepte cette théorie postfabriquée au *De lingua latina* (6, 13), alors que dans ses *Epistolicae Quaestiones* il les sait autrefois surnuméraires. Au lieu de deux emplacements d'égale importance, on préférera leur attribuer une demeure principale et une secondaire, contrairement à l'alternance des années avec ou sans intercalation. Il est vrai que les pontifes avaient abusivement rompu cette cadence, si bien que février n'eut pas de peine à l'emporter. Ce

³² L. Wenger (*Die Quellen des röm. Rechtes*, 1953, p. 338, n. 32) défend avec une autre argumentation l'authenticité de ce texte ; il remarque que c'est une note historique n'appelant pas de remaniement ; il rejette justement la correction qui tend à substituer à 28 le nombre des jours additices, 22 ou 23 ; il a raison : Celse donne le mois intercalaire dans son comput global, comme le font les *Fasti Antiates Veteres*. Toutefois, L. Wenger omet le parallèle avec les Basiliques, lequel montre le sens inattendu que les Byzantins donnaient à ce paragraphe.

³³ Les derniers jours de février jusqu'au 23 inclus étaient datés par rapport aux calendes intercalaires (Cic., *Pro P. Quinctio*, 25, 79 ; *Fam.* 6, 14, 2). Par suite de l'incertitude, due aux abus pontificaux, relative à l'intercalation, on datait parfois exceptionnellement par rapport aux *Terminalia* (Cic., *Att.* 6, 1, 1 ; Dessau, 1919 ; 6302) ; mais l'usage régulier était de dater selon que l'année était commune ou non, par rapport aux calendes de mars ou aux calendes intercalaires. Quant aux dates par rapport aux *Terminalia* : Mommsen, *Chronologie*, p. 42.

triomphe est assez récent. De toute évidence, l'idée factice d'un report des cinq derniers jours de février ne put pas être imaginée à l'époque où les *Terminalia* marquaient à la fois la fin de l'année et celle de ce mois, au 23.

L'absorption des cinq épagomènes tantôt dans février, tantôt dans l'*Interkalaris*, fut la conséquence du transfert, en janvier, du début de l'année; celle-ci, se fermant désormais sur elle-même, les intégra dans l'un ou l'autre de ces deux mois; mais, avant cette nouvelle disposition du calendrier, ils étaient aussi indépendants de l'*Interkalaris* que de février, quand mars était le premier mois. Caton témoigne pour son temps de cette autonomie, il n'appelle «mois intercalaire» que les seuls jours additices, sans y joindre les épagomènes, qui restent à part : *Dig.* 50, 16, 98, 1 : *Cato putat mensem intercalarem additicium esse : omnesque ejus dies pro momento temporis observat.* Seuls les jours proprement intercalaires (22 ou 23) sont soumis à la règle *pro momento temporis*, qui les ramène à un instant de raison. Caton n'étend ni cette règle ni la qualification de *mensis intercalaris* aux cinq jours surnuméraires. Leur intégration à ce mois, telle qu'elle apparaît dans les *Fasti Antiates Veteres*, dans diverses dates et chez Celse, est un phénomène aussi récent que leur intégration à février.

III

Absorbé par février, à la date du 24, le *Regifugium* se trouve dépossédé de la place unique qui était, jusque-là, la sienne; en outre, il déroge à la règle qui ne situe les fêtes qu'aux dates impaires. Les Romains avaient perdu le souvenir de sa fonction sacrale au point de l'identifier avec le départ de Tarquin (Ovide, *Fast.* 2, 685 suiv.) et, selon une erreur dénoncée par les Fastes de Préneste au 24 mars (*C. I. L.*, I², p. 234), de le multiplier en croyant le revoir dans les deux jours Q R C F, d'après la fausse lecture *F(ugerit)* au lieu de *F(as)* (Ovide, *Fast.* 5, 728).

Remis hors février à sa place de premier des cinq jours surnuméraires, le *Regifugium* cesse de déroger à la règle de l'impair et fait disparaître le roi au seuil de la période intérimaire qui sépare les deux années. Un sacrifice préalable au comitium (Plut., *Quaest. Rom.* 63) précède et couvre cette retraite à laquelle les Saliens prêtent une participation mal définie (Fest. s. v. *regifugium*, p. 346 L.). Ce que fuit le roi, à notre avis, ce sont les jours épagomènes eux-mêmes. Leur nocivité est bien connue dans les calendriers qui les accueillent au

Mexique, en Égypte, en Perse³⁴. Le temps surnuméraire est dangereux. Devant lui, à Rome, le roi s'éclipse; son règne s'interrompt pendant cinq jours qui lui sont contraires.

L'arsenal de la religion comparée fournit de nombreux exemples de retraites royales. De façon périodique ou occasionnelle, le roi se retire devant un danger récurrent ou un mauvais présage fortuit. Le *Regifugium* est l'exemplaire romain de ces retraites devant une phase critique de l'année, à Rome celle du temps mort entre sa fin et son recommencement. Le *Regifugium* n'a rien à voir, comme on l'a cru, avec les rois-bouffons qui s'en vont plus ou moins piteusement après un règne dérisoire³⁵. La fuite est celle du roi lui-même, puis de son successeur, le *rex sacrorum*. Il ne s'agit pas de la fin d'un règne saturnalesque, mais de l'arrêt provisoire d'un règne permanent. Entre les deux types opposés de fuite royale, celle du roi-bouffon après sa brève ascension et celle du vrai roi devant une épreuve cyclique, la personnalité juridique du *rex sacrorum* et la date du *Regifugium*, premier des épagomènes, ne laissent aucune place au doute.

Pendant la brève période de vacance de la royauté, quand le roi se retire pendant quelques jours, il arrive, chez divers peuples, qu'un substitut royal assure, au moins rituellement, la continuité du pouvoir et s'expose au risque auquel le roi se soustrait. Exemple observé par les Anglais à Bastar en Inde : pendant les neuf jours par an où la

³⁴ Ginzler, *Handbuch*, I, p. 69, 171, 278, 287; Nyberg, *Texte*, p. 7; J. Soustelle, *Vie quotidienne des Aztèques*, p. 136.

³⁵ Sur ce thème très riche : Frazer, *Fasti of Ovid*, II, p. 60 et suiv., 499 et suiv.; cf. Basanoff, *Regifugium*, *passim*. Il est à peine besoin de rappeler qu'entre le *Regifugium* et le *rex bibendi* des Saturnales, le calendrier met un espace infranchissable. Sur le roi des Saturnales, Nilsson, *Real. Encycl. P. W.*, s. v. *Saturnalia*, II A, 207-209. – J. Bayet améliore finement l'hypothèse, il ne confond pas le roi du 24 février avec un roi-bouffon, mais il donne un tour carnavalesque à sa fuite : « Il se peut que le *Regifugium* du 24 retienne le souvenir d'un « carnaval » de pleine licence (comme les Saturnales) chassant, l'année révolue, le roi, dont les puissances de prospérité exigeaient un renouvellement » (*Religion romaine*, 1957, p. 97). Cette hypothèse suppose une royauté annale. E. T. Merrill (*Class. Phil.*, t. 19, 1924, p. 37-38) présente une explication beaucoup plus radicale : s'inspirant des théories de Frazer sur la royauté, cet auteur pense que le 24 février, au lendemain du dernier jour de l'année, le roi était mis à mort et qu'un interrègne de cinq jours s'ouvrait, jusqu'à l'investiture du successeur, le 1^{er} mars. La fuite du roi serait ensuite un succédané de son meurtre. Ici encore, la pierre angulaire du système est l'annalité de la royauté. Ces systèmes supposent à tort que le 24 février un règne s'achève définitivement; le *rex sacrorum* revient. De la théorie de E. T. Merrill, retenons l'association qu'elle fait entre *Regifugium* et interrègne pour la préhistoire. Nous verrons plus loin que cette association existe vraisemblablement, mais à l'époque historique et dans un tout autre contexte sacré.

déesse tutélaire de la principauté est engagée dans un combat mortel avec un dangereux démon, le rajah abdique temporairement et se tient caché; il est remplacé par un rajah provisoire qui jeûne attaché au trône jusqu'à la victoire de la déesse³⁶. Le schéma d'une retraite royale, doublée du règne éphémère d'un substitut, est assez fréquent pour qu'on puisse se demander s'il ne se retrouve pas à Rome dans le *Regifugium*. Il est tentant de le penser. L'*interrex* ne gère son singulier pouvoir que pendant cinq jours. Ce chiffre de cinq, resté inexpliqué, ne peut être traité comme une coïncidence fortuite avec celui des cinq épagomènes qui déclenchent la retraite du roi. L'inter règne semble avoir été calculé à l'exacte mesure de la vacance de la royauté³⁷.

Ce qui rend vraisemblable la conjonction du *Regifugium* et de l'*interregnum*, ce n'est pas seulement leur ajustement fonctionnel, c'est l'histoire des avènements royaux. La tradition ne place l'intervention d'un interroi dans l'investiture monarchique que dans l'époque légendaire de la royauté, non dans l'ère historique de la domination étrusque. L'opposition est fortement marquée: la tradition souligne que ce sont les rois étrusques eux-mêmes, non un interroi, qui procèdent à la mécanique constitutionnelle de leur investiture, ou bien usurpent tout simplement le pouvoir avec ou sans légitimation postérieure³⁸. Cette insistance rend fort problématique l'existence

³⁶ Frazer, *Fasti of Ovid*, II, p. 56 et suiv. Sur la théorie générale des substituts royaux: du même, *Cycle du Rameau d'or*, trad. P. Sayn, III, chap. v, « Les rois temporaires », p. 127 et suiv. Sur les substituts royaux à Babylone et notamment sur la célèbre fête des Sacées (qui fait curieusement retrouver le chiffre de cinq jours, associé à un substitut royal), nous renvoyons à: Labat, *Le caractère religieux de la royauté assyro-babylonienne*, 1939, p. 98 et suiv.

³⁷ Le délai de cinq jours, établi sous la République, en vue du serment in *leges* des magistrats, a-t-il un rapport avec la durée de l'inter règne, il est difficile de le dire: Mommsen, *Droit public*, II, p. 292, n. 2; E. Friezer, *Mnemos.* Ser. IV, vol. 12, 1959, p. 311 et suiv.

³⁸ Liv. 1, 35; 1, 41, 6; 1, 46, 1; 1, 48; Cic., *Rep.* 2, 20, 35; 2, 21, 37-38; Den. Hal. 4, 12; 4, 41, 1. — Cependant, Denys d'Halicarnasse (3, 46, 1) admet, contre Tite-Live (1, 35), qu'un interroi (des interrois, dit étrangement le texte), et non l'intéressé lui-même, provoqua l'investiture de Tarquin l'Ancien. Ailleurs, il apporte, à propos de Servius Tullius, cette précision que le Sénat protesta contre l'omission d'un interroi dans sa prise du pouvoir (4, 8 et 10). Ce constitutionnalisme de Denys d'Halicarnasse, pratique dans le cas de Tarquin l'Ancien, théorique dans celui de Servius Tullius, relève d'une inspiration étrangère à la tradition que représente Tite-Live. Il paraît dépourvu de toute base historique. Sur les conceptions juridiques de Denys d'Halicarnasse quant à la royauté: E. Gabba, *Studi su Dionigi da Alicarnasso, Athen.*, t. 48, 1960, p. 175-225; t. 49, 1961, p. 98-121. Sur les avènements étrusques: P. de Francisci, *Primordia Civitatis*, 1959, p. 635-655. Il sort évidemment de notre propos, au sujet de l'investiture royale, de discuter le rôle que la tradition prête au peuple, sans doute par anticipation.

d'un *interregnum* politique, sous la royauté, en vue de régler la succession monarchique. Il se trouve rejeté dans la légende. A l'inverse, il serait exagéré de soutenir, comme on l'a fait³⁹, que l'interrègne, malgré son nom, soit une pure création de la République. Il est un expédient qu'elle a utilisé pour remédier à la vacance de la magistrature supérieure. Elle n'en a pas trouvé le prototype exact sous la monarchie étrusque; et il est difficile de supposer qu'elle ait ranimé une institution soi-disant primordiale, qui se présente sous l'aspect d'une anticipation. L'interrègne politique est une nouveauté républicaine, mais il n'a pas été créé de toutes pièces. Il est probable que le droit sacré ait servi de modèle. Un interroi politique de cinq jours, sous la République, paraît être le décalque d'un interroi sacré qui supplée le roi pendant les cinq épagomènes, à partir du *Regifugium*. La République avait besoin, le cas échéant, d'un titulaire provisoire du pouvoir. S'il s'en laisse découvrir un du temps des rois, c'est seulement sous les traits d'un substitut royal; et c'est cet interroi du droit sacré qui seul a pu être transposé, ensuite, en droit public⁴⁰. L'étonnante impuissance, à Rome et ailleurs, à imaginer des institutions nouvelles a toujours conduit à utiliser les anciennes, en les dénaturant.

Pour désorganiser l'assemblage qui vient d'être proposé, il suffirait, tout en admettant selon la tradition que les *Terminalia* sont le dernier jour du calendrier, de prétendre que cette position conclusive n'est pas innée : elle résulterait de l'intercalation; celle-ci, se plaçant au lendemain de cette fête, lui faisait clôturer l'année, sans plus. Il faut choisir : si l'on entre dans cette voie, on se surcharge de bizarreries inexplicables. Les *Terminalia* achèvent l'année religieuse avant l'intercalation, mais le font aussi bien sans elle (Varron, *De ling. lat.* 6, 13). Par son nom, cette fête exprime l'idée de fin, mais c'est par hasard qu'elle est celle de l'année. C'est fortuitement qu'elle est suivie de cinq jours qui deviennent, malgré eux, surnuméraires, en nombre égal à celui des épagomènes d'autres calendriers; fortuitement aussi que le *Regifugium* se place en tête de ce surnumérariat; plus fortuite-

³⁹ Cette thèse n'est pas nouvelle; elle est discutée par P. de Francisci, *Primordia Civitatis*, p. 549; cf. V. Coli, *Regnum*, 1951, p. 70. Tout récemment, beaucoup de talent a été utilisé pour tenter de sauver l'interrègne politique sous la royauté : V. Coli, *Interregnum*, *Novissimo Digesto Italiano*, 1962, c. v.; H. J. Wolff, *Interregnum und Auctoritas patrum*, *Bull. d. Ist. d. Dir. Rom.*, t. 64, 1961. Par contre, E. Friezer (*Mnemos.*, 1959, p. 308) affirme péremptoirement : *no interregna in the regal period*. Quant à l'interrègne politique, il a partie gagnée. Reste l'autre, religieux.

⁴⁰ Le *praefectus urbi* archaïque est ici hors de cause; ce n'est pas un titulaire véritable du pouvoir, mais un simple délégué qui coexiste avec le délégant (Mommsen, *Droit public*, II, p. 342).

ment encore que l'interrègne a la même durée que lui. Et, si l'intercalation commence au lendemain des *Terminalia* et met fin à février, c'est pure fantaisie pontificale. C'est ici que le bât blesse. Il n'y a pas place pour une permutation de fausse algèbre. L'année ne finit pas aux *Terminalia*, parce que cette date sert de repère à l'intercalation. Les Romains n'ont pas choisi n'importe quel repère. L'intercalation se situe hors année et hors février, très précisément le jour qui les ferme. En Égypte et en Perse, elle s'insère aussi entre les deux bouts de l'année, à côté des épagomènes.

Un dogme obstiné, dans l'histoire de la religion romaine, ne veut voir dans les *Terminalia* que la fête des bornes fichées dans le sol⁴¹, sans admettre qu'elle marque aussi, comme le veulent les Romains, une borne dans le temps. Altheim (*History of Roman Religion*, 1938, p. 175-176) a réagi contre cette optique qui se rétrécit volontairement; il reste à tenter de rationaliser cette réaction. Les Romains ont assez contribué à oter à leur religion la perspective cosmique, pour ne pas surenchérir. Une double fonction dans l'espace et dans le temps n'est pas étrangère à leur théologie⁴². Janus préside au commencement dans l'un comme dans l'autre, en tant que dieu de la porte et dieu des calendes⁴³. Les *Terminalia* célèbrent aussi bien les limites du sol que la fin de l'année. Ovide (*Fast.* 2, 47 suiv.) et saint Augustin, dont la source est sans doute Varron (*Civ. Dei* 7, 7; Aghad, *Varronis Antiqu. rer. div.*, 16, 9, p. 203), formulent clairement l'antithèse entre Janus et Terminus. Elle n'est pas artificielle, sous cette réserve qu'on ne sait pas si les *Terminalia* sont originairement la fête de Terminus, ou bien si ce dieu a été déduit, après coup, de cette fête; sous cette autre

⁴¹ Sur cette thèse en apparence simplifiante : Wissowa, dans Roscher, *Lexicon der Mythologie*, s. v. *Terminus*, V, 379-384; cf. K. Latte, *Röm. Religionsgeschichte*, 1960, p. 64. Déclarer que les *Terminalia* sont le dernier jour de l'année à cause de l'intercalation qui les suit, c'est tranquilliser trop facilement le problème; cette fête est toujours conclusive du calendrier et exclut toujours, des douze mois, les cinq jours surnuméraires, les années communes comme les intercalaires. L'artifice qui a fini par voir dans les cinq épagomènes un report de février après l'intercalation ne s'inscrit même pas en faux contre le principe que les *Terminalia* sont le dernier jour de l'année religieuse : Varron (*De ling. lat.* 6, 13) juxtapose ces deux données d'époques différentes.

L'intercalation, étrangère à l'année religieuse, est intégrée dans l'année civile grâce à la fiction que le temps intercalaire vaut pour un instant de raison, selon le propos de Caton, commenté au § 1.

⁴² Sur ce dualisme dans le monde indo-européen, G. Dumézil, *Les dieux des Indo-Européens*, 1952, p. 104.

⁴³ Nous nous bornons, sur ce point, à renvoyer à la belle étude de R. Schilling, *Janus, le dieu introducteur, le dieu des passages* (*Mélanges d'archéologie et d'histoire*, 1960, p. 89-131).

réserve que les *Terminalia* ont cessé de clore l'année, quand Janus en est devenu l'initiateur à la fin de la République, en janvier promu premier mois à la place de mars. L'opposition entre Janus et Terminus n'a pas été conçue à la mesure de l'année; elle n'a pu l'être que rétrospectivement. A l'origine, ces deux divinités jouent, dans le temps, l'une un rôle initial, l'autre un rôle conclusif, à des échelles différentes, pour le mois quant à Janus, pour l'année quant à Terminus.

C'est au ras du sol, dans les bornes elles-mêmes, que se rencontrent les deux rôles, spatial et temporel, des *Terminalia*. Ne sont pas consacrées seulement les bornes privées (Sicul. Flac., *Grom. lat.* 1, p. 105, 12, Thulin); le sont aussi les bornes publiques⁴⁴. Celles du *pomerium* sont des *termini consecrati* (Liv. 1, 44, 5); celles de l'*ager romanus* archaïque (*antiquus*, Serv., *Aen.* 11, 316) passent même pour des dieux (Den. Hal. 2, 74, 4 et 5)⁴⁵. Il faut regarder synoptiquement les deux tracés concentriques de l'*urbs* et de son *ager*. Environ cinq à six milles les séparent (Ovide, *Fast.* 2, 682; Strab., 5, 3, 2 [230]). Entre ces deux zones vitales, dont l'une est intérieure à l'autre, se répartit la topographie du droit sacré et de l'ancien droit public. Deux lustrations homologues les purifient : l'*Amburbium* autour de Rome, *circum terminos urbis* (Paul. Fest. s. v., *Amburbiales*, p. 5 L.) et les *Ambarvalia* le long des bornes de l'*ager romanus*, dont on se dispense de faire, toutefois, le tour complet (Strab., *ibid.*). On purifie séparément ces deux zones dont le statut juridique est antithétique. La zone intrapomériale est démilitarisée et frappée d'un interdit funéraire; celle de l'*ager romanus* relève de Mars, dont l'*ara in campo* y est sise; elle est réservée à la tenue des comices centuriates assimilés à l'armée sans armes; on ne peut procéder au delà d'elle à la nomination d'un dictateur⁴⁶; avec elle commence l'*imperium* militaire; Mars la protège par

⁴⁴ Il est très malaisé de savoir à partir de quand Jupiter a été associé à la protection des bornes. A cet égard, le célèbre fragment de Vegoia (*Grom. lat.*, I, p. 350, Lachmann) ne peut plus être utilisé comme un témoignage archaïque, depuis que l'on sait que c'est « un pamphlet de circonstance » de la fin de la République. Nous renvoyons sur ce point à la démonstration parfaitement convaincante de J. Heurgon, *Rev. Ét. lat.*, t. 37, 1959, p. 46-49; du même, *Journal of Rom. St.*, t. 49, 1959, p. 41-45.

⁴⁵ Tout récemment, cet *ager primitif* vient d'être étudié par Alföldi (*Hermes*, t. 90, 1962, Heft 2), mais pas sous l'angle de ses *termini*.

Sur les *termini* pomériaux, le matériel des sources est groupé dans J. Lugli, *Fontes ad topogr. vet. urb. Rom.*, I (1952), chap. II, particulièrement p. 127-130. Nous laissons de côté la théorie, toujours discutée, du *pomerium* lui-même (dernièrement : J. Le Gall, *A propos de la muraille servienne et du pomerium*, dans *Études d'archéologie classique*, II, 1959, p. 43-54).

⁴⁶ Mommsen, *Droit public*, III, p. 173; VI, 2, p. 477.

ses lustrations⁴⁷. Ce qui importe le plus dans la théorie juridique de ces deux zones, en vue d'une clarification des *Terminalia*, c'est qu'elles définissent des espaces auguraux nettement distincts et respectivement privilégiés. Le *pomerium* marque la fin des auspices urbains (Varron, *De ling. lat.* 5, 143; Gell. 13, 14, 1); l'*ager romanus (antiquus)* en a de typiques, qui s'opposent à ceux de l'*ager peregrinus, hosticus, incertus* (Varron, *De ling. lat.* 5, 33). Le droit augural révèle la bivalence des *termini* pomériaux et de ceux de l'*ager* archaïque : ils tracent des aires simultanément terrestres et célestes, ils découpent à la fois la terre et le ciel. Ce dédoublement fonctionnel correspond aux deux aspects des *Terminalia*, spatial et temporel. En partageant le ciel, les *termini* publics y rejoignent la mesure du temps, qui s'y inscrit par le mouvement des astres. Les *Terminalia* se situent aux deux niveaux de la terre et du ciel, fête des bornes et borne des fêtes : *sacrorum finis* (Ovide, *Fast.* 2, 50). Ce qu'il faut renoncer à savoir, c'est si les *termini* publics se contentaient de délimiter des espaces célestes, ou si, en outre, ils servaient aussi, à l'origine, comme les *landmarks* de nombreux peuples demi-civilisés, de repères au parcours des astres pour mesurer l'année, avant que le calendrier ne fût codifié.

La borne sacrée du Capitole représente toutes les autres; sa vocation à regarder le ciel dut transiger avec le temple de Jupiter, quand il l'absorba : on ménagea une ouverture dans le toit, pour qu'elle restât à ciel ouvert (Ovide, *Fast.* 2, 672; Fest. Paul s. v., *Terminus*, p. 505 L.; Serv. *Aen.* 9, 446). Il n'y a pas lieu de mettre en doute la tradition qui la proclame plus ancienne que ce temple, relativement récent (Liv. 1, 55, 4). Il n'y a pas à douter, non plus, de l'explication qui nous est transmise du *foramen in tecto*. Elle est authentifiée par la fonction augurale des *termini*. La borne par excellence ne pouvait se cacher du ciel que d'autres sont chargées de délimiter. Dans un tout autre esprit, une ouverture est pratiquée aussi dans le toit du temple de *Dius Fidius*. Le dieu protecteur du serment garde la foudre à sa disposition, pour le sanctionner; il est malséant de jurer en son nom sous un toit (Varron, *De ling. lat.* 5, 66). Dans les deux cas, la communication avec le ciel est nécessaire, mais différente. Autre chose est y marquer un point, autre chose en attendre un châtement. La borne capitoline n'a jamais aliéné sa dimension céleste, qui la situe à la fois dans l'espace et dans le temps. Le secret qu'elle refuse cependant de livrer, c'est, si avant de devenir un symbole, elle était un *landmark* haut placé, repérant les astres ou mesurant l'ombre du soleil.

La fête qui suit, à quelques jours d'intervalle, les *Terminalia*, a elle aussi une valeur cyclique. Le 27 février, c'est-à-dire dans le com-

⁴⁷ Wissowa, *Religion und Kultus d. Röm.*, 1912, p. 142-143.

put primitif le quatrième des cinq épagomènes, tombent les *Equirria* qui sont célébrés de nouveau le 14 mars. Ce dédoublement place la même cérémonie à la fois hors et dans l'année. Le calendrier connaît d'autres dédoublements; ainsi ceux du *Tubilustrium* et des jours Q R C F; mais ils se situent dans le cours des douze mois. Les *Equirria*, au contraire, se divisent entre les épagomènes et mars. La date du 14 de ce mois est insolite; c'est un chiffre pair, en principe impropre à une fête. Wissowa⁴⁸ vit juste quand il remarqua que les *Equirria*, à ce jour, sont une fête préparatoire des cérémonies du 15, où se cumulent le rituel des ides et celui d'Anna Perenna. Ce caractère préparatoire se retrouve dans la première célébration des *Equirria*. Ovide en fait la remarque : Mars, avant même le commencement de son mois, met en mouvement, par cette course de chevaux, le cycle des fêtes qui lui sont consacrées : *Fast.* 2, 861 : *Jure venis, Gradive; locum tua tempora poscunt*. Mars se manifeste à l'avance, il annonce son mois, il annonce surtout l'année nouvelle. A la fin, presque, des cinq épagomènes⁴⁹, il vient activer, avec ses chevaux, le temps provisoirement mort.

⁴⁸ *Religion und Kultus*, p. 437, n. 1. Pour une interprétation du rite de la course de chevaux, au point de vue des structures sociales de la Rome primitive : G. Dumézil, *Rituels indo-européens*, 1954, p. 51-57.

⁴⁹ Il est possible que la date de cette fête ait été déplacée du cinquième au quatrième jour du surnumérariat, pour la faire tomber à une date impaire, le 27 février, quand ce mois absorba les épagomènes. Si elle avait une date paire à l'origine (*pridie Kal. Mart.*), alors son caractère préparatoire, comme à la deuxième célébration du 14 mars, serait plus évident, non seulement par la parité, mais par le contact direct avec les calendes.

[III - Droit public]

NOTE SUR LA LOI CURIATE ET LES AUSPICES DES MAGISTRATS

Les Romains, à la fin de la République, ne savaient plus pourquoi leurs magistrats, après avoir été élus, étaient soumis à l'approbation d'une loi curiate. Il est vrai que celle-ci avait alors cessé d'être votée; on se contentait de l'assistance de trente licteurs (Cic., *leg. agr.*, 2, 12, 31). Avant cette détérioration, le vote est attesté par Tite-Live (9, 38, 15; 9, 39, 1) et il est confirmé par l'expression *legem ferre*, qui s'applique à cette loi comme à toute autre (p. ex. Cic., *leg. agr.*, 2, 10, 26; *fam.*, 1, 9, 25). Il n'y a pas place, pour simplifier le problème, à l'échappatoire (quelquefois pratiqué) qui tend à répudier le vote des curies et à réduire leur rôle, à l'égard des magistrats, à un acte comitial non législatif, comme le droit romain en connaît certains (p. ex. l'inauguration de certains prêtres devant les comices calates, Gell. 15, 27, 1.). Même dégradée à l'état de fiction, la loi curiate conservait son importance. C'est ce que vérifie l'embarras des magistrats qui se passèrent d'elle (Cic., *fam.*, 1, 9, 25; Dion Cass., 39, 19; 41, 43) dans les derniers temps de la République. Il ne devait pas toujours s'agir de négligence. L'une des armes des tribuns était d'intercéder contre l'homologation du magistrat par les curies (Cic., *leg. agr.*, 2, 12, 30). Il en résultait un dommage qu'il ne faut pas sous-estimer. Ce n'est pas pour rien qu'en 54 le consul Appius Claudius, privé de loi curiate, s'engagea dans la sombre affaire d'un faux qui fit scandale. Une attestation truquée avait voulu prouver que les curies avaient été réunies (Cic., *Att.*, 4, 17, 2). En 49 à Thessalonique, les consuls qui avaient suivi Pompée, renoncèrent à présider l'élection des magistrats de l'année suivante, parce qu'ils avaient quitté Rome sans avoir reçu la consécration des curies (Dion Cass., 41, 43).

La loi curiate n'avait pas pour fonction exclusive, comme on l'a cru parfois, de ratifier *l'imperium*. Selon Messala, cité par Aulu-Gelle (13, 15) et confirmé par Cicéron (*leg. agr.*, 2, 11, 26), l'intervention des curies était requise aussi bien pour «les magistrats mineurs» que pour «les magistrats majeurs». Elle n'était pas un privilège des titulaires de *l'imperium*.

Pour expliquer le double vote du peuple, d'abord dans l'assemblée électorale, ensuite dans les curies, Cicéron (*leg. agr.*, 2, 11, 26)

parle d'une *reprehendendi potestas* qui est la raison d'être du bicamérisme contemporain, la deuxième chambre étant appelée à corriger les emballements de la première. Dans le *de Republica* Cicéron donne à sa théorie une illustration vénérable, en laissant au peuple le temps de mûrir sa réflexion, quand il confirme par une loi curiate les rois qu'il a précédemment élus. Autrement dit, si l'on fait la part de l'ingéniosité doctrinale, le système du double vote était pour Cicéron une énigme historique qu'il tente d'éclaircir dialectiquement. Mommsen se démet du problème en déclarant que la loi curiate est un simple acte de soumission des curies au nouveau magistrat. A ses yeux, celles-ci ne lui donnaient aucun pouvoir qu'il n'eut déjà par son élection. Il ne s'agit que d'un hommage.

Alors à quoi bon voter? Ce qui motive la thèse mommsenienne, c'est la conviction que le magistrat une fois élu tient tous ses pouvoirs de la loi constitutive de sa magistrature. Dans cette perspective, la loi curiate n'apporte rien, si ce n'est une manifestation d'obéissance. Ce qui nove le problème, c'est la constatation qu'aucune des magistratures ordinaires, consulat, préture, censure, édilité curule, questure, ne repose sur une loi. Il en est de même pour la dictature et le tribunat consulaire. En l'année 509, initiatrice de la République, la tradition a placé bien des dispositions imaginaires (ainsi, sur la *provocatio*), elle n'a pas osé y ajouter une loi sur le consulat. Et si elle l'avait fait, que faudrait-il penser d'une manifestation aussi prématurée du pouvoir législatif? Contrairement à un lieu commun des manuels de droit romain, les lois liciniennes n'ont pas créé la préture et l'édilité curule. Aucune source ne les leur attribue. D'après Tite-Live (6, 42, 11) ces deux magistratures sont alors sorties, sans sanction législative, du compromis entre le patriciat et la plèbe, à côté des dispositions plébiscitaires du tribun Licinius. D'ailleurs, un simple plébiscite eut-il eu alors la force de créer deux magistratures officiellement patriciennes à l'origine? On ne s'est pas avisé de cette contradiction. Ce qu'il y a de plus uniforme dans le droit public du premier âge républicain, c'est l'absence de loi constitutive des différentes magistratures. Plus tard les Romains auront le même préjugé législatif que les romanistes. Cicéron dans le *de legibus* rédige une constitution. Tite-Live (9, 34, 7) fait allusion dans un discours à une loi créatrice de la censure, bien entendu sans date ni indication du *rogator*. C'est de la rhétorique. Au II^e siècle de notre ère Pomponius (D., 1, 2, 2, 16) parle d'une loi innommée sur le consulat. Peut-être refait-il l'histoire en la légalisant tardivement. Plus vraisemblablement il se borne à renvoyer à la loi curiate des consuls. N'en doutons pas, si une loi avait un beau jour institué le consulat, on connaîtrait son auteur. Quel titre de noblesse pour une vieille *gens*! Au total le préjugé legaliste a fait très peu de ravage, il n'a pas imaginé de faux *rogatores*, les magistratures sont restées telles qu'elles furent à leur naissance, sans charte initiale. En

cours de route, diverses lois, soigneusement enregistrées dans les annales, sont venues réglementer la compétence de plusieurs magistratures, au départ aucune ne les a créées.

La loi curiate des magistrats n'est mystérieuse que si l'on prête erronément à leurs magistratures une loi fondatrice. Le vote d'une loi annuelle propre à chaque magistrat devient alors inutile. Il n'est plus, dans ces conditions, selon la logique mommsenienne qu'un hommage. La loi curiate des magistrats (centuriate pour les censeurs : Cic., *leg. agr.*, 2, 11, 26) est, au contraire, la pièce maîtresse du régime républicain. Elle emplit le vide constitutionnel qu'ouvre l'absence de toute loi à l'origine des magistratures anciennes. Les magistrats ne tiennent pas leur pouvoir d'une constitution préétablie. Aucune loi fondamentale ne confère à l'élu, comme de nos jours, une compétence préconstituée. Ce sont les curies qui investissent individuellement chaque magistrat. La loi curiate est une loi d'investiture. L'élection est un choix, vient ensuite la collation de la magistrature par une loi renouvelée tous les ans (Messala – Gell., 13, 15 : *justus (magistratus) curiata datur lege*; Cic., *leg. agr.*, 2, 10, 26 : *ut ei curiata lege magistratus detur*). Pareillement il n'existe pas de loi fondamentale du principat, mais une loi d'investiture propre à chaque empereur.

Malgré la dégradation des curies, le souvenir ne se perdit pas de leur fonction collatrice du pouvoir. Avec une intransigeance absolue, rarement enfreinte (Dio. Cass., 41, 43; Cic., *Att.*, 8, 15, 3), il était interdit au magistrat dépourvu de loi curiate d'user de *l'imperium* militaire (Cic., *leg. agr.*, 2, 12, 30 Liv., 5, 52, 15). Par un corollaire rigoureux (Dio. Cass., 41, 43), la même interdiction s'étendait à la présidence de l'assemblée centuriate, traitée *d'exercitus*.

Même exigence pour la *jurisdictio*, si bien que l'absence de loi curiate, par suite de l'intercession tribunicienne, était de nature à paralyser la vie judiciaire (Dion Cass., 39, 19). *Maxima* ou *minora*, les auspices (Messala – Gell., 13, 15), fine fleur du pouvoir, relevaient de la loi curiate, comme le note avec insistance Cicéron (*leg. agr.*, 2, 11, 27; 2, 12, 31). Messala (Gell., 13, 15) intègre l'investiture du magistrat par les curies dans la théorie des auspices. Telles sont toutes les attributions pour lesquelles est attestée la nécessité de la loi curiate. Quant à l'exercice du simple pouvoir civil, non juridictionnel, notamment celui des consuls, la rigidité du principe fléchit; devant la fréquence des intercessions tribuniciennes, la décadence des curies aidant, on finit par admettre qu'il pouvait être manié sans loi curiate (Cic., *fam.*, 1, 9, 25).

Une dernière difficulté subsiste, la plus troublante : ce sont les magistrats supérieurs eux-mêmes, dictateurs (Liv., 9, 38, 15) et consuls (Cic., *fam.*, 1, 9, 25; Dio Cass., 41, 43) qui présentent leur loi curiate. Sur ce modèle, Cicéron dans le *de Republica* fait faire la même chose aux rois après leur élection. Une telle procédure suppose

que le magistrat supérieur, une fois élu, est en possession de *l'imperium* et des auspices, pour convoquer et présider les curies. C'est ce qui faisait dire à Mommsen que le magistrat après son élection ne se fait conférer par les curies aucun pouvoir que le vote du peuple ne lui ait déjà donné. Dans ces conditions, que devient le principe, énoncé par les Romains eux-mêmes, de l'investiture par les curies? En réalité, le problème se dédouble : il y a deux investitures, l'une sacrale par prise d'auspices, l'autre civile par les curies. L'investiture auspiciale se place pour les magistrats élus au moment de l'élection, comme le notent les sources avec prédilection (Liv., 6, 41, 6; 7, 1, etc. . .), et pour le dictateur au moment de la *dictio ave sinistra* (Cic. *de Leg.*, 3, 3, 9) par le consul. En droit sacré, le magistrat supérieur, au moment de la *renuntiatio* ou de la *dictio*, se trouve muni de *l'imperium* et de *l'auspicium*. En vertu de son investiture sacrale, il est en mesure de requérir des curies son investiture civile, il présente orgueilleusement lui-même sa loi curiate. La bénédiction jupitérienne est passée, de façon tralatice, de la royauté à la République, elle place le magistrat supérieur dans une condition analogue à celle du roi. La République double l'investiture sacrale d'une investiture civile par les curies; la loi curiate ne se borne sûrement pas à reproduire en termes législatifs la collation des mêmes pouvoirs, elle en trace certainement les limites et les modalités, principalement l'annalité.

Ce n'est pas le peuple qui confère par l'élection au magistrat sa compétence, comme le pensait Mommsen; il faudrait pour cela que l'élection s'accomplisse en vertu d'une loi fondamentale de la magistrature. En l'absence de toute loi de ce genre pour les magistratures nées dans le premier âge républicain, l'élection, par son côté civil, ne fait que désigner un homme; par son côté auspicial, elle l'investit par Jupiter, source de tout pouvoir. La République ajoute à cette investiture jupitérienne qui est un legs du passé royal, une investiture par les curies, qui enferme le magistrat dans les restrictions constitutionnelles. Pour sauvegarder la liberté républicaine, la loi curiate contient le magistrat, et ne remplit ce rôle qu'en lui donnant l'indispensable autorisation d'exercer un pouvoir qu'il tient du ciel.

Les quelques lignes qui précèdent portent, en abrégé, à la fois une suggestion sur la loi curiate, et une autre sur le passage de la monarchie à la République. L'instrument juridique de ce passage est l'homologation par les curies du titulaire de *l'imperium* et des auspices. Il ne suffit plus, comme aux temps des rois, qu'il soit l'homme de Jupiter, il doit être aussi celui du peuple, qui le reconnaît aussi et circonscrit sa compétence.

Bien des nuances et des précisions sont à apporter à ce schéma. Principalement, il convient de noter que l'élection centuriate ou tribuite est l'œuvre d'assemblées plus récentes que les curies. Visiblement l'élection est venue s'ajouter à la loi curiate. Il faut compter avec un

régime archaïque, dans lequel, elle seule assurait la participation du peuple à l'investiture par Jupiter. A notre avis, au début de la République, selon un ordre inverse de celui qui prévaudra ensuite d'abord le peuple investit dans les curies le magistrat supérieur, ensuite celui-ci pourvu de l'agrément populaire, va, comme le rappelle Denys d'Halicarnasse, (2, 5), selon une source excellente, demander lui-même à Jupiter par les auspices d'entrée en charge, plus tard décadents, son investiture sacrale, selon le prototype romuléen décrit par Ennius.

L'erreur généralisée qui fait le plus de tort à la théorie des auspices, est de croire que pour les prendre il faut au préalable les avoir reçus auspicialement. C'est toujours faire intervenir un prédécesseur qui les avait déjà pour les transmettre à un successeur. L'histoire n'a pas cette continuité doctrinale, imitation malheureuse de la transmission apostolique. Comme le dit la source de Denys d'Halicarnasse, le modèle primordial que suivra la République, est Romulus qui, prenant les auspices, prend avec eux le pouvoir que Jupiter fait descendre sur sa tête¹. Au début de la République, le magistrat supérieur prend lui-même, comme Romulus, ainsi que le souligne Denys d'Halicarnasse, les auspices qui l'investissent. Il a été autorisé à l'avance à le faire par une loi curiate, qui limite en même temps son pouvoir. Quand l'élection est venue précéder la loi curiate, pour donner au choix du peuple une procédure indépendante, désormais parfaitement respectueuse de la liberté populaire, alors les auspices d'entrée en charge qui assuraient l'investiture sacrale, sont tombés en décadence, sans toutefois disparaître, au profit des auspices de l'élection qui usurpent à l'avenir ce rôle.

¹ Chez Tite-Live, 1, 18, l'investiture de Numa par un augure est une imitation de l'inauguration du *rex sacrorum* non par lui-même, mais par un augure, comme c'est aussi la règle pour d'autres prêtres (Wissowa, *Religion und Kultus*, 1912, p. 490).

«PRAETOR MAXIMUS» ET «COMITIATUS MAXIMUS»

Sommaire. – Dans les expressions *praetor maximus* et *comitiatus maximus*, le superlatif *maximus* signifie souverain.

Le premier dictateur *clavi figendi causa* qui apparaît chez Tite-Live (7.3) et dans les Fastes Capitolins date de 363. Les dictatures spéciales ne se développent qu'à partir du IV^e siècle. En 363 on confie à un dictateur la mission de planter un clou magique au Capitole pour conjurer une peste d'une rare virulence. A ce propos, Tite-Live se reporte à une loi archaïque, affichée dans le temple capitolin sur le mur qui sépare la *cella* de Jupiter de celle de Minerve; cette loi est au cœur de toutes les études sur les origines du consulat; elle ordonne au magistrat supérieur de la cité, le *praetor maximus*, de planter chaque année un clou aux ides de Septembre. Ce jour est le *natalis* du temple de Jupiter Capitolin (Plut. Popl. 14)¹.

Cette *lex vetusta, priscis litteris verbisque scripta*, était sans doute difficile à lire. Polybe (3.22.3) note la même difficulté pour le premier traité romano-carthaginois, qui passait lui aussi pour remonter à la première année de la république. Le déchiffrement de ces documents archaïques était affaire de spécialistes. Pour la loi du Capitole, Tite-Live se recommande de l'autorité de l'antiquaire L. Cincius, à ne pas confondre avec l'annaliste Cincius Alimentus. Tite-Live omet le nom de l'ouvrage. Comme l'a fort bien montré M. Heurgon², il s'agit sans doute des *Mystagogica* de L. Cincius, recueil des antiquités de Rome, où l'on trouvait notamment, comme l'indique un exemple cité par Festus (p. 498 L), l'exégèse d'inscriptions archaïques. Le *Mystagogus* est, par exemple à Syracuse, le guide qui fait visiter les monuments de la ville (Cic. Verr. 2.4.132). L. Cincius, contemporain de Varron, avait parfaitement eu le temps de déchiffrer au Capitole la *lex clavi figendi*, disparue avec l'incendie de 83. A la rigueur il n'y a pas d'inconvénient à admettre que L. Cincius ait utilisé un auteur plus ancien.

¹ Wissova, *Religion und Kultus*², p. 126.

² Ath. (1964) p. 432-437.

Tite-Live associe la loi du Capitole à M. Horatius, consul de la première année de la république : 7.3.8, *M. Horatius consul e(a)lege templum Iovis Optimi Maximi dedicavit anno post reges exactos*. Cette petite phrase ne signifie pas, comme l'a cru M. Hanell³, que M. Horatius inséra la *lex clavi* dans les *leges dedicationis* du temple. Selon Tite-Live, M. Horatius se conforma à cette loi, lorsqu'il dédia le temple capitolin ; autrement dit, comme l'ont bien vu Mommsen⁴ et Weissenborn, il enfonça le premier clou aux ides de Septembre, *natalis* du temple. Rite qui devait ensuite être répété tous les ans à la même date. La première clavifixion fit partie de la cérémonie de la dédicace. Renseignement précieux qu'il convient de retenir.

Tite-Live attribue cette première clavifixion à M. Horatius, ce fait a toutes les chances d'être authentique. Horatius dédia le temple capitolin, comme l'affirme une tradition bien établie⁵. Une inscription non datée, évoquée par Denys d'Halicarnasse (5.35.3), l'attestait sur le monument lui-même avant son incendie⁶. Toutefois l'histoire légendaire de la révolution qui chassa les Tarquins ne fait pas participer Horatius à cet événement. La tradition sur la dédicace du temple capitolin était indépendante de la tradition sur la révolution républicaine, comme l'a remarqué Mommsen (*Chronologie* p. 199). Ces deux traditions furent superposées, quand on s'avisa dès avant Polybe (3.22) de placer la dédicace du temple capitolin la première année de la république.

L'annalistique fait peu de cas d'Horatius, dont la *gens* s'éteignit de bonne heure⁷. Encore consul ordinaire de la première année du temps de Polybe (3.22), il est rétrogradé au rang de consul suffect plus tard⁸. On se demande même pourquoi la dédicace du temple lui revint plutôt qu'à Publicola (Liv. 2.8 ; D. H. 5.35.3). Mais comme auteur de cette dédicace il ne pouvait pas être éliminé grâce à l'inscription qui le célébrait⁹. Cette élimination, devant laquelle les an-

³ *Das altrömische eponyme Amt* (Lund, 1946) p. 127.

⁴ *Chronologie*, p. 199.

⁵ Liv. 2.8.6 ; 7.3.8 ; Pol. 3.22.1.

⁶ La preuve que l'inscription n'était pas datée, c'est qu'une autre tradition place la dédicace d'Horatius au cours du second consulat (Broughton, *Magistrates*, I, p. 4 n. 3 ; cf. Olgivie *Commentary on Livy* (1965) p. 253). L'inscription ne mentionnait pas le titre d'Horatius, en effet, certains pensaient à Rome à tort qu'il était intervenu comme pontife (Broughton, *ibid.* ; Münzer, *PW.* 8.2 (1913) col. 2402), alors que seul un titulaire de l'*imperium* peut dédier un temple. Polybe associe à tort Brutus à la dédicace (3.22) ; voir Walbank, *Commentary on Polybius* I, p. 340.

⁷ *PW.* 8.2, 2321.

⁸ Broughton, *Magistrates* I p. 3.

⁹ Hanell (*Les origines de la République Romaine*, dans *Entretiens sur l'antiquité classique*, t. XIII [Genève, Fondation Hardt, 1967] p. 40) se demande si dans le

ciens ont reculé, est interdite pour la même raison aujourd'hui. Les savants qui font dédier le temple capitolin par Tarquin le Superbe n'ont guère comme recours que de faire renouveler cette dédicace, tenue pour nulle par le consul Horatius¹⁰.

Une tradition, recueillie avec insistance par Denys d'Halicarnasse (5.1.; 4.63) place en Septembre l'entrée en charge des consuls de la première année de la république et des années suivantes (D. H. 5.57; 6 49)¹¹. Il ne peut s'agir que des Kalendes ou des ides, seules dates d'entrée en charge des consuls, plus vraisemblablement des ides. Dans cette perspective légendaire, le même jour, le 13 Septembre, avait cumulé l'apparition des premiers consuls, la dédicace du temple capitolin, la première clavifixion rituelle. On faisait partir de la même date l'ère capitoline et l'ère républicaine. Une autre tradition aussi fantaisiste fait tomber les Tarquins le 24 Février, date du *regifugium* (Verrius Flaccus ap. Fast. Praen. au 24 Mars; Ovid. *Fast.* 2.685; Fest. p. 346 L).

On ne s'est guère demandé pourquoi la clavifixion du 13 Septembre est l'œuvre du plus haut magistrat plutôt que d'un prêtre. Le partage de compétence entre la magistrature et le sacerdoce ne s'y oppose pas. Il n'est pas absolu. La routine du culte revient aux prêtres. Les actes les plus importants de la religion, sans doute par héritage royal, relèvent des magistrats¹² supérieurs : *vota publica*, *dedicatio* des temples, *evocatio deorum*, *indictio* des *feriae* extraordinaires ou mobiles, expiation des prodiges, *lustrum*¹³. La clavifixion du 13 Septembre est elle aussi un acte de souveraineté. Elle échappe dès le début de la république au *rex sacrorum*; ceci permet de vérifier qu'il est un per-

texte de Denys d'Halicarnasse 5.35.3, ἐπιγραφή au lieu de désigner une inscription n'a pas plutôt le sens de titre honorifique et ne vise que l'honneur que représenta pour Horatius la dédicace du temple. C'est peu probable. L'ancienne inscription fut remplacée par une nouvelle portant le nom de Q. Catulus (Val. Max. 6.9.5, *nomenque eius in Capitolino fastigio fulgeret*) quand le temple fut reconstruit. L'annalistique ne prête à Horatius qu'un rôle effacé et ne lui conserve la dédicace du temple qu'en raison de l'inscription qui la lui attribuait. En ce sens Momigliano, *ibid.* p. 41. Sur le sens d'ἐπιγραφή comme titre honorifique, voir Pol. 1.31.4; cf. Momigliano, *St. Grosso* I, p. 172.

¹⁰ Latte, *Römische Religionsgeschichte* (1960) p. 150 n. 2.

¹¹ Mommsen, *Chronologie*, p. 86-89. Denys d'Halicarnasse qui recueille cette tradition sur l'entrée en charge des consuls en Septembre, en accepte une autre contradictoire qui fait d'Horatius un consul suffect (5.19.2), donc entré en charge après ce mois. Pour lui conserver la dédicace du temple Capitolin, il la place au cours de son second consulat (5.35; Tac. *Hist.* 3.72); cf. Olgivie, *loc. cit.*

¹² Wissova R. K. p. 402-403.

¹³ De même les *auspicia* des magistrats sont distincts des *auguria* des augures, Wissova R. K. p. 529; Catalano *Diritto augurale*, *passim*.

sonnage complètement dépolitisé. Il n'a même pas la faculté d'être interroi, lequel est dès l'origine choisi dans le groupe privilégié des *patres*.

D'après Cincius (Liv. 7.3.6)¹⁴, les clous du Capitole servaient à compter les années. On trouve la même explication chez Festus (Paul-Fest. p. 49 L). Elle est artificielle et révèle l'ignorance des antiquaires romains sur la signification véritable du rite. L'idée d'un *clavus annalis* chronométrique a peut-être été inspirée par l'usage du *clavus anni*, cheville que l'on plaçait sur le calendrier dans le trou correspondant à chaque jour (Cic. *Att.* 5.14.1; 5.15.1)¹⁵. Le matériel épigraphique de tels calendriers dits *paraepgmata* a été rassemblé récemment par M. Degrassi dans les *Inscriptiones Italiae* tome XIII, 2 (1963) p. 299 suiv. L'explication chronométrique du clou du Capitole ne remonte certainement pas au VI^e siècle, elle n'a pu apparaître qu'à partir du moment où les romains ont imaginé que le 13 Septembre, *natalis* du temple, était aussi le premier jour de la république. L'année commence aux Kalendes de Mars, cela n'aurait eu aucun sens de la compter à partir des ides de Septembre. D'ailleurs, pour planter un clou chronométrique, il n'y avait pas à déranger le *praetor maximus*. Un prêtre aurait suffi. L'explication chronométrique n'a pu être imaginée à Rome qu'après qu'on eût identifié l'ère républicaine et l'ère capitoline.

On accuse souvent Tite-Live d'avoir fait une confusion : il aurait contaminé deux traditions, celle du *clavus annalis* chronométrique et celle du clou extraordinaire que plante un dictateur en cas de peste¹⁶. A ses yeux la clavifixion annuelle tomba en désuétude (7.3.8, *intermisso deinde more*), elle fut reprise en 363 à l'occasion d'une calamité¹⁷. Tite-Live a raison, il est facile de le vérifier. La clavifixion annuelle, tant qu'elle resta en vigueur, dépendait de la loi du temple capitolin. En 363, quand on nomma un dictateur *clavi figendi causa*, c'est cette

¹⁴ Pour Cincius, la loi du Capitole avait été placée dans la chapelle de Minerve, parceque cette déesse avait inventé les nombres. En réalité, la mystique des nombres ne paraît s'être introduite dans le culte de Minerve que subsidiairement (Serv. *Georg.* I. 227). Voir Wissova, *Roscher Lexicon v. Minerva*, 2992.

¹⁵ Hannel, *Das altrömische eponyme Amt*, p. 137.

¹⁶ Voir sur ce point Luzzato, *Studi De Francisci*, III p. 413.

¹⁷ Tite-Live a toutefois commis une erreur certaine en affirmant que la clavifixion annuelle était passée des consuls aux dictateurs, 7.3.8 *a consulibus postea ad dictatores... solemne clavi translatus est*. (voir Weissenborn ad loc.; Mommsen, *Chronologie*, p. 178). Une ère de *dictatores clavi figendi* annuels est pure fantaisie, démentie par les fastes. Il n'y a pas à supposer, en forçant le texte, que Tite-Live voulait dire que le transfert de la clavifixion des consuls aux dictateurs n'intervenait que les années où à Rome le 13 Septembre un dictateur était en fonction (Werner, *Der Beginn des röm. Republik* (1963) p. 32).

même loi qu'on entend appliquer. Le consul ne pouvait plus être considéré comme un *praetor maximus*. Soumis d'abord à l'intercession tribunicienne, ensuite à la *provocatio ad populum*, il n'était plus souverain. Aussi, quand on remet provisoirement le rite en vigueur en 363, a-t-on recours à un dictateur qui échappe à ces restrictions et possède la plénitude de *l'imperium* : *quia maius imperium erat* (Liv. 7.3.8). Cette exégèse remonte certainement au IV^e siècle : le mot *maximus* de la loi imposa l'intervention d'un dictateur. La souveraineté perdue par le consul n'appartenait plus qu'à lui.

Les quelques dictateurs *clavi figendi causa*, qui s'égrènent de 363 à 263, montrent que dès le IV^e siècle la clavifixion annuelle avait disparu. On ne revenait désormais au rite du clou qu'en cas de nécessité. Cette dictature spéciale par son intermittence confirme la haute antiquité d'une loi qu'on ne ranimait plus qu'occasionnellement¹⁸.

A notre avis, les causes de la désuétude sont transparentes. La clavifixion annuelle était un rite d'origine étrusque, qu'on retrouve à Volsini dans le temple de la déesse Nortia (Liv. 7.3.7). Comme le prouvent les fastes, Rome reste étrusquée jusqu'aux XII tables environ¹⁹. En 448 l'un des consuls, Lars Herminius, est encore un étrusque. Ensuite Rome se libère de l'influence des ses anciens dominateurs. Un autre facteur intervient pour effacer la *lex clavi*. La dictature apparaît après les XII tables²⁰, les dictateurs de l'ère prédecemvirale sont apocryphes. Désormais ni les consuls ni les tribuns consulaires ne peuvent prétendre à l'épithète *maximus* que mérite seul le dictateur. Il faudra en nommer un, quand on ressuscite le rite du clou.

Le premier cas connu date de 363 : cette année la dictature *clavi figendi causa* est attestée à la fois par Tite-Live (7.3) et les Fastes Capitolins. Münzer a reconnu son authenticité²¹. Il est arbitraire de la convertir en dictature *rei gerundae causa*, parce que le dictateur tenta d'outrepasser sa mission. La théorie alors naissante des dictatures spéciales n'était pas encore fixée. Le mandat particulier donné au dictateur ne limitait pas en droit pur la plénitude de son pouvoir, la res-

¹⁸ Il serait tentant de postdater la loi et de la placer au IV^e siècle, quand le préteur, *collega minor* des consuls, justifierait pour eux l'appellation de *maximus* (Bernardi, *Ath.* (1952) p. 10). Ce déplacement chronologique de la loi est interdit par sa désuétude partielle au IV^e siècle. De plus, alors le *praetor maximus* n'est plus le consul mais le dictateur *clavi figendi causa*.

¹⁹ Pallottino *St. Etr.* (1963) p. 3-35; R. Bloch, *Rev. des Et. Lat.* 37 (1959) p. 118.

²⁰ Beloch *Röm- Geschichte*, p. 63, 234.

²¹ *PW*, 14 1 (1928) col. 1176-1177; cf. Favarro, *Atti del I Congresso di St. Rom.* II, (1929) p. 224.

triction n'était que morale²². Le clou de 363 étant destiné à immobiliser la peste, la fonction de la *lex clavi*, provisoirement remise en vigueur, s'éclaire : elle ordonnait une clavifixion prophylactique²³.

Le dictateur *clavi figendi causa* de 331 est lui aussi attesté à la fois par Tite-Live (8.18) et les Fastes Capitolins. Le motif est de nouveau la peste. Selon une version plus pittoresque mais sans doute fantaisiste, il s'agissait de conjurer la folie collective des matrones qui empoisonnaient leurs maris²⁴. Aux yeux des Romains, la clavifixion rituelle était aussi une garantie contre les maladies psychiques. On imagina qu'un clou magique avait guéri la folie populaire lors des premières sécessions de la plèbe (Liv. 8.18.12).

En 313, selon les Fastes Capitolins et une première version recueillie par Tite-Live (9.28.2), il y eut un dictateur *rei gerundae causa*; selon une deuxième version conservée aussi par Tite-Live (9.28.6) ce fut un dictateur *clavi figendi causa* à l'occasion d'une peste. C'est cette solution qui est la plus probable²⁵. Les victoires de l'année ne reviennent pas au dictateur²⁶. De plus il n'était pas consulaire. On ne confia certainement pas une guerre importante à un homme qui n'avait pas fait ses preuves. Un dictateur *clavi figendi causa* non consulaire est chose tout à fait normale. Ce fut le cas en 331 et 363. Pour ce rôle honorifique mais politiquement insignifiant on choisit le membre d'une grande famille, patricienne en 363 et 331, plébéienne en 313, lequel n'avait pas su se distinguer autrement.

Les Fastes Capitolins, à une époque où ils sont sûrs, ont seuls conservé le souvenir de la dictature de 263, *clavi figendi causa*, Tite-Live faisant alors défaut. Cette fois le choix tomba sur un *senex consularis* d'un âge fort avancé, Cn. Fulvius Maximus Centumalus, qui avait été consul en 298. En apparence un siècle sépare cette dictature de la première qui avait eu pour mission de clouer une peste en 363. Il serait tentant de croire à une recurrence séculaire du rite à titre préventif²⁷. En réalité, les quatre années dictatoriales, qui sont des

²² Mommsen, *Droit Public* III, p. 179 suiv; voir Liv. 9.34.12; 23.23.2; 30.24.

²³ Tite-Live (7.3.8) fait allusion à un précédent dictateur *clavi figendi causa*, non daté. C'est pure invention (en ce sens Hanell, *Das altrömische eponyme Amt*, p. 135). Lydus (*Mag.* I. 38) a imaginé un dictateur en 463, année de peste. Il n'a sans doute pas résisté à la tentation de fabriquer un précédent séculaire au dictateur de 363.

²⁴ Gagé *Matronalia*, p. 262.

²⁵ En ce sens Hannel, *op. cit.*, p. 131.

²⁶ Münzer, *PW* 21.1 (1951) col. 1167.

²⁷ Mommsen, *Chronologie*, p. 176.

années fictives, s'insèrent dans l'intervalle qui est de ce fait inférieur à un siècle²⁸.

Le sens de la *lex clavi*, perdu pour Cincius, est illustré par les quelques exemplaires de dictateurs que l'on nomma occasionnellement pour réincarner le personnage du *praetor maximus*. La clavi-fixion prophylactique d'annuelle à l'origine était devenue intermittente. Les fastes confirment la désuétude d'une loi à laquelle on ne repensait plus que sous l'empire de la nécessité.

De nos jours encore, en Afrique et en Asie et dans le folklore européen²⁹, la croyance est largement répandue que les maladies peuvent être transpercées par un clou. En 1922 on transporta au musée de Liège «l'arbre à clous» de Soleilmont, abattu par un orage³⁰. Quand le clou magique est arraché, la maladie est libérée et reprend ses ravages. Les anciens aussi croyaient cela. La grande peste qui sévit sous Marc-Aurèle passait pour avoir été imprudemment délogée par des soldats romains de la prison où elle avait été enfermée par l'art des Chaldéens dans la cité de Séleucie (Am. Marc. 23.6.24; cf. Sha, *Marc Ant.*, 13.3.-6). Selon Pline l'Ancien on délivre les épileptiques de leur mal en enfonçant un clou là où a porté la tête dans sa chute (N. H. 28. 63).

Les clous ne protègent pas seulement contre les maladies, mais contre les fléaux les plus variés. Au sommet des trophées grecs, était planté un clou qui fixait les influences néfastes déchainées sur le champ de bataille³¹. On a trouvé dans l'Asklepeion de Paros un clou avec l'inscription $\pi\upsilon\rho$, destiné sans doute à tenir le feu en respect³². Selon Pline (N. H. 10.152) et Columelle (8.15.12) il fallait mettre des clous dans les poulaillers pour préserver les œufs de l'effet nuisible du tonnerre. On a souvent découvert en Italie dans des tombeaux romains des clous de forme élégante, chargés de figures ou de formules magiques, dont la fonction était de défendre les morts³³.

²⁸ Apparues au IV^e siècle les dictatures spéciales ont incorporé dès l'origine dans leur titulature le mandat qui les caractérise, *clavi figendi causa*, *comitiorum habendorum causa* etc. Dans l'annalistique, des variantes souvent intéressées s'introduiront sur la qualification d'un dictateur. Il ne s'ensuit nullement, comme le prétend Beloch (*Röm. Geschichte*, p. 38-39), que le titre des dictatures spéciales du IV^e siècle ait été rajouté après coup.

²⁹ Frazer, *Rameau d'or*, VI p. 52 suiv., cf. *Handwörterb. d. deutsch. Aberglaubens*, I p. 957, 1337, 1342.

³⁰ Enquêtes du musée de la vie Wallonne, VIII (1958) p. 151; Van Ooteghem *Lucius Marcius Philippus* (1961) p. 49 n. 4.

³¹ G. Ch. Picard, *Les trophées Romains* (1957) p. 32.

³² O. Rubensohn, *Mitt. d. deut. arch. Inst. Ath.*, 27 (1902) p. 229.

³³ Saglio, *Dict. des Ant. v. clavus*.

Le clou magique n'est pas toujours prophylactique, il sert aussi à transpercer l'âme. On lit chez Plaute : *Asin. 156, fixus hic apud nos est animus tuus clavo Cupidinis*. Les tablettes magiques, généralement en plomb, que l'on glissait dans les tombes, formaient souvent un rouleau perforé par un clou, qui complète la *defixio* de l'adversaire prononcée par la formule rituelle³⁴. Un miroir étrusque³⁵, datable du III^e siècle, représente la Parque Atropos plantant un clou au-dessus de la tête de Méléagre juste à côté de la dépouille du sanglier qu'il a tué. La scène requiert, à notre avis, une *duplex interpretatio*. Le clou est d'abord celui d'un trophée de chasse, il rappelle le clou des trophées grecs; sur le manche du miroir figure une victoire. Mais la Parque prononce aussi l'arrêt de mort de Méléagre, déclenché par cette chasse fabuleuse, et cloue son âme. Ce double sens du même geste illustre le thème bien connu du destin qui convertit la victoire en mort (Hor. *carm. 1.35.3-4, superbos vertere funeribus triumphos*). Pareillement sur un vase grec on voit Persée qui enfonce un clou dans la tête de Méduse décapitée, il rive le démon à sa dépouille³⁶.

Les clous magiques, soit de fonction prophylactique, soit d'efficacité mortelle, sont souvent associés aux divinités du destin : à Nortia³⁷ à Volsini (Liv. 7.3.7), à Atropos dans la légende de Méléagre, à *Necessitas* dans les tablettes magiques³⁸. Dans le langage populaire (Cic. *Verr. 2.5.53, quemadmodum dicitur*) et en littérature (Petr. 75; Hor. *carm. 1.35.18*) la clavifixion est souvent un symbole de la fortune, mais elle tend à perdre son rôle magique au profit de l'idée plus banale de fixité (cf. Esch. suppl. 945).

Toutefois la *lex clavi*, dédiée à Minerve (Liv. 7.3.6) est étrangère, semble-t-il, au *fatum*. Sa fonction est typiquement prophylactique, comme le montre sa remise en vigueur occasionnelle aux IV^e et III^e siècles par un dictateur *clavi figendi causa*, chargé de combattre la

³⁴ *Dict. des Ant.* v. tabella; Audollent, *Defixionum Tabellae* (1904) p. LVI, LXXIX.

³⁵ Gerhard, *Etr. Spieg.*, CLXXVI; t. III, p. 168; *Encyclopedia dell'Arte Antica*, IV, p. 987, v. Meliocr.; R. Herbig, *Götter und Dämonen der Etrusker* (1965) tafel 7, p. 38. Un sarcophage grec du musée de Constantinople (K. Robert, *Die Ant. Sarcoph.*, III, (p. 173) représente à droite Phèdre, à gauche Hippolyte, revenant de la chasse, au milieu un personnage cloue un trophée de chasse. Cette clavifixion signifie sans doute aussi l'arrêt de mort d'Hippolyte.

³⁶ G. Ch. Picard, *op. cit.* p. 32 n. 1. D'une inspiration toute différente est le clou qu'en Afrique noire on plante sur une idole pour la stimuler à exaucer une prière (Frazer, *Rameau d'or*, VI, p. 61 suiv.; A. Terrisse, *L'Afrique de l'Ouest, berceau de l'art nègre*, (1965) p. 119, 150).

³⁷ Sur Nortia comme déesse du destin : Schol. Juv. 10.74; Mart. Cap. 1.88; Wissova, *R. K.*; p. 288.

³⁸ Audollent, *op. cit.* p. LVIII; voir *PW.*, v. *defixio*.

peste. Parmi tous les clous que l'on peut inventorier dans l'Antiquité, il restait à rapprocher la clavifixion du Capitole des clous de fondation du monde assyro-babylonien. Laissons la parole à Ed. Dhorme : « Clous et figurines de fondation. La plaque de fondation des temples est souvent perforée pour qu'on puisse l'assujettir dans sa cachette par un clou. Afin de donner au clou une valeur prophylactique, on façonnait sa tête en forme de buste. De là, ces nombreuses figurines de dieux, de démons, de génies, d'hommes, de femmes ou d'animaux dont le corps se termine en pointe ou en gaine . . . Les statuettes au corps finissant en pointe pouvaient s'encastrent non seulement dans les plaques de fondation, mais encore sous les portes, dans les murs, partout où il était indispensable d'éloigner les êtres maléfiques. Elles abondent sous la III^e dynastie d'Ur . . . Notons que ces statuettes avaient leur place non seulement dans les fondations de l'édifices religieux, mais encore dans celles des palais et des maison particulières ». (*Les Religions de Babylonie et d'Assyrie* (1949) p. 185)³⁹.

Ces clous babyloniens de fondation paraissent très proches du clou que le consul Horatius enfonça le 13 Septembre, pour la première fois, le jour de la dédicace du temple capitolin. A Rome le rite est renouvelé chaque année. Comme dans le monde babylonien sa fonction est prophylactique. La clavifixion capitoline est une importation étrusque, comme le montre le rite homologue du temple de Nortia à Volsini (Liv. 7.3.7). Il convient de verser les clous de Volsini et du Capitole au dossier des correspondances et similitudes entre l'Etrurie et l'Orient, telles qu'elles sont notamment illustrées en hépatoscopie par le foie du musée de Plaisance, réplique des foies de Mari sur le Moyen Euphrate.

Les antiquaires romains (Cincius chez Tite-Live 7.3.6; Paul-Fest. p. 49 L) avaient perdu de vue la fonction prophylactique du clou capitolin, ils en ont fait un *clavus annalis* destiné à compter les années. Cette erreur a trouvé à notre époque un écho chez divers historiens⁴⁰. Depuis Leuze (*Die römische Jahrzahl* [1909] p. 159-163) on a cru trouver à la chronologie tourmentée des romains une base sûre dans les 204 clous qu'aurait comptés dans le temple de Jupiter Capitolin l'édile curule Cn. Flavius⁴¹ afin de dater l'*aedicula Concordiae* dédié par lui : *CCIII annis post Capitolinam dedicatam* (Plin. *N. H.* 33.19). Cette inscription rapportée par Pline fournirait la base de la chrono-

³⁹ Voir aussi G. Contenau, *Manuel d'archéologie orientale*, p. 457, 546, 586, 652, 704, 757.

⁴⁰ Voir notamment : Werner, *Der Beginn der römischen Republik* (München, 1963) p. 6-37; Alföldi, *Early Rome and the Latins* (1963) p. 78.

⁴¹ On reprocha à Cn. Flavius, simple édile curule d'avoir dédié un temple alors que cela ne peut-être fait que par un titulaire de l'*imperium* (Liv. 9.46.6).

logie romaine; 204 clous marqueraient l'intervalle entre les deux dédicaces. En réalité, dès le IV^e siècle, la clavifixion annuelle du temple capitolin était tombée en désuétude, comme le rappelle Tite-Live (7.3.8) et comme le confirme en 363 la première renaissance du rite à l'occasion d'une calamité qui entraîna la nomination d'un dictateur *clavi figendi causa*. Cn. Flavius n'a pu compter qu'à l'aide des Fastes, comme on l'admettait avant Leuze et comme le remarque justement de nos jours M. Kr. Hanell⁴².

Flavius avait une bonne raison de ne pas dater son *aedicula Concordiae* du nom des consuls de l'année, il était mortellement brouillé avec la noblesse (Liv. 9.46). Il préféra compter les années à partir de la dédicace du temple de Jupiter Capitolin, il data d'une dédicace à l'autre. C'est ce qui explique la formule insolite *post Capitolinam dedicatam*. Cette ère capitoline n'est autre que l'ère républicaine, puisque aux yeux des romains la dédicace du temple capitolin se place la première année de la République⁴³ (Pol. 3.22). L'identification de ces deux ères, attestée par Polybe, était déjà faite du temps de Flavius. Il arrive que les romains datent un événement en comptant les années à partir de la chute de la royauté : *post reges exactos* (Pol. 3.22.1; Varr. *r. r.* 1.2.9; Ascon. *Cornel.* p. 76 Clark; Cic. *Brut.* 16.62; Tac. *ann.* II. 22). Un document de 392, vraisemblablement authentique, cité par Denys d'Halicarnasse (1.74.5), emploie ce comput et calcule 119 années depuis la fin de la royauté⁴⁴. Quand Flavius date *post Capitolinam dedicatam*, cette formule est l'équivalent de *post reges exactos*; Flavius à l'instant où il dédie un temple préfère une date religieuse à une date politique et prend comme repère la plus prestigieuse des dédicaces qui dans l'opinion des romains coïncide avec le début de la république⁴⁵.

En 2 av. J.-C. Auguste tenta de restaurer le rite du clou, il le transféra du temple de Jupiter Capitolin au temple de Mars Ultor,

⁴² *Das altrömische eponyme Amt* (1946) p. 124. D'autre part, il est peu probable que les étoiles dont parlent les tablettes récemment découvertes à Pyrgi doivent être interprétées comme des *clavi annales*. Pour une discussion du problème, voir en particulier Pfiffig, *Hommages à Marcel Renard* [Collect. Latomus, 103] (1969) p. 461, suiv.

⁴³ Broughton, *Magistrates*, t. I, p. 3.

⁴⁴ Sur ce document voir : Leuze, *op. cit.* p. 156, n. 190; Werner, *op. cit.* p. 12, n. 1; Gabba, *Synteleia Arangio-Ruiz*, p. 486. Les Censeurs ont fait ce calcul d'après les fastes.

⁴⁵ Nous laissons de côté le problème de la relation entre la chronologie de Flavius et celle de Polybe (3.22) quant à la date de la fondation de la république. Voir en particulier, Walbank, *Commentary on Polybius*, I, p. 340; Werner, *op. cit.*, p. 6-113; Olgivie, *Commentary on Livy*, p. 253; Beloch, *R. G.* p. 36.

entre autres privilèges qui passèrent d'un temple à l'autre⁴⁶. Il fut arrêté dans la *lex templi* qu'un clou serait enfoncé « par ceux qui avaient fait fonction de censeurs » (Dio Cass. 55.10.4, ὑπο τῶν τιμητευσάντων). On comprend habituellement que le rite était confié aux censeurs à la fin du lustre. Le mot τιμητής est évité, le texte ne parle pas de censeurs mais de ceux qui ont achevé le cens. Cette précaution terminologique a un but précis. Après 22 av. J.-C. il n'y a plus de censeurs républicains. Le cens est devenu un monopole impérial, que tout au plus l'empereur partage avec un collègue⁴⁷. Auguste procéda à différents cens, mais ne fut pas censeur, il déclina systématiquement ce titre (Dio Cass. 54.2.1; 55.13.4-5)⁴⁸. Pour le cens de 29-28, Dion Cassius (52. 42.1) ne l'appelle pas τιμητής mais τιμητεύσας. Il emploie le même mot que pour la *lex* du temple de Mars Ultor. Cette loi confie le rite du clou à celui qui a fait fonction de censeur, c'est à dire désormais à l'empereur. Le rite comme à l'origine reste l'œuvre du plus important personnage de la cité. Il n'est plus annuel mais consécutif à la cérémonie purificatrice du lustre, maintenant fort rare. Dans l'esprit des rédacteurs de la *lex templi*, le clou n'est nullement un *clavus annalis*, il est associé à une cérémonie de purification, il a gardé sa fonction prophylactique⁴⁹.

* * *

Dans la *lex clavi*, aux yeux de Tite-Live (7.3.8), le *praetor maximus* est le consul. *Praetor* est bien la qualification archaïque de la magistrature supérieure à Rome⁵⁰, mais le consul n'est appelé *maximus* que dans cette loi. Il est à peine besoin de rappeler les remaniements constitutionnels que de nombreux savants ont cru devoir faire au nom de la grammaire. Le *praetor maximus* est devenu tantôt un dictateur annuel à la mode latine, tantôt le chef d'un collège composé en outre de deux *praetores minores*. Le superlatif *maximus* a paru justi-

⁴⁶ Wissova, *R. K.*, p. 78.

⁴⁷ Suohlati, *The Roman Censors* (1963) p. 506, 744; Mason Hammond, *Antoine Monarchy* (1959) p. 85.

⁴⁸ Parsi, *Rev. Hist. de droit* (1964) 401.

⁴⁹ En 22 av. J.-C., à l'occasion d'une peste, le peuple regretta qu'Auguste ne fut pas consul et voulut lui conférer la dictature qu'il déclina (Dio Cass. 54.1). Cela témoigne de la mystique populaire des hautes magistratures; à Rome le dictateur passait pour un magicien capable de conjurer, les épidémies. Le rite du clou n'était pas oublié, puisque Auguste le restaura quelques années plus tard. Toutefois il ne ressort pas du récit de Dion Cassius qu'en 22 le peuple ait songé à la dictature *clavi figendi causa* plutôt qu'à une dictature générale.

⁵⁰ Mommsen, *Droit public*. III, p. 84-86.

fier ces déductions et ces audaces⁵¹. Les fastes consulaires en subissent un contrecoup redoutable : jusqu'aux XII tables environ on est amené à rayer un nom sur deux. L'accès des familles patriciennes au consulat se trouve bouleversé. L'apparition du consulat après les XII tables devient d'autant plus mystérieux que très vite alors il cède la place au tribunat consulaire. On recule devant toutes les conséquences qu'entraîne l'interprétation d'un seul mot⁵². Une enquête sur l'emploi de *maximus* en droit public et dans la vie religieuse est peut-être de nature à simplifier le problème.

Certes, *maximus* désigne souvent le magistrat le plus élevé d'une hiérarchie constitutionnelle. La Table d'Héraclée (130. 143) désigne la plus haute charge de l'ordre municipal par *maximus magistratus* et *maxima potestas*. Dans une lettre de Lentulus (Cic. *fam.* 12.15.4) les *maximos magistratus gerentes* sont les titulaires des plus hautes fonctions de l'Etat. Chez Salluste (*Cat.* 49.3) on trouve l'expression équivalente *maximi honores*. Cornélius Nepos appelle à plusieurs reprises *maximi magistratus* les magistrats supérieurs des cités étrangères (*Lys.* 4.3; *Pel.* 2.2; *Pel.* 3.2). Pareillement à Rome ou ailleurs le magistrat le plus élevé est dit *summus*⁵³ (Liv. 23.35.13; 28.37.2; 35.31.11; 27.29.10; 5.28.3; Suet. *Jul.* 19.1; Ennius ap. Fest. 110 L; Caes. *Gall.* 1.16.5) ou *amplissimus* (Caes. *Civ.* 3.59.2; Plin. *epist.* 4.23.2; Suet. *Aug.* 26.2). Cet usage est ancien : grâce à Pline l'Ancien (N. H. 7.140) on possède un fragment de l'oraison funèbre, prononcée en 221, de L. Caecilius Metellus, consul en 251 et 247, dictateur en 224⁵⁴; dans ce

⁵¹ Il peut arriver cependant que *maximus* indique une supériorité par rapport à une seule personne (Liv. 1.3.10).

⁵² Pour un état de la question, voir Staveley, *Hist.* (1956) p. 90-101. Nous ne pouvons entrer dans le détail des diverses théories, dont certaines déplacent la date de l'apparition de la République. Curieusement on a été parfois conduit à placer le *praetor maximus* sous la royauté (en dernier lieu, Werner, *op. cit.*, p. 256). Ceci est interdit par le superlatif *maximus*, totalement incompatible avec l'autorité royale. D'ailleurs le mot *praetor*, qui désigne à Rome un titulaire de l'*imperium* investi par une loi curiate, qualifie un magistrat indépendant et ne saurait s'appliquer à un subordonné du roi. De plus, un magistrat investi par une loi curiate n'est pas concevable sous la royauté, car la loi curiate est une innovation républicaine (voir nos *Recherches sur l'imperium* (1968) chap. I). M. Heurgon (*Magistratures romaines et magistratures étrusques*, dans *Entretiens sur l'Antiquité Classique*, XIII, p. 99-132), s'inspirant des constitutions étrusques et de celle de Capoue, interprète le *praetor maximus* comme un magistrat suprême au dessus d'autres *praetores* ou magistrats. Nous indiquerons plus bas la difficulté chronologique qui naît du rapprochement de la constitution de Rome à la fin du VI^e siècle avec des constitutions dont le caractère hiérarchique est attesté plus tard.

⁵³ On trouve aussi *summus imperator*, Cic. *div.* I. 24; *imp. Pomp.* 28.

⁵⁴ Sur ce texte : Kienast ZSS. (1961) p. 404; Combès, *Imperator* (1966) p. 207.

texte vénérable l'expression *maximo honore uti* (à côté de *fortissimum imperatorem*) désigne les magistratures les plus élevées.

De même, dans le vocabulaire religieux, *maximus* désigne la supériorité et s'applique à celui qui est au sommet d'un collège ou d'un groupe : *maximo curio* (Fest. p. 113 L); *haruspex maximus* (CIL. VI. 2164; 2165; Cic. *div.* 2.52, *summo haruspice*)⁵⁵; *Vestalis maxima* (laquelle est en même temps *quae natu maxima virgo est*, Ovid. *fast.* 4. 639). En Numidie à Cuicul (CIL. VIII. 20152) et à Cirta (CIL. VIII. 7103) est attesté un *augur maximus augurum*, avec chiffre itératif, ce qui montre que la charge est temporaire, sans doute annuelle; mais il est problématique de lui faire correspondre un homologue à Rome⁵⁶ où il n'est question dans le collège augural que d'un rang d'âge (Cic. *de sen.* 64, *maiores natu augures antepontuntur*). Laissons provisoirement de côté le cas du *pontifex maximus*⁵⁷. Parmi les flamines, le *flamen dialis* est *maximae dignationis* (Fest. p. 144 L). Dans l'*ordo sacerdotum*, le *rex sacrorum* est *maximus* (Fest. p. 198 L). Parmi les pontifes mineurs il existe un *minorum pontificum maximus* (Fest. p. 152 L) qui est le plus ancien de la catégorie.

Le premier d'une hiérarchie politique ou d'un collège ou groupe religieux n'est pas nécessairement souverain. Dans les exemples qui précèdent toute souveraineté fait défaut, par exemple chez les magistrats municipaux de la Table d'Héraclée ou chez le *maximus curio*. Mais *maximus* peut avoir un autre sens et désigne alors non seulement la supériorité mais aussi la souveraineté.

Jupiter Optimus Maximus est souverain : Varron (*l. l.* 7.85) lui attribue l'*imperium maximum*; Cicéron (*domo*, 144) explique *propter vim* son épithète de *maximus*⁵⁸.

Le *pontifex maximus* n'est pas seulement à la tête du collège pontifical, en outre il est souverain à l'intérieur de sa compétence. Il peut frapper d'amendes fort élevées les prêtres soumis à son autorité,

⁵⁵ Voir Pease, *De Divinatione*, p. 254.

⁵⁶ En sens contraire Wissova, *PW*, 2.2 (1896) col. 2322.

⁵⁷ Wissova (*R. K.*, p. 495), rapprochant le grand pontife de la *vestalis maxima*, qui est aussi la plus âgée, suppose qu'il était anciennement le plus âgé des pontifes. K. Latte (*R. Religions-geschichte*, p. 197) affirme justement que dans le vocabulaire religieux *maximus* désigne une prééminence et non l'antériorité de l'âge. Tite-Live (25.5.3) à propos de l'élection d'un grand pontife d'âge assez jeune en 212 fait état d'un usage, antérieur sans doute au régime de l'élection, d'après lequel le grand pontife devait avoir géré précédemment une magistrature curule, mais on ne demandait pas qu'il fût le plus âgé du collège.

⁵⁸ Sur le sens d'*optimus* à propos de Jupiter, sens d'abord matériel (excellence quant à la richesse), puis sens moral voir R. Schilling, *Acta philologica, Societas Academica Dacoromana*, III (1964) p. 345-348; cf. Radke, *Die Götter Altitaliens* (1965) p. 159.

notamment le roi des sacrifices et les flamines majeurs, lorsqu'ils sont sur le point de quitter Rome pour exercer un commandement militaire⁵⁹, lequel est incompatible avec leur sacerdoce. Mais au moins à partir du II^e siècle ils peuvent porter l'affaire devant le peuple par voie de *provocatio* (Liv. 37.50.8)⁶⁰. Contre la vestale impure et contre son séducteur il prononce la peine de mort, sans qu'il y ait lieu à *provocatio* (Liv. 22.57.4). Celle-ci est exceptionnellement écartée par la gravité du délit qui est assimilé à un *prodigium* (Liv. *ibid.*)⁶¹. La souveraineté du grand pontife, telle qu'elle s'exprime dans *maximus*, est mise en évidence dans la définition de Festus, abrégée par Paul Dia-cre (p. 113 L) : *maximus pontifex dicitur, quod maximus rerum, quae ad sacra et religiones pertinent, iudex sit vindexque contumaciae privatorum magistratuumque*.

Chez Virgile (*Aen.* 7.602) Rome est *maxima rerum*, c'est-à-dire selon Servius *imperii potita* : souveraine.

Dès le I^{er} siècle de notre ère (Bruns 71 a) et au II^e, l'empereur est appelé *optimus maximus* dans diverses inscriptions et dans les textes officiels (Dessau 312, 5947a, 2666a, 5503, 2755; Bruns 60.63). Chez les juristes, Papinien est seul à lui donner cette épithète (V.I.R. t. I p. 597)⁶².

Dans la langue des prudents comme dans celle des praticiens, un bien est dit *optimus maximus*, quand il est libre de toute servitude. *Optimus* a ici son sens primitif d'excellence dans la richesse (*ops*), *maximus* exprime la plénitude de la propriété⁶³. C'est une sorte de souveraineté.

Dans la cité, autre chose est le magistrat le plus élevé, autre chose un magistrat souverain. *Maximus* a ces deux sens, ils doivent être différenciés avec soin. Le magistrat souverain est aussi le plus élevé, mais le magistrat le plus élevé n'est pas toujours souverain.

Les décemvirs furent souverains : Cicéron leur reconnaît une *maxima potestas* qui est *sine provocatione* (rep. 2.61). Grâce au sena-

⁵⁹ Liv. *per.* 19; 37.51; 40.42; Cic. *Phil.* 11.18; Fest. p. 462 L; Tac. *Ann.* 3.58; Wissova, *R. K.*, p. 511.

⁶⁰ Bleicken, *Hermes* (1957) p. 450-468.

⁶¹ En ce sens Wissova, *Arch. Rel.* 22 (1924) p. 203. Cette thèse est critiquée par Koch, *Religio* (1960) p. 2. L'absence de *provocatio* ici a toujours préoccupé les historiens du droit (Mommsen, *Droit public*, III p. 63; Siber, *Röm Verfassungsrecht* (1952) p. 119; cf. Guizzi, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano* (1968) chap. V). La juridiction du grand pontife sur la vestale s'explique parceque cette dernière est soumise à son autorité en vertu de la *captio*. La juridiction sur le séducteur ne va pas de soi, elle est prévue par une *lex fixa in atrio libertatis* (Fest. v. *Probrum*).

⁶² Voir aussi Mattingly *Roman Imperial Coinage*, III, p. 360.

⁶³ V. I. R. I, p. 597; Bruns, 133, 135.

tus consulte *ultimum*, les consuls deviennent souverains. Salluste dit à ce propos : Cat. 29.3, *ea potestas per senatum more Romano magistratui maxima permittitur*. Quand Cicéron⁶⁴ déclare : *cepi et gessi maxima imperia* (fam. 3.7.5) et quand Brutus lui écrit : *maxima gessisti* (Brut. 1.16.11), il ne s'agit pas seulement de son consulat, mais du pouvoir dictatorial qui lui fut attribué par sénatusconsulte *ultimum* (Plut. C. Grac. 18, ἐξουσία δικτάτορος). Les pleins pouvoirs que Sylla s'arrogea par la force et que le peuple ratifia ensuite sont appelés *maximum imperium* dans les Philippiques (5.44).

Cette terminologie n'est pas récente. Aussi haut que l'on puisse remonter, *maximus* est la qualification typique de la souveraineté. L'inscription en latin archaïque⁶⁵ retranscrite au début de l'Empire, qui se trouvait au bas de la colonne rostrale de Duilius (ILLRP, 319) appelle *maximos macistratos* (= *maximus magistratus*) le général carthaginois qui était à la tête des forces terrestres en Sicile (Pol. 1.24.3); d'autre part elle qualifie de *dictator*⁶⁶ l'amiral carthaginois battu à Mylae. L'inscription volontiers emphatique donne aux chefs carthaginois les titres les plus prestigieux (en apparence contradictoires) du vocabulaire politique romain; elle veut mettre en évidence que chacun sur son théâtre d'opérations commandait en chef. Deux expressions équivalentes sont employées pour éviter une redite.

Après Trasimène, en 217, un *responsum* du collège des *decemviri sacris faciundis* prescrit entre autres mesures religieuses (Liv. 22.9.8-10) qu'un temple serait voué à Vénus Erycine⁶⁷ par le titulaire de l'*imperium maximum* : *ut is voveret cuius maximum imperium in civitate esset* (Liv. 22.10.10). Cette périphrase désigne Q. Fabius Maximus, alors dictateur pour la deuxième fois. Le *responsum* des décemvirs a évité le mot *dictator*, parce que Fabius par suite d'une irrégularité de son investiture, réalisée par un vote populaire au lieu d'une *dictio* par un consul (Liv. 22.8.10), n'était en droit pur que *pro dictatore* (Liv. 22.31.10)⁶⁸. On voulut que le vœu à Vénus Erycine fut un acte de souveraineté, de même qu'à cette date le « printemps sacré » fut voté par le peuple souverain (Liv. 22.10). C'était dans les deux cas un redouble-

⁶⁴ *Planc.* 64, *in maximis imperiis*, à propos de sa carrière politique. cf. *Balb.* 9, *imperiiorum maximorum*, à propos de Pompée.

⁶⁵ L'antiquité de ce texte est aujourd'hui reconnue et l'on a renoncé à y voir une inscription archaïsante du début de l'empire. Voir Degraffi, *Inscriptiones Italiae*, XIII 3, 69; Wölfflin, *S. B. Münch.* (1890) p. 299; C. A. H. VII, p. 679; T. Frank *Class. Phil.* (1919) p. 74; Walbank, *Commentary on Polybius*, I, p. 79.

⁶⁶ On retrouve ailleurs *dictator* pour désigner un général Carthaginois : Cato, ap. Gell., 10.24.7; Front. *Strat.* 2.1.4; cf. Gsell, *Afrique du Nord*, II, p. 187-188.

⁶⁷ Sur cette déesse nous renvoyons à R. Schilling, *Venus* (1954) p. 233-266.

⁶⁸ Voir Mommsen *Droit public*, III, p. 168 n. 2.

ment de solennité. A Rome le dictateur est un personnage mystique, un *fatalis dux* (Liv. 5.19.2), inspirant selon un lieu commun chez Tite-Live une terreur sacrée tant aux Romains qu'à l'ennemi; ses ordres sont tenus *pro numine* (Liv. 8.34.2). Le vœu d'un temple peut être fait par un simple consul ou même un préteur⁶⁹, mais seul un magistrat souverain parut digne d'invoquer Vénus Erycine au moment de l'accueillir à Rome. Des précédents illustres dictaient cette conduite. Le dictateur Camille en 396 avait fait *l'evocatio* de Juno Regina de Veies (Liv. 5.21.3). De même dans les premières années de la République Postumius en qualité de dictateur (titre en réalité falsifié par la tradition) avait voué un temple à Castor (Liv. 2.20.12) et un autre à Cérès, Liber, Libera (*Inscr. It.* 13.3.10; *D. H.* 6.17.2). En 205 par une inspiration analogue il fut décidé que l'aréolithe venu d'Anatolie, représentant Magna Mater, serait reçu en Italie par celui *qui vir optimus Romae esset* (Liv. 29.11.6). Ce titre, décerné par le Sénat lui-même, parut plus enviable qu'aucun *imperium* (Liv. 29.14.7 *quam ulla imperia honoresve*)⁷⁰.

En somme est *maximus* tantôt le magistrat le plus élevé d'une hiérarchie constitutionnelle sans être souverain, par exemple dans un municipes, tantôt à Rome ou à l'étranger un magistrat souverain. Ce deuxième sens est fort ancien. C'est lui qui apparaît dans *l'elogium* de Duilius et dans le *responsum* des décemvirs *sacris faciundis* après Trasimène. C'est lui qui dicta l'interprétation de la *lex clavi*, quand elle fut remise occasionnellement en vigueur au IV^e et III^e siècles : on reconnut alors sans hésitation dans le *praetor maximus* un magistrat souverain; le consul ne répondait plus à cette qualification, trop de limitations avaient alors été apportées à son pouvoir; à quatre reprises il fallut nommer un dictateur *clavi figendi causa*. Tite-Live a conservé le souvenir de cette interprétation de la loi : le rite du clou passa du consul au dictateur, dit-il, *quia maius imperium erat* (7.3.8)⁷¹. C'est ainsi que fut comprise la *lex clavi* de 363 à 263, chaque fois qu'elle suscita la nomination d'un dictateur. Tite-Live n'est pas seul à avoir enregistré cette exégèse qui fait son apparition au IV^e siècle. Festus note aussi la tradition qui voit dans le *praetor maximus* le titulaire du *maximum imperium*: p. 152 L, *maximum praetorem... eum qui maximi imperi sit*. Il ne s'agit plus du consul entravé de bonne heure par les limites constitutionnelles, mais du dictateur qui y échappe. *Maximum imperium* est l'expression consacrée qui égale-

⁶⁹ Bardon, *Naissance d'un temple*, *Rev. Et. Lat.* 33 (1955) p. 166-182.

⁷⁰ *PW.*, 4, 1 (1900) col. 1495.

⁷¹ Toutefois Tite-Live commet une erreur certaine, déjà notée, en imaginant qu'il exista une époque, antérieure à 363, où l'on nommait chaque année un dictateur *clavi figendi causa*.

ment dans le *responsum* des décemvirs *sacris faciundis* en 217 désigne la dictature. Elle est dite aussi *summum imperium* (Liv. 6.38.3; 8.32.3)⁷².

Au IV^e siècle, le consul est éliminé de la *lex clavi*, parcequ'il n'est plus souverain. L'épithète de *maximus*, réservée au dictateur, lui est systématiquement refusée. Dans la hiérarchie du consulat et de la préture le consul est simplement *maior*: Fest-Paul p. 121 L, *maior magistratus consul dicitur*. La formule de *l'augurium salutis* (Fest. p. 12 L) appelle les consuls *praetores maiores* et les préteurs *praetores minores*⁷³.

Praetor maximus ne survit pas, comme on l'a cru parfois dans στρατηγὸς ὕπατος, équivalent grec du titre consulaire, attesté seulement à partir du II^e siècle. Depuis longtemps à Rome il n'était plus question de *praetor maximus*, en dehors de la *lex clavi*. Et dès le IV^e siècle celui-ci avait cessé d'être le consul pour devenir le dictateur *clavi figendi causa*. Chronologiquement il ne peut exister aucune correspondance entre ces deux expressions, latine et grecque. Tout au plus on pourrait imaginer qu'en face de στρατηγὸς (= préteur), στρατηγὸς ὕπατος (= consul) ait tenté de traduire *praetor maior*. Mais il est plus sûr de penser avec Holleaux⁷⁴ que cet équivalent grec du titre de consul n'était pas une traduction littérale du latin.

Au début de la République, le *praetor maximus* n'est pas au sommet d'une hiérarchie. Il n'existe pas encore de *praetores minores*. Les tribuns consulaires et les *tribuni celerum* ne sont pas des magistrats, ils ne méritent à aucun degré le titre de *praetor*. Il est réservé aux magistrats titulaires de *l'imperium* et investis par les curies. Les questeurs ne sont que des auxiliaires du magistrat supérieur, nommés par lui; ils ne deviendront électifs qu'après les XII Tables (Tac. *ann.* 11.22). Ce ne sont pas encore des magistrats. Ils ne possèdent d'ailleurs aucune parcelle d'*imperium*. Du questeur au consul, la différence est trop grande pour qu'on puisse parler entre eux de hiérarchie. Au début de la République, le superlatif *maximus* ne désigne pas le magistrat le plus élevé d'un collège ou d'une hiérarchie, il n'existe alors aucune hiérarchie; le *praetor maximus* est le titulaire d'une souveraineté encore indivise. Entre les deux sens du mot *maximus*, soit le plus élevé, soit souverain, on n'a pas le choix. De même un *fundus optimus maximus* se définit dans l'absolu et non par rapport à d'autres *fundi*.

⁷² Liv 6.38.13 *dictaturae semper altius fastigium*.

⁷³ Mommsen *Droit Public* III, p. 85. Latte *R. Religionsgeschichte*, p. 140.

⁷⁴ M. Holleaux *Strategos Hupatos* (Paris 1918). Voir aussi: Staveley, *Hist.* (1956) p. 98; Hanell *op. cit.* 160; Beloch, *R. G.* p. 263. Heurgon, *Magistratures*, cit. p. 124.

Selon une tradition très ferme, à la chute des rois *l'imperium* passa intact aux consuls avec le double correctif de l'annalité et de la collégialité⁷⁵. *Imperio regio duo sunt* dit Cicéron dans le *de legibus* (3.8), résumant dans ce raccourci la « théorie royale du consulat ». Il est inutile de la combattre, elle est vérifiée par la *lex clavi*. Le titre de *rex*⁷⁶ fut remplacé par celui de *praetor maximus* qui républicanise l'idée de souveraineté. Quand est affichée la *lex clavi* au début de la République, le consul est pleinement souverain. Il n'est pas encore soumis à l'intercession tribunicienne, à celle de son collègue (laquelle ne remonte pas au début de la République)⁷⁷, à la *provocatio ad populum*. Son *imperium* fait la somme de tous les pouvoirs qui seront par la suite diversifiés entre plusieurs magistratures. Les auspices de la magistrature supérieure sont des *auspicia maxima* (Messala ap. Gell. 13.15). Ils sont la suite des auspices royaux et sont dits *maxima*, comme le *praetor est maximus*. Ils conserveront cette qualification au cours de la République, quand le consul l'aura perdue. Cependant sans disparaître, elle sera concurrencée par l'expression *auspicia maiora* (Fest. p. 148 L), plus conforme au nouvel aspect de la magistrature supérieure.

A ses débuts la constitution républicaine n'a qu'une seule magistrature, le consulat. Le questeur, nommé par lui, n'est pas encore un magistrat (Tac. *ann.* 11.22). Il est tentant de rapprocher cette constitution rudimentaire de celles des autres cités d'Italie. Mais cette recherche qui a été souvent entreprise est décevante. A Veies la royauté est attestée jusque dans la deuxième moitié du V^e siècle (Liv. 4.17)⁷⁸. A Caere, au début du V^e siècle, les lamelles d'or de Pyrgi révèlent un dictateur ou tyran, appelé « gouverneur ou protecteur de ce pays »⁷⁹, en fonction depuis trois ans, donc viager. Ce n'est plus un roi, mais ce n'est pas un magistrat annuel, comme le *praetor maximus*. A la fin du V^e siècle, Tite-Live (5.1) laisse entendre que la plupart des cités étrusques avaient opté pour la République. Grâce à diverses inscriptions on connaît les magistratures de certaines de ces cités, mais cette

⁷⁵ Sur ce thème De Francisci, *Intorno all'origine etrusca del concetto di imperium*, *St. Etr.* 24 (1955) p. 19-43.

⁷⁶ Une inscription récemment découverte (Happ, *Glotta* (1966) p. 122) porte le mot *rex* sur une poterie dans la *Regia* et paraît appartenir au début de la République. Elle paraît désigner le *rex sacrorum*, bien que plus tard dans les inscriptions celui-ci ne soit pas qualifié *rex* tout court.

⁷⁷ Frezza, *Studi Solazzi* (1948) p. 512.

⁷⁸ Lambrechts, *Essai sur les magistratures des Républiques Etrusques*, (1959) p. 21.

⁷⁹ Heurgon, *Journ. of R. St.* (1966) p. 1 suiv.; du même, *Magistratures*, cit. p. 102; Modona, *Studi Grosso*, III, p. 55-76.

documentation épigraphique est relativement tardive et inégalement répartie sur le territoire de l'Etrurie. Aucune inscription n'est plus ancienne que le IV^e siècle⁸⁰, ce qui laisse dans l'ombre les débuts du régime républicain. L'épigraphie révèle des institutions assez élaborées où un *zilath purth* (qui est peut-être l'équivalent du « prytane » des Grecs) est à la tête d'une hiérarchie de magistrats spécialisés. Cette structure constitutionnelle doit être rapprochée du droit public romain du IV^e siècle, qui connaît la hiérarchie du consulat, de la préture, de l'édilité curule. Mais entre le *praetor maximus* de la fin du VI^e siècle et les magistrats étrusques attestés aux IV^e et III^e siècles l'écart chronologique est trop grand pour autoriser une comparaison.

La même remarque doit être faite à propos des magistratures osques⁸¹. Au III^e siècle il existait à Capoue un *meddix tuticus* appelé par Ennius *summus meddix* (Ann. VIII. 298 Vahlen) et par Tite-Live (23.35.12) *summus magistratus*. *Meddix* est l'équivalent du latin *iudex*, titre porté par les consuls. *Tuticus* vient de *touto* qui correspond approximativement à *populus*. Au dessous du *meddix* majeur se situaient un ou plusieurs *meddices minores*. Il s'agit d'une collégialité inégale. D'après M. Sartori⁸² le matériel épigraphique ne remonte pas au delà du IV^e siècle. Ici encore l'écart chronologique rend problématique un rapprochement avec la constitution romaine de la fin du VI^e siècle. L'analogie entre le *meddix tuticus* et le *praetor maximus* n'est qu'apparente. A Rome au début de la République il n'existe pas de collégialité inégale. Au dessous du *praetor maximus*, il n'y a pas de *praetores minores*. La constitution hiérarchisée de Capoue, que connaissent Ennius et Tite-Live, ne trouve pas de réplique à Rome avant l'apparition au IV^e siècle du préteur qui est le *collega minor* du consul (Gell. 13.15.4).

De toutes les comparaisons qui s'offrent à l'esprit, il n'en est qu'une de satisfaisante : la dictature latine⁸³. Dans, les villes du Latium le dictateur est souverain comme le *praetor maximus* à Rome. Il ne s'ensuit pas, comme on l'a cru parfois, que ce dernier soit un magistrat unique jusqu'aux XII tables et qu'il faille reporter l'apparition du consulat après cette loi. Le titre *praetor maximus* est distinct de celui de *magister populi*. Les romains ont toujours tenu la dictature

⁸⁰ Heurgon *Hist.* (1957) p. 71.

⁸¹ Sur celles-ci, Heurgon, *Capoue préromaine* (1942) p. 213-239; Sartori, *Problemi di storia costituzionale italiota* (1953) p. 17-27; Salmon, *Samnium and the Samnites* (1967) p. 84-92.

⁸² *Op. cit.* p. 19.

⁸³ Sur celle-ci : Rosenberg, *Der Staat der alten Italiker* (1913) p. 71-78; Altheim, *R. G.*, II, p. 405-428; Alföldi, *Early Rome and the Latins*, p. 42, 81, 115, 243; Werner, *op. cit.*, passim.

pour une magistrature exceptionnelle chez eux. L'hypothèse d'un dictateur annuel jusqu'au décemvirat est démentie par les fastes. Il faudrait chaque année rayer un nom sur deux (à moins d'admettre que le second soit celui d'un maître de cavalerie). Ce serait briser la cohérence des fastes; jusqu'à l'apparition du tribunat consulaire, toutes les familles patriciennes (ou presque) figurent dans la liste. Amputer la liste de moitié, reviendrait à priver un nombre important de familles patriciennes du consulariat au V^e siècle.

Le passage de la royauté à la République a suscité un nombre impressionnant de théories qui se détruisent les unes les autres et dont le seul trait commun est d'éliminer le consulat au profit de formules constitutionnelles étrangères à la tradition. Dans deux études récentes, M. Momigliano⁸⁴ a eu le mérite de dénoncer la fragilité des constructions et de remarquer que de toutes les solutions possibles celle des romains est la plus probable, qui remplace les rois par des consuls. Le *praetor maximus* n'est pas un magistrat unique à la tête de la cité, ce titre ne fait pas obstacle à la collégialité. A notre avis, le consulat primitif est une dictature bicéphale. La comparaison avec la dictature latine reste légitime. Dans les villes du Latium le dictateur est seul maître pendant un an, à Rome le pouvoir se partage entre deux titulaires qui ne l'exercent pas simultanément mais à tour de rôle. Le roulement du pouvoir est la règle, il est symbolisé par le roulement des faisceaux. Le délai est d'un mois *domi* (Cic. *rep.* 2.55), d'un jour *militiae*⁸⁵ (Liv. 4.46; 28.9.10). Pendant ces délais, *l'imperium* et *l'auspicium* n'ont qu'un seul titulaire en fonction. Les attributions du collègue entrent alors en sommeil. L'unicité du pouvoir n'est même pas tempérée par l'intercession collégiale. Celle-ci ne remonte pas au début de la République et il est malaisé de préciser la date de son apparition⁸⁶.

Le texte de la *lex clavi* s'adapte parfaitement au régime de la collégialité : *ut qui praetor maximus sit idibus septembribus clavum pangat* (Liv. 7.3.5). La loi assigne la tâche de planter le clou à celui des deux magistrats qui détient le pouvoir et les faisceaux à son tour à la date des ides de Septembre. Cela exclut le collègue qui à ce jour n'est pas en fonction. Dans le système archaïque de la collégialité un seul *praetor maximus* exerce l'autorité et dirige la cité pendant le délai du roulement des faisceaux. Quand plus tard la qualification de *praetor*

⁸⁴ *Praetor maximus*, Studi Grosso I (1968), p. 161-175; *Le origini della Repubblica romana*, Riv. Stor. It. (1969). Voir la réponse de Guarino, *Praetor maximus*, Labeo (1969) p. 199-201.

⁸⁵ Mommsen, *Staatsrecht*, I, p. 37, 48.

⁸⁶ Voir Liv. 3.34.8 où elle apparaît de façon paradigmatique Cf. Frezza, *St. Solazzi* (1948) p. 507 suiv.

maximus ne s'applique plus au consul, on en forgera un diminutif : *consul maior*, pour désigner celui des deux collègues *penes quem fasces sunt* (Fest. p. : 154 L)⁸⁷.

Dans la loi des XII tables le consul ne s'appelle plus *praetor maximus*, mais *praetor* tout court. Il est vrai que dans le passage de Festus (p. 518 L = XII tables 12.3) qui rapporte le texte de la loi sur la *vindicta falsa* seules les lettres *tor* ont subsisté. Mais la restitution *praetor* ne fait pas de difficulté, elle est presque unanimement admise⁸⁸. C'est la seule citation textuelle de la loi où figure le mot *praetor*. On possède en outre des résumés de dispositions décemvrales où revient le mot (XII tables 3.5; 8.9; 8.14), mais ces témoignages sont moins sûrs; dans l'esprit de leurs auteurs il n'est plus question du consul, mais du préteur judiciaire, qui s'est substitué à lui dans l'administration de la justice.

Compte tenu du rajeunissement subi par la loi dans sa transmission au cours de la République, il convient de se demander si le mot *praetor* appartient à la rédaction primitive. C'est à peu près sûr. Les romains savaient qu'au V^e siècle le consul s'appelait *praetor* (Liv. 3.55; Paul. Fest. p. 249 L; Varr. ap. Non. Marc. p. 35 L; Cic. *leg.* 3.8; Zon. 7. 19). Ils le savaient grâce aux XII tables. D'autre part, les romains savaient aussi que le préteur judiciaire apparu en 366 s'appelait *praetor* parcequ'il était *collega minor* des consuls (Messala ap. Gell. 13.15.4; Cic. *Att.* 9.9.3)

Dans les XII tables le consul a cessé d'être *praetor maximus* pour n'être plus que *praetor* sans plus. Il ne faut pas imputer à une réécriture postérieure de la loi l'abandon de *maximus*. Il est l'œuvre des décemvirs eux-même. Si en 363, quand apparaît le premier dictateur *clavi figendi causa*, les XII tables avaient contenu l'expression *praetor*

⁸⁷ Festus appelle aussi consul *maior* le consul élu le premier (*prior factus*). Ces deux définitions ne sont pas aussi contradictoires qu'on pourrait le croire. Il existe entre elles une connexité. Le consul élu le premier est, au moins à la fin de la République celui qui prend les faisceaux le premier à un époque où le roulement symbolique des faisceaux ne s'accompagne plus du roulement du pouvoir et dont le nom, en principe, figure le premier sur la liste consulaire. Le roulement des faisceaux ne paraît pas, comme le croit Mommsen, avoir disparu avec le roulement du pouvoir. Voir L. Ross Taylor et T. R. Broughton, *The order of the two consuls' names in the yearly lists*, *Mem. of the Am. Acad. in Rome*, 19 (1949) p. 3-14; cf. Staveley, *Hist.*, (1963) p. 466. Pour certains à Rome le *praetor maximus* est le plus âgé (Fest. p. 152 L, *quia aetatis maximae*). Cette opinion se rattache sans doute à la tradition d'après laquelle à l'époque archaïque le consul le plus âgé prenait le premier les faisceaux (Gell. 2.15.6).

⁸⁸ Voir en particulier : Mommsen, *Droit Public*, III, p. 85 n. 1; Broggin, *Judex Arbitrarius* (1957) p. 127-128; Wieacker, *Entretiens sur l'Antiquité Classique*, XIII, p. 304.

maximus pour désigner le consul, on n'aurait pas pu interpréter ce titre dans la *lex clavi* comme propre au dictateur, et on aurait laissé à un consul le soin de planter le clou. Au milieu du V^e siècle, le projet de codification qui aboutit aux XII tables avait été conçu en vue de limiter l'*imperium* consulaire (Liv. 3.9.5, *legibus de imperio consulari scribendis*). Cette limitation se manifeste dans le texte de la loi par l'abandon de l'épithète *maximus*. Il correspond à la réalité. A l'époque des XII tables le consul n'est plus souverain. Il est soumis à l'intercession tribunicienne et, dans l'administration de la justice, il est bridé par la codification décemvirale.

* * *

Reste à savoir s'il existe une relation entre *praetor maximus* et *comitiatus maximus*. Dans les deux cas on retrouve le superlatif *maximus*. La loi des XII tables appelle *comitiatus maximus* l'assemblée populaire qui est compétente pour prononcer la peine de mort : XII tables 9.1-2 (Cic. *leg.* 3.11; 3.44), *de capite civis nisi per maximum comitiatum - ne ferunto*. Que signifie ici *maximus*? Deux interprétations sont possibles : ou bien le *comitiatus maximus* est l'assemblée la plus nombreuse par rapport à une ou plusieurs assemblées plus restreintes⁸⁹; ou bien le *comitiatus maximus* est une assemblée souveraine par rapport à d'autres assemblées dont la compétence est limitée. Ce problème grammatical doit être tranché d'après le droit constitutionnel.

Les Romains identifiaient le *comitiatus maximus* avec les comices centuriates (Cic. *leg.* 3.44; *Sest.* 65; *rep.* 2.61). D'après eux, les XII tables avaient réservé aux centuries le droit de prononcer en dernier ressort une sentence capitale. Les modernes acceptent en général cette solution. Il leur semble que les comices centuriates sont l'assemblée la plus nombreuse, alors que les curies ne grouperaient que les patriciens et le concile de la plèbe que les plébéiens. Mais d'après la tradition les curies réunissent cumulativement patriciens et plebeiens⁹⁰. Si l'on veut entendre par *comitiatus maximus* l'assemblée la plus nombreuse, cette opposition n'a pas de sens par rapport aux comices curiates ou aussi bien aux comices tributes, qui les uns et les autres englobent tous les citoyens. La seule assemblée qui ne les réunit pas tous est le concile de la plèbe qui exclut les patriciens. On tombe en

⁸⁹ Cette interprétation est depuis longtemps fort répandue, voir en particulier Bleicken, *Zeit. der Savigny Stift.*, 1959, p. 352.

⁹⁰ Mommsen, (*Droit Public*, VI, 1, p. 102) s'incline devant cette donnée de la tradition.

d'inextricables difficultés. La loi des XII tables aurait appelé les centuries l'assemblée la plus nombreuse, alors que les comices curiates et tributes ont le même personnel, tout le *populus*. Le superlatif *maximus* établirait une comparaison seulement entre les centuries et la plèbe, alors que le comparatif *maior* eut été plus approprié.

L'annalistique est-elle en mesure de trancher le problème? Elle fournit au cours du V^e et du IV^e siècle une liste de procès conduits par les tribuns de la plèbe. Cette liste n'a jamais été étudiée de façon approfondie et il faut le regretter. L'authenticité de ces procès est contestable et a été souvent contestée⁹¹, alors que ceux du III^e siècle méritent en général pleine confiance⁹². Les motifs de *dubitatio* sont nombreux. Le V^e siècle fourmille en procès alors qu'ils se raréfient au IV^e siècle⁹³. Les annalistes ont dramatisé l'histoire du premier siècle de la République par des débats judiciaires devant le peuple ou la plèbe de nature à donner plus de relief au conflit entre patriciens et plébéiens. Ces procès se fixent sur la tête de personnages plus ou moins légendaires comme Coriolan ou Kaeso Quinctius. Après les XII tables, quand seules les centuries sont compétentes pour prononcer la peine capitale, il faut supposer que les tribuns de la plèbe ne peuvent la requérir que par un prêt d'auspices de nature à leur permettre de présider l'assemblée centuriate. Ce prêt d'auspices n'est concevable qu'à partir du moment où les fastes contiennent des consuls plébéiens enclins à consentir à cette opération, c'est à dire après 366⁹⁴. Ces objections ont déjà été formulées, il faut en ajouter une autre. Vraisemblablement les registres pontificaux consignaient les exécutions capitales, comme ils notaient le prix du blé (Cato, orig. 77 Peter). Or les procès tribunitiens du V^e et IV^e siècles ne débouchent presque jamais sur ce suprême résultat, ils s'achèvent sans mise à mort, par exil, suicide, mort naturelle ou avortement du procès. La prudence des annalistes est remarquable. Ils ont eu la pudeur d'inventer des procès capitaux sans leur donner l'exécution capitale comme conclusion. La chronique pontificale les eût démentis.

La prudence des analystes s'observe à un autre point de vue. Ils ont respecté avec rigueur le droit des XII tables. Avant cette loi ils ont inventé des procès capitaux tribunitiens qui se déroulent devant le concile de la plèbe érigé en tribunal révolutionnaire (Liv. 2.35; 2.52; 2.54; 2.61; 3.13). Après les XII tables, les procès tribunitiens aux V^e et

⁹¹ Botsford, *Roman Assemblies*, p. 247, 290; Siber, *Die Plebejischen Magistraturen*, p. 26-28; p. 74-79; Olgivic, *Commentary cit.*, p. 323-326.

⁹² Bleicken, *Das Volkstribunat* (1955) p. 120-123.

⁹³ Botsford, loc. cit.

⁹⁴ Bleicken *op. cit.* p. 118; cf. L. Ross Taylor, *Voting Assemblée* (1966) p. 101 suiv.

IV^e siècles, tout aussi légendaires, n'aboutissent en général qu'à une amende (Liv. 4.21.4; 4.41.10; 4.44.10; 5.12.1; 5.29.7; 5.32.9)⁹⁵. Quand la peine capitale est requise par les tribuns, comme dans le cas de *l'affectator regni*, M. Manlius Capitolinus, en 384, c'est devant les centuries au Champ de Mars (Liv. 6.20.10), moyennant prêt d'auspices sous-entendu⁹⁶. Cicéron, mu par son amour des centuries qu'il préfère aux tumultueuses assemblées des tribus (*leg.* 3.44), ne manque pas de rappeler leur compétence archaïque en matière capitale (*domo* 86), même quand le procès est tribunitien. Les romains connaissaient bien leurs XII tables qu'ils apprenaient par cœur à l'école. Avant elles l'annalistique invente des procès capitaux devant la plèbe. Ensuite elle respecte la compétence exclusive des centuries pour prononcer en dernier ressort la peine de mort et ne confie à la plèbe que les procès d'amende. En somme les procès tribunitiens du V^e et du IV^e siècles ne sont qu'une exégèse annalistique des XII tables ainsi que de la loi *Valeria Horatia* de 449 sur la *provocatio ad populum* (Liv. 4.55.5). Les annalistes en imaginant avant ces deux lois un tribunal révolutionnaire de la plèbe ont expliqué fictivement pourquoi les décemvirs réservent la peine capitale aux centuries. Ce prétendu tribunal de la plèbe est aboli par le législateur. A la suite de quoi la plèbe sous la conduite des tribuns ne peut plus prononcer que des amendes. Cette reconstitution historique n'est pas autre chose que le commentaire d'un texte de loi⁹⁷.

Sur le *maximus comitiatus*, qu'ils ne nomment jamais mais auquel ils se réfèrent toujours implicitement à propos des procès capitaux, les annalistes ne nous apprenent qu'une chose : qu'ils l'identi-

⁹⁵ Dans le cas de L. Manlius Imperiosus, la compétence du concile de la plèbe est mentionnée, sans que la nature de la peine soit précisée (Liv. 7.5.5). Cf. Liv. 4.11.7; 6.1.6.

⁹⁶ Une autre version, rapportée par Tite-Live (6.20.12) confie l'accusation aux *duumviri perduellionis*.

⁹⁷ Au lendemain des XII Tables, le procès de l'ancien décemvir Appius Claudius marque une transition. L'accusé réclame par *provocatio* un *iudicium populi Romani* (Liv. 3.56.10), c'est à dire un jugement centuriate au Champ de Mars. Au contraire le tribun de la plèbe l'accuse devant la plèbe au *forum* (Liv. 3.56.2; Siber, *Pleb. Magistr.*, p. 74 n. 52). Il lui refuse la protection des lois, en particulier de la loi *Valeria Horatia* sur la *provocatio*; il déclare Appius Claudius hors la loi, *legum expertem* (Liv. 3.57.1). La plèbe est elle même effrayée des excès de sa liberté (3.57.6, *plebi iam nimia libertas videretur*). De façon dramatique ce procès marque le passage du tribunal révolutionnaire de la plèbe à la compétence exclusive des centuries en matière capitale. Un temps d'hésitation est marqué entre les deux régimes par l'annalistique aussitôt après le compte rendu sur la loi *Valeria Horatia* (3.55.5). Elle s'abstient de dire comment ce conflit légendaire fut réglé, le suicide de l'accusé laisse l'affaire en suspens (3.58.6) à la veille du jugement.

fient comme Cicéron aux comices centuriates. Ce renseignement est précieux mais limité. Les annalistes ne nous disent pas si par *maximus comitiatus* il faut entendre une assemblée plus nombreuse par rapport à une autre plus restreinte ou bien une assemblée souveraine par rapport à d'autres dont la compétence est limitée.

Cicéron élimine le doute. Il paraphrase *maximus comitiatus* par : *quae maxime maiores comitia iusta dici haberique voluerunt (post redit. in senatu 27)*. Les comices centuriates ont la plénitude de la compétence populaire, ils sont la seule assemblée souveraine, celle qui élit les magistrats supérieurs et prononce la peine capitale. *In campo*, les centuries sont le *verus populus* (*Sest.* 108), le *populus . . . dominus regum, victor atque imperator omnium gentium (domo 90)*. Au contraire, les comices tributes sont des *comitia leviora* (*Cic. Planc.* 7)⁹⁸. Ils groupent tous les citoyens, mais leur compétence est limitée, ils n'élisent pas les magistrats supérieurs et ne prononcent pas la peine capitale (*Cic. leg.* 3.45). Le *maximus comitiatus* n'est pas l'assemblée la plus nombreuse mais l'assemblée souveraine. Le superlatif exprime une hiérarchie de compétence. Les comices centuriates l'emportent aussi bien sur les comices tributes qui groupent le *populus* des patriciens et plébéiens que sur le concile de la plèbe qui ne réunit que les plébéiens.

Cicéron savait bien que dans l'expression *comitiatus maximus* rien, en dehors de la souveraineté, ne désignait avec précision les centuries. C'est pourquoi, dans sa constitution idéale, quand il reproduit le texte des XII Tables il le complète en précisant que le peuple souverain est celui des classes centuriates, telles qu'elles sont définies par les censeurs : *leg.* 3.11, *de capite civis nisi per maximum comitiatum ollosque, quos censores in partibus populi locasint, ne ferunto*. Plus loin quand il commente ce texte, il reproduit la version originale qui ne contient pas cette incise (*leg.* 3.44), mais répète que la peine capitale ne peut être prononcée que par le *descriptus . . . populus censu, ordinibus, aetatibus*⁹⁹.

Entre *praetor maximus* et *comitiatus maximus*, la similitude est parfaite. Dans les deux cas, *maximus* a le même sens. Dans le premier il s'agit d'un magistrat souverain, dans l'autre du peuple souverain. Si l'on admet que la disposition des XII tables est authentique, elle reflèterait en l'espace d'un peu plus d'un demi-siècle une remarquable

⁹⁸ Mommsen, *Droit Public* VI, 1, p. 369.

⁹⁹ Dans les XII Tables, les mots *de capite* ne visent que la peine capitale. Cicéron (*leg.* 3.44.45; *Sest.* 65; *Pis.* 30) étend cette expression à la privation de la citoyenneté résultant de l'exil. Cela fait partie de sa dialectique contre Clodius qui se contenta d'un vote de la plèbe pour prononcer son exil. Voir E. Levy, *Röm. Kapitalstrafe* (1931) p. 1-14.

évolution constitutionnelle. Dans les XII tables le *praetor* n'est plus *maximus*, il est *praetor* tout court. De la *lex clavi* au code décemviral, la souveraineté aurait changé de titulaire, elle serait passée du magistrat au peuple.

Les sources archaïques ne livrent habituellement qu'une information rudimentaire et ne contiennent pas de proclamations de principe. Dire que le peuple est souverain, c'est énoncer un programme politique, c'est faire une déclaration plus idéologique que juridique. Il convient de mettre en doute l'authenticité de la disposition attribuée aux décemvirs. Le style des XII tables est sobre et concis à l'extrême. Il est à peine normatif en ce sens qu'il énonce moins des principes généraux qu'il ne règle des situations précises. L'affirmation de la souveraineté populaire dans ce code serait un anachronisme.

Cependant, la rédaction du texte n'est pas récente. *Comitiatus* est un mot ancien¹⁰⁰. *Nisi*, de préférence sous la forme *ni*, est courant dans les XII tables (I. 1; I. 7; III. 3; VII. 7; VIII. 2; VIII. 22) et figure dans l'inscription dite de Duenos¹⁰¹. Le texte sur la peine capitale est postérieur aux décemvirs mais son antiquité est certaine. Quant au fond, il s'adapte parfaitement au droit du III^e siècle. Depuis la loi Valeria *de provocatione* de l'an 300, il existe deux manières de saisir les centuries d'une proposition de peine de mort : ou bien, selon la coutume, directement, en premier et dernier ressort, quand le procès est questorien ou tribunitien¹⁰², ou bien en appel, quand la sentence prononcée préalablement par un magistrat est soumise à révision devant le peuple. Le prétendu texte décemviral ne contient aucune précision sur la procédure, il se contente d'affirmer la compétence de l'assemblée souveraine par opposition à celles qui ne le sont pas. Il est rédigé de telle sorte qu'il convient aussi bien au procès questorien ou tribunitien qu'au procès d'appel. Cette bivalence trahit une origine postérieure à la législation de la *provocatio ad populum*¹⁰³. Conforme au droit du III^e siècle, le texte répond aussi à la langue de cette époque. Son relatif archaïsme paraît authentique, *maximus* est alors un terme courant dans le vocabulaire politique et même un maître mot, comme l'indiquent *l'elogium* de Duilius et le *responsum*, déjà cité, des décemvirs *sacris faciundis* après Trasimène (Liv. 22.10.10). Parler alors de souveraineté populaire est chose normale depuis que les magistrats ne peuvent plus condamner à mort en dernier ressort et

¹⁰⁰ *Thesaurus Linguae latinae*, III, c. 1800.

¹⁰¹ Dumézil, *Idées Romaines*, 1969, p. 15.

¹⁰² Brecht, *Zum römischen Komitialverfahren*, ZSS. (1939) p. 261-314.

¹⁰³ Sur celle-ci, j'ai le regret de ne pouvoir partager toutes les idées de Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahren* (1962).

depuis que les plébiscites ont acquis force de loi en vertu de la *lex Hortensia* de 286.

Un autre faux prête au XII Tables la définition du pouvoir législatif du peuple : Liv. 7.17.12, *in XII tabulis legem esse, ut quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset*. De longue date, on a reconnu que ce texte n'appartient pas aux décemvirs. Il n'aurait pas pu taire *l'auctoritas patrum* qui ratifie à l'époque ancienne les résolutions comitiales. Ce texte est lui aussi une addition postérieure aux XII Tables, destinée à magnifier le *populus*, débarrassé désormais de la tutelle des *patres auctores*. L'expression *ius ratumque* n'appartient pas à la langue archaïque du droit mais au style des lois des derniers siècles de la République¹⁰⁴.

En conclusion, du *praetor maximus* au *comitiatus maximus* le chemin est long. Le passage de la souveraineté de *l'imperium* à celle du peuple ne se fit pas en une soixantaine d'années, comme le laisserait supposer la *lex* attribuée aux XII tables, mais en plusieurs siècles.

¹⁰⁴ Guarino, *Ordinamento Giuridico* (1959) p. 109, 352. Kaser, *Das altrömische Jus* (1949) p. 13. Dans un sens différent, De Francisci, *St. Arangio-Ruiz*, I, p. 25-28; Alföldi, *Entretiens sur l'Antiquité Classique*, 13, p. 260.

«AUSPICIA AD PATRES REDEUNT»

Dans l'un des chapitres les mieux charpentés du *Droit Public Romain* (II, p. 323 suiv.), Mommsen dresse un bilan presque complet de l'inter règne, mais omet une pièce essentielle : la liste des interrois républicains dont les noms ont été conservés. Cette liste a été établie par Willems (*Sénat*, II, p. 10 suiv.) qui n'en a commenté que certains aspects; il est aisé de la recomposer avec plus de précision à l'aide des *Magistrates of the Roman Republic* de Broughton¹. Cette liste est relativement longue, elle vérifie la règle, rappelée de façon dogmatique dans divers textes², que les interrois sont choisis parmi les sénateurs patriciens. L'enquête prosopographique permet d'ajouter une donnée supplémentaire : les interrois ne sont pas seulement des sénateurs patriciens, en outre ils ont été titulaires de *l'imperium* et des auspices les plus élevés, en général comme consuls, dans divers cas comme tribuns militaires à pouvoir consulaire³. Tout au long de la République, la règle a été constante. Tout au plus peut-on relever en 352 av. J.-C. un cas douteux⁴. Au point de départ, il faut évidemment faire abstraction du cas légendaire de Sp. Lucretius Tricipitinus, auquel est attribué l'honneur d'avoir présidé les premiers comices consulaires de la République en 509, en qualité d'interroi selon Denys d'Halicarnasse (4, 76, 1 et 84, 5), de *praefectus urbi* selon Tite-Live (1, 59, 12 et 60, 4). C'est seulement à la fin de la République, que l'on voit fléchir les conditions du patriciat et du consulariat pendant les inter-règnes particulièrement troublés des années 53 et 52. En 53, la condition du patriciat est écartée au profit de Q. Caccilius Metellus Pius Scipio Nasica, plébéien par adoption (Broughton, II, 229)⁵. Au cours

¹ Cf. E. Herzog, *Das Institut des Interregnums* dans *Philol.*, 34, 1875, 497-515.

² Cic., *domo*, 38; Liv., 7, 17, 10.

³ Pour C. Fabius Ambustus, interroi en 355 av. J.-C., Broughton (I, p. 124) omet, après son nom, de rappeler qu'il fut consul en 358. Cf. Friezer dans *Mnemos.*, 1959, 306.

⁴ L. Cornelius Scipio, interroi en 352, fut peut-être le *magister equitum* inconnu de 362. En ce sens, Willems, *Sénat*, I, p. 90 bis n. 4. Contra Degraffi, *Inscr. ital.*, 13, 1 104.

⁵ Cf. L. Ross Taylor, *Party Politics in the age of Caesar*, 1949, 83, 214 n. 26.

de ces deux années on viole aussi la règle du consulariat. Sur un total de quatre interrois connus pour ces deux interrègnes, un seul est consulaire, M. Valerius Messala (Niger) en 53 (Broughton, II, 229); deux ne sont que d'anciens prêteurs, Q. Caecilius Metellus Pius Scipio Nasica en 53, Servius Sulpicius Rufus en 52; enfin M. Aemilius Lepidus, premier interroi en 52 (Broughton, II, 236), fut peut-être tout au plus édile curule l'année précédente (Broughton, II, 228). L'agitation politique malmena alors le privilège des consulaires patriciens. Jusqu'à là, à notre connaissance, il est resté intact. *L'interregnum*, c'est-à-dire au sens technique du mot la monarchie de *l'interrex*⁶, est continûment le monopole, dans le groupe patricien, des anciens titulaires de *l'imperium* le plus élevé et des *auspicia maxima* qui s'y rattachent (Messala, ap. Gell. 13, 15).

I

A première vue, ce principe révélé par la prosopographie n'appelle pas de longs commentaires. Il n'y a pas que *l'interregnum* qui soit réservé aux consulaires, il en est de même pour la censure dès le III^e siècle et pour la dictature dès le IV^e. La seule différence, c'est que, pour *l'interregnum*, l'exigence du patriciat s'ajoute au privilège des consulaires, lequel pour cette fonction fut permanent de ses origines à son extinction. On pourrait être tenté d'en rester là. Ce qui incite à plus de curiosité, c'est que toute la matière de l'interrègne est dominée par l'adage technique «*auspicia ad patres redeunt*»⁷. Ce que la vacance du consulat met en cause, c'est la continuité des auspices. Il y a des cas où cette vacance est involontaire, après la mort des deux consuls ou à la suite de troubles qui ont retardé les élections. Elle peut être également volontaire, quand les consuls sont amenés à abdiquer en raison de scrupules religieux; le but de cette abdication est la *renovatio auspiciorum*⁸. Dans un cas comme dans l'autre, l'interim des auspices doit être assuré. Tombés des mains des consuls, ils reviennent (*redeunt*) aux *patres*, comme à leurs détenteurs primordiaux. Ceux-ci, ne pouvant les utiliser collectivement, en délèguent l'exercice à l'un d'entre eux, à la condition qu'il soit consulaire. Ce premier interroi est incompetent pour présider les comices électoraux, il nomme lui-même un deuxième interroi, également patricien

⁶ Liv., 3, 8, 2, *aliquot interregna*; 7, 11, 1, *secundum interregnum*; Cic., *fam.*, 7, 11, 1, *tot interregnis*.

⁷ Cic., *ad Brut.*, 1, 5, 4. Cf. Cic., *leg.*, 3, 9, *auspicia patrum sunt*; Liv., 1, 32, 1, *res... ad patres redierat*; cf. 8, 17, 4.

⁸ Liv., 5, 31, 7; 5, 52, 9; 6, 5, 6; 8, 17, 4.

et consulaire, qui est compétent pour le faire. Si les circonstances politiques font obstacle à la tenue des comices, la série des interrois s'allonge. Toutes ces règles d'aspect mystérieux demandent à être expliquées. La condition du consulariat⁹ nous paraît fournir l'exégèse de l'adage « *auspicia ad patres redeunt* ».

Seuls d'anciens détenteurs des auspices les plus élevés peuvent en user de nouveau en qualité d'interrois, en l'absence de magistrats éponymes. Le « retour » des auspices est une résurgence entre les mains de ceux qui en furent précédemment titulaires. Un pouvoir qui sommeille chez les consulaires, se réveille. L'annalité du consulat n'efface pas la bénédiction jupiterienne qu'ont reçue les consuls. Elle met un terme civil à l'exercice du pouvoir, elle n'élimine pas le charisme inhérent à la magistrature supérieure. Les consuls ont été investis *auspicato* (Liv., 6, 41, 6), et cette investiture a placé entre leurs mains les *auspicia populi Romani* (Cic., *nat. deor.*, 2, 11; *domo*, 38); ils sont les intermédiaires de l'alliance entre Jupiter et le peuple romain; et cette alliance, conclue d'abord avec Romulus par le signe des douze vautours¹⁰, se renouvelle à l'investiture de chaque magistrat éponyme. Il n'y a pas transmission d'une promesse primordiale, comme on l'a cru souvent¹¹; il y a renouvellement, en la personne des magis-

⁹ La qualité de consulaires, chez les interrois, n'a guère retenu l'attention dans les études anciennes; et les essais récents sur l'institution ne lui accordent pas plus d'importance: De Martino, *Storia della costituzione romana*, 2^e éd., 1958, I, 215 suiv.; Friezer, *Interregnum and Auctoritas patrum* dans *Mnemos.*, 12, 1959, 301 suiv.; H. J. Wolff, *Interregnum und Auctoritas patrum* dans *Bull. Ist. dir. Rom.*, 64, 1961, 1 suiv.; U. Coli, *Interregnum*, *Novis. Dig. It.*, 1962. A plusieurs reprises, de Francisci examine l'interrègne dans *Primordia Civitatis* (1959), 393, 419, 542, 602, 717.

¹⁰ Les vers d'Ennius, cités par Cicéron (*de div.*, 1, 107-108) développent le thème des auspices primordiaux confiés à Romulus et indiquent le signe miraculeux qui les accompagna (*cedunt de caelo ter quattor corpora sancta avium*). Ennius indique sa portée:

*Conspicit inde sibi data Romulus esse priora (propritim?),
Auspicio regni stabilita scamna solumque.*

Un autre vers célèbre d'Ennius, cité par Varron, *rer. rust.*, 3, 1, 2, se rapporte aux auspices primordiaux de Romulus:

Augusto augurio postquam inclita condita Roma est.

Cf. Liv., 1, 6, 4; 1, 7, 1-3; 6, 41, 4. *Auspiciis hanc urbem conditam esse, auspiciis bello ac pace domi militiaeque omnia geri* (texte qui met en relief la continuité des auspices); Cic., *nat. deor.*, 3, 2, 5, *Romulum auspiciis, Numam sacri constitutis fundamenta iecisse nostrae civitatis*; Virg., *Aen.*, 6, 781; D. H., 1, 86, 1-4; 6, 74, 4; Schol. Bob., in *Vat.*, 23, Stangl 148. Cf. Coli, *Regnum*, 804. 16.

¹¹ Voir sur ce point la critique de Coli, *Regnum*, 98. Cf. Mommsen, *Droit public*, I, 103.

trats éponymes, du pacte auspicatoire entre Rome et Jupiter. Très souvent, l'interrègne n'a pas d'autre but que ce renouvellement, quand les consuls récemment investis sont réputés faire obstacle à la prédestination de leur charge; leur abdication a alors pour but la *renovatio auspiciorum* au profit de nouveaux consuls. Dans cette variété de vacance du consulat, comme dans toutes les autres, les auspices renaissent chez le consulaire désigné premier interroi par les *patres*. C'est lui qui par cette résurgence assure la continuité des auspices.

Les auspices ne se transmettent pas comme un précieux dépôt d'un titulaire à un autre. En la personne de chacun, ils sont originaires, le rite auspicatoire les recrée. La continuité des *auspicia populi Romani* ne représente pas un héritage spirituel, donné une fois pour toutes et passant ensuite de tête en tête, selon une liste dénombrée par les fastes. Les auspices du peuple romain sont continus, en ce sens seulement qu'ils ont chaque année de nouveaux titulaires et que les magistratures éponymes doivent, en principe, se succéder sans hiatus. La désignation du magistrat supérieur, quel qu'en soit le mode, élection populaire ou nomination par un autre magistrat (ainsi du dictateur par le consul) est toujours soumise à l'approbation auspicatoire¹²; l'élu du peuple ou d'un magistrat doit être aussi l'élu de Jupiter; l'investiture civile est intimement associée à l'investiture sacrée. Celle-ci réalisée *auspicato* remet au magistrat les *auspicia populi Romani*: Liv., 6, 41, 6, *nobis adeo propria sunt auspicia ut . . . quos populus creat patricios magistratus non aliter quam auspicato creet . . .*, fait dire Tite-Live à un patricien en plaçant dans sa bouche le principe qui définit le charisme inhérent à la magistrature¹³, à une époque où elle était réservée au patriciat. Ce n'est pas le précédent titulaire qui transmet les auspices au suivant; c'est Jupiter lui-même qui lui en fait don au moment de l'élection (comme à celui de la *dictio* du dictateur) et, de la sorte, renouvelle son pacte avec Rome, en faisant descendre sa bénédiction sur ses magistrats.

¹² Mommsen, *Droit public*, I, 111.

¹³ Sur l'investiture auspicatoire du dictateur, voir *infra*. Pour l'élection populaire, Cicéron souligne, comme Tite-Live, qu'elle est associée à l'investiture auspicatoire: *nat. deor.*, 2, 11, *rogavi . . . auspicato*. Messala, cité par Aulu-Gelle, place lui aussi l'investiture auspicatoire au moment de l'élection; il précise qu'elle n'est pas la même pour les censeurs que pour les consuls et préteurs: Gell, 13, 15, 4, *Censores aequae non eodem rogantur auspicio atque consules et praetores*. Ainsi d'après Tite-Live, Cicéron, Messala, l'investiture sacrée est la prise d'auspices qui précède les comices électoraux. Ce n'est pas la première auspication du magistrat lui-même à son entrée en charge.

Quand les Romains se sont mis en République, ils ont conservé intact le principe qui confie au détenteur de l'*imperium* les auspices de la Ville. Aucune investiture républicaine ne saurait les attribuer aux magistrats supérieurs; c'est le rite auspicatoire qui les leur confère, de même qu'il les conférerait au roi¹⁴. La République a combiné la désignation civile par le peuple ou le magistrat avec l'investiture sacrée *auspicato*. Ce sont deux choses profondément distinctes, et il n'y a pas lieu

¹⁴ Les sources sont contradictoires sur l'investiture auspicatoire du roi; tantôt elle est l'œuvre du roi lui-même, tantôt d'un augure. Tite-Live (1, 6, 4; 1, 7, 1-3) fonde l'*imperium* (1, 6, 4, *qui conditam imperio reget*) de Romulus sur sa propre auspication; mais, selon lui, Numa fut investi par un augure (1, 18). Ainsi, d'un roi à l'autre, il décrit deux procédures distinctes. Plutarque (*Numa*, 7) fait également investir Numa par un augure. Denys d'Halicarnasse attribue à Romulus l'accomplissement du rite, mais distingue deux auspications, celle qui précéda la fondation de la ville (1, 86) et celle qui attribua la royauté à Romulus (2, 5 et 6). Denys d'Halicarnasse insiste sur l'investiture auspicatoire à chaque avènement royal (2, 60, 3; 3, 1, 3; 3, 36, 1; 3, 46, 1; cf. 3, 35, 5; 4, 40, 2; 74, 4; 80, 2). De nos jours, de nombreuses études ont analysé l'investiture des rois et la thèse dominante penche pour une inauguration pratiquée par un augure (Coli, *Regnum*, 80 suiv.; De Francisci, *Primordia*, 431 n. 8; 511 suiv.; 717; Kunkel, *Zum röm. Königtum* dans *Jus et Lex, Festgabe für Max Gutzwiller* (1959), 3 suiv.; cf. Catalano, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I (1960), 395 suiv.). La thèse d'une *inauguratio* du roi par un augure soulève des difficultés. Mommsen (*Droit Public*, III, 8, avait bien vu que les sources relatives à l'*inauguratio* de Numa s'inspirent de l'*inauguratio* du *rex sacrorum*. Il faut ajouter ceci : l'*inauguratio* du *rex sacrorum*, comme celle des flamines majeurs, accomplie par un augure, s'accompagne d'une *captio* de ces personnages par le Grand Pontife (Wissowa, *Religion und Kultus* (1912), 490, 510). La situation subordonnée du *rex sacrorum* se manifeste et par son inauguration par un augure et par sa *captio* par le Grand Pontife. La transposition du premier de ces rites pour le roi lui-même est problématique. En outre, Ennius, cité par Cicéron, *de div.*, 1, 107-108, à propos de Romulus, confie à celui-ci, comme le font Denys d'Halicarnasse et Tite-Live, sa propre investiture auspicatoire. Cette source, la plus ancienne, n'a pas été assez prise en considération. Ennius ne distingue pas, comme Denys d'Halicarnasse, pour Romulus, deux auspications, l'une en vue de fonder la ville, l'autre pour acquérir la qualité de roi. Pour Ennius, comme pour Tite-Live, une auspication unique accomplie par Romulus, lui confie, contre Remus, le *regnum* et la qualité d'*induperator* (*imperator*), et il inclut dans cette investiture la mission de fonder Rome :

*Curantes magna cum cura tum cupientes
Regni dant operam simul auspicio augurioque.*

...
... *uter esset induperator.*

... *utri magni victoria sit data regni.*

...
Conspicit inde sibi data Romulus esse priora (propritim?)

Auspicio regni stabilita scamna solumque.

d'atténuer l'opposition, en disant simplement que Jupiter approuve le magistrat que se donne la République. Il ne s'agit pas d'une simple approbation jupiterienne, comme il y en a tant ; le magistrat supérieur est une émanation de la République, mais il reçoit comme un roi, comme Romulus, par auspication les auspices de l'Urbs. Voilà le côté royal de la République, dont les Romains avec une ténacité durable ont toujours gardé une claire conscience. C'est un lieu commun de leur littérature de dire que la magistrature supérieure a une mission royale¹⁵. Le magistrat ne tient pas seulement cette mission de la République et de sa désignation républicaine, il la reçoit principalement de son investiture auspicatoire, analogue à celle des rois. Pour chaque titulaire du pouvoir, il faut remonter à la source de toute prédestination.

Le droit républicain limite le consulat à un an et la dictature à six mois ; ce terme extinctif dessaisit le magistrat des auspices, mais n'efface pas toute trace du charisme qu'il a reçu. Rien n'est plus contradictoire que l'association d'un terme républicain avec un charisme royal. Il reste que le magistrat supérieur, sortant de charge, a été pendant la durée de celle-ci, à l'image d'un roi, le détenteur des auspices de la cité. A l'expiration du délai, il subsiste plus qu'un souvenir de ce charisme. Le paradoxe de la République, c'est d'instituer un groupe de hauts personnages dont la dignité est d'avoir fait fonction de roi, comme porteurs des auspices de l'Urbs. La prédestination quasi-royale que reconnut en eux l'investiture jupiterienne, représente une permanente disponibilité à ré-assumer le pouvoir, ainsi que le vérifient les fastes, et assure à ces dignitaires qu'a distingués un signe divin, une place à part au Sénat. Rome se constitue de la sorte une réserve, sans cesse renouvelée, d'hommes providentiels.

Vienne à s'interrompre la chaîne des magistrats éponymes, les *patres* désignent parmi les consulaires un premier interroi pour relever les auspices ; c'est à lui que revient le soin de mettre en mouvement la mécanique constitutionnelle qui conduit à la tenue des comices électo-

¹⁵ Voir notamment : Cic., *leg.*, 3, 8, *regio imperio duo sunt* : 3, 15-16 ; *rep.*, 1, 69 ; 2, 56 ; Liv., 2, 1, 7 ; Polyb., 6, 11, 12 ; Sall., *Cat.*, 6 ; *Hist.*, 11 (Maurenbrecher). Cf. Mommsen, *Droit public*, III, 106 n. 4. La tradition romaine attribue aux consuls un *imperium* de même nature que celui des rois. Cette continuité de l'*imperium* de la royauté à la République est une pièce maîtresse de la théorie romaine du droit constitutionnel. Elle se manifeste, de façon concrète, dans le passage de nombreux insignes des rois aux consuls. Sur ce point, R. Lambrechts, *Essai sur les magistratures des républiques étrusques* (1959), 29 suiv. La continuité de l'*imperium* et de divers de ses insignes va de pair avec la continuité des auspices des rois aux consuls. Mais il faut entendre l'une et l'autre non comme une transmission qui n'aurait aucun sens, mais comme une succession de titulaires des mêmes pouvoirs.

raux. Lui-même ne peut pas les présider¹⁶ n'ayant pas été investi *auspicato*. Personne avant lui n'a pu lui conférer cette investiture¹⁷, les Romains respectant le principe que pendant la vacance des magistratures éponymes nul autre qu'un *interrex* ne peut gérer les auspices publics. Le second interroi investi *auspicato* (Liv., 6, 41, 6) par le premier est en mesure de tenir les comices et, s'il arrive que la liste des interrois s'allonge, ce n'est pas un obstacle d'ordre constitutionnel, mais d'opportunité politique, qui retarde l'élection des consuls. Dans la série parfois longue des interrois, la césure juridique se situe entre le premier et le second. Ce qui les distingue c'est que l'un n'a reçu de personne l'investiture auspicatoire qu'il a conférée à l'autre. A partir du second interroi, n'importe quel patricien, dûment investi, pourrait accéder à la monarchie interrègnale, il tiendrait de cette investiture la plénitude de son *interregnum*. Si les Romains réservent cette fonction aux consulaires, ils respectent pour le second et pour les suivants la vocation privilégiée des anciens titulaires de la magistrature supérieure, comme ils le font pour la censure et pour la dictature; mais ils n'obéissent pas à un impératif absolu. Il en est tout autrement pour le premier interroi. Aucune investiture sacrale ne lui remet les auspices de Rome. Il les relève pour la seule raison qu'il les a antérieurement détenus. En sa personne, se manifeste la prédestination du charisme qui lui fut reconnu pour la gestion de sa charge et qui renaît dans un temps mort de la République. Ce retour des auspices chez un consulaire, promu premier interroi, s'effectue sans homologation divine, sous l'empire de la nécessité, en vue de maintenir la pérennité du contrat entre Jupiter et Rome. Dans ce cas limite, à défaut de titulaire présent, on a recours à un titulaire passé, rappelé pour cinq jours, par la seule désignation *inauspicato des patres*.

La résurgence d'un pouvoir détenu antérieurement n'est pas un phénomène isolé, qui ne se vérifie que chez le premier interroi. Il existe d'autres variétés de cette résurgence. Aux deux moments les plus dramatiques de l'histoire de la République, quand Hannibal est aux portes de Rome et quand les Gaulois les franchissent, les anciens magistrats supérieurs récupèrent leurs attributions.

En 211, à l'approche d'Hannibal, dans l'atmosphère de détresse qui règne à Rome, le Sénat délibère *de summa republica* (Liv., 26, 10, 2) : parmi les décisions qu'il arrête, figure un sénatus consulte, aux termes duquel : *placuit omnes qui dictatores, consules censoresve fuissent cum imperio esse, donec recessisset a muris hostis* (Liv., 26, 10,

¹⁶ Asconius, in *Milon.*, p. 38, Stangl; Schol. Bob, p. 116, Stangl.

¹⁷ Mommen, *Droit public*, I, 112 n. 1. Voir *infra*.

9)¹⁸. Cette mesure ne tend pas à multiplier les commandements militaires, mais à remettre de l'ordre dans la ville (Liv., 26, 10, 9, *quia multis locis comprimendi tumultus erant qui temere oriebantur*). Le Sénat ressuscite *l'imperium* des anciens dictateurs, consuls, censeurs. L'expression *cum imperio esse* a ici sa pleine valeur technique de pouvoir extraordinaire¹⁹. Les préteurs sont exclus de la mesure, qui ne concerne que les anciens titulaires de *l'imperium* le plus élevé²⁰. Un doute peut naître au sujet des censeurs, auxquels dans la doctrine contemporaine tantôt on refuse, tantôt on reconnaît *l'imperium*. La vérité est plus complexe : la censure ne comporte pas la totalité de *l'imperium*, mais en possède la part nécessaire pour convoquer *l'exercitus urbanus* en vue du lustre (Varr., *l. l.*, 6, 93). Cette convocation par le censeur est l'acte d'un *imperium* spécialisé (*sic imperato*, disent les *Tabulae censoriae*, Varr., *l. l.*, 6, 86), mais du type le plus élevé, de même nature, selon Varron, que celui du consul, du dictateur, de l'interroi en face de *l'exercitus urbanus* (Varr., *l. l.*, 6, 93, *censor, consul, dictator, interrex*). Cet *imperium* supérieur des censeurs est lié aux *auspicia maxima* (Messala apud Gell., 13, 15), et justifie la présence de leurs noms dans les fastes. En somme, en 211, le Sénat ressuscite *l'imperium* d'une série d'anciens magistrats supérieurs, de la même manière que les sénateurs patriciens seuls, les *patres*, au sens restreint du mot, raniment les auspices chez le consulaire qu'ils désignent comme premier interroi. En 211, le Sénat n'use pas de la faculté qu'il s'accorde exceptionnellement de conférer *l'imperium* à un *privatus*²¹; cette collation est, en principe, l'œuvre des comices²². En 211, le Sénat ne fait pas appel à de simples *privati*, mais à d'anciens titulaires de *l'imperium*. La procédure ne consiste pas alors à créer un pouvoir nouveau, mais à en refaire renaître un ancien²³.

¹⁸ Mommsen, *Droit public*, II, 376, 378; Cancelli, *Studi sui censori* (1957), 6 suiv.

¹⁹ Mommsen, *Droit public* I, 135 suiv.; Rosenberg dans *RE*, s. v. *imperium*, 1208.

²⁰ Sur la hiérarchie entre *l'imperium maius* du consul et *l'imperium minus* du préteur, Gell., 13, 15, 4. Cf. Ehrenberg dans *Amer. Journal of Philol.* 1953, 113 suiv.

²¹ Willems, *Sénat* II, 557; Mommsen, *Droit public*, IV, 375; VII, 315; Jashemsky, *Origin and history of the proconsular and the propraetorian imperium* (1950), 27, 37.

²² Rotondi, *Leges Publicae*, 80.

²³ Le sénatusconsulte de 211 ne concerna qu'un nombre fort limité de personnes. On sait que, par suite des ravages de la guerre, le nombre des anciens magistrats supérieurs était alors très faible : Scullard, *Roman Politic 220-150 BC* (1951), 63 n. 5; 64 n. 2; 65 n. 3; 69 n. 3.

Au moment de la catastrophe gauloise, les vieillards consulaires (Liv., 5, 39, 13, *Senes triumphales consularesque*; 5, 41, 2, *qui eorum curules gesserant magistratus*) restèrent dans la ville abandonnée, pour s'y faire massacrer, revêtus des insignes qu'ils avaient portés autrefois. Sous la dictée du Grand Pontife, ils prononcent la formule de *devotio*, afin de racheter le désastre par leur mort (Liv., 5, 41, 3, *Sunt qui, M. Folio pontifice maximo praefante carmen devovisse eos se pro patria Quiritibusque tradant*). La valeur juridique de cette opération suicidaire dépend d'un principe impératif : la *devotio* ne peut être accomplie que par un titulaire de *l'imperium*, soit qu'il se dévoue lui-même, soit qu'il dévoue par procuration un soldat²⁴. La *devotio* des vieillards consulaires ne déroge pas à ce principe. De même que fit le Sénat en 211 pour tout un personnel d'anciens magistrats supérieurs face au péril carthaginois, de même face aux Gaulois les *senes consulares* ont ressuscité *l'imperium* de leur ancienne charge et en ont repris les insignes; ils ne l'ont récupéré qu'à une seule fin, la *devotio*, qui est exclusivement un acte de général en chef²⁵. On ne saurait garantir l'authenticité de ce sacrifice, qui n'est peut-être qu'une addition ornementale de l'annalistique; la narration livienne de la catastrophe gauloise a l'allure d'une longue paraphrase théologique de la malédiction qui rangea la défaite de l'Allia parmi les *dies religiosi*²⁶.

²⁴ Liv., 8, 10, 11 (*consuli dictatorique et praetori*); Cic., *nat. deor.*, 4, 10 (*imperatores*); Macrob., 3, 9, 9 (*dictatores imperatoresque soli possunt devovere his verbis*). Cf. Wissowa dans *RE*, s. v. *devotio*, V, 277 suiv.

²⁵ Wagenvoort, *Roman Dynamism* (1947), 33, a bien vu que les *senes consulares*, au moment de la catastrophe gauloise, avaient repris leur *imperium*, pour faire *devotio*.

Selon Tite-Live, les anciens triomphateurs reprirent les insignes du triomphe. En principe, ces insignes ne se reprennent pas, sauf dans quelques cas tout à fait exceptionnels (Mommsen, *Droit public.*, II, 64, 78 suiv.). Mommsen explique la reprise des insignes triomphaux par l'idée que les *senes triumphales* s'habillent dans leur habit funèbre (*Droit public*, II, 78 n. 2; 82 n. 2). L'hypothèse est inutile; c'est la résurgence de *l'imperium* qui rend compte de la reprise de ces insignes. Notons qu'alors le nombre des *senes triumphales* est très faible; la liste des triomphes avant la catastrophe gauloise est très courte (*CIL*, I², p. 169). Sentant la difficulté, Tite-Live explique l'habit triomphal des consulaires faisant *devotio*, par le fait également qu'ils avaient dirigé des jeux. On est mal renseigné sur l'origine de l'habit triomphal du magistrat qui dirige les jeux; il n'est pas attesté pour la période archaïque (Marquardt, *Culte*, II, 266, 279; Wissowa, *Religion und Kultus*, 452, n. 1; Latte, *Röm. Religionsgesch.*, 133; Regner dans *RE*, Suppl. VII, 1628).

²⁶ Sur cet aspect du récit livien : J. Bayet, *Tite-Live*, t. V, 156 suiv. (lequel note finement p. 168 le parallèle avec les prêtres athéniens restés sur l'Acropole à l'arrivée des Perses); Altheim, *Röm. Gesch.*, II, 341 suiv.; sur la valeur des sources Niese, *Grundriss*, 49; pour un groupement des textes sur le sacrifice des consulaires, Schwegler, *Röm. Gesch.*, III, 251.

Cependant, authentique ou postfabriquée, la *devotio* des vieillards consulaires illustre, sans l'inventer, une recette que le droit public conserve en vue des crises les plus graves : la résurgence des attributions de la magistrature supérieure chez ses anciens titulaires.

Le recours à cette réserve de pouvoir est décidé par le Sénat ou par un groupe privilégié de sénateurs. Par mesure de salut public, est alors suspendue la règle du terme extinctif des magistratures, le pouvoir des anciens magistrats est restauré. Cet ultime subside de la République dépasse les normes républicaines ; il utilise le charisme royal que l'investiture *auspicato* inscrit dans les magistratures éponymes. La République n'oublie pas que, si un terme extinctif a été imposé à l'exercice du pouvoir, la bénédiction jupitérienne le confère sans limite de temps. Le Sénat ou un groupe privilégié de sénateurs peut, comme recours suprême, lever l'obstacle républicain du terme extinctif et remettre au service de la cité un pouvoir qui, dans son essence sacrale, n'en tolère pas et subsiste toujours, à l'état latent, chez ses anciens titulaires. En 211, c'est le Sénat tout entier qui remet en fonction les exdictateurs, consuls, censeurs. Quand le consulat est vacant, selon un privilège resté intact du patriciat, seuls les *patres* dans le Sénat, au sens technique du mot, interviennent pour rendre les auspices au consulaire qu'ils désignent comme premier interroi. Au moment de l'invasion gauloise, d'après la tradition recueillie par Tite-Live, c'est le groupe sénatorial des *senes consulares* qui s'administre à lui-même la restitution de *l'imperium*, pour pouvoir faire *devotio*.

Ces variétés de résurgence d'attributions antérieures ne sont pas identiques. Devant Hannibal comme en face des Gaulois, la magistrature est restituée dans l'ensemble de ses éléments. En cas de vacance du consulat, la situation est différente : le consulaire, nommé premier interroi, ne bénéficie que du « retour » des auspices. Ils sont, à cet instant de la procédure interrègnale, le seul instrument pour remettre en marche la République, et ne s'associent à aucun autre pouvoir ; la règle *auspicia ad patres redeunt* ne concerne exclusivement qu'eux et ne s'étend pas à *l'imperium*. Une dissociation est opérée dans le binôme *auspicium imperium*, seul le premier terme est remis en état. Cette exégèse littérale de l'adage *auspicia ad patres redeunt* permet de rendre compte de la condition, en apparence surprenante, du premier interroi : il ne peut pas, comme ses successeurs, tenir les comices consulaires²⁷. De royal il n'a que les auspices et cela suffit à légitimer

²⁷ Asconius, in Milon., 38 Stangl *Non fuit autem moris ab eo qui primus interrex proditus erat comitia haberi*. Même règle dans Schol. Bob., 116 Stangl. Étant donné que le premier interroi ne jouit pas de la fonction appelée *interregnum* dans sa plénitude, puisqu'il n'en a que les auspices et non *l'imperium*, un doute paraît avoir existé quant à sa qualification d'*interrex*, que certaines sources lui refusent.

la qualification d'*interrex*, il est provisoirement seul à gérer, à titre monarchique, les *auspicia populi Romani*; mais il ne dispose pas en outre de l'*imperium*, nécessaire à la tenue des *comitia*. Pour lui, l'*imperium* n'a ni accompagné le retour des auspices, ni fait l'objet d'une nouvelle collation.

Paradoxalement, quand la République est en suspens et sans consuls, c'est une interroyauté qui va lui permettre de se reconstituer. L'élément le plus royal du régime républicain, les *auspicia*, conférés

Appien définit exclusivement comme interroi celui qui peut tenir les comices consulaires (B. C., I, 98 ὁ δὲ ὁ ἐν τοσῶδε βασιλεὺς καὶ τότε ἐγένετο ἐς τὴν τῶν ὑπᾶτ'ων χειροτονίαν). Dans cette optique, le premier personnage qui intervient dans la procédure interrègnale, une fois désigné *inauspicato* par les *patres*, ne porte pas de nom technique, il procède à l'investiture *auspicato* d'un interroi qui apparaît comme le premier. C'est bien ainsi qu'Appien comprend les choses : pendant la vacance du consulat qui aboutit à la dictature de Sylla, il présente Valerius Flaccus comme *interroi unique*, qui fit voter la loi sur la dictature. Cela ne se comprend que si le personnage, qui investit Valerius Flaccus de l'*interregnum*, n'est pas lui-même considéré comme un interroi. De même, la source qu'utilise Tite-Live, 6, 41, 6 (*auspicato interregem prodamus*) réserve la qualité d'interroi à celui qui a été investi *auspicato*, donc la refuse au personnage qui, désigné par les *patres*, a mis en branle la procédure interrègnale, en procédant à cette investiture. Ce personnage est le premier interroi dans la conception qui domine à Rome, il a été désigné par les *patres* sans prise d'auspices.

A la conception que reflètent Appien, B. C., I, 98 et Tite-Live, 6, 41, 6, s'oppose avec vigueur la pratique constante de la pluralité des interrois pendant la vacance du consulat, avec un *minimum de deux* (Liv., 7, 22, 2; 8, 3, 5; 9, 7, 15; 10, 11, 10). Ce chiffre minimum montre en toute clarté que le premier personnage de la procédure, celui qu'ont désigné les *patres*, et que personne n'a pu investir *auspicato*, puisqu'il est le premier à entrer en jeu, est bien appelé *interrex*: Asconius et les Scholia Bobiensia (*loc. cit.*), ainsi que Tite-Live, quand il fait état du chiffre minimum de deux interrois, appellent interroi ce premier personnage de la procédure; Asconius et les Scholia Bobiensia précisent qu'il n'a pas qualité pour tenir les comices. Ainsi une querelle terminologique divisait les Romains sur la qualification du premier personnage de la procédure interrègnale. Mais chez eux l'opinion dominante a été de l'appeler *interrex*, malgré qu'il ne soit pas investi *auspicato*, mais seulement désigné par les *patres*. C'est pour avoir omis cette dualité terminologique du problème qu'on a pu soutenir sur la base d'Appien, B. C., I, 98 et Tite-Live, 6, 41, 6 que le premier interroi peut tenir les comices, sans s'apercevoir qu'on appelle premier interroi selon une terminologie celui qui est le second selon une autre (cette méconnaissance vicie l'étude récente de Castello dans *Studi De Francisci*, III, 37, suiv.). A propos de l'interrègne légendaire de 509 qui aboutit à l'établissement des premiers consuls, Denys d'Halicarnasse, 4, 75; 76; 84, s'en tient à la version d'un interroi unique, alors que Tite-Live attribue la tenue des comices consulaires au même personnage, Sp. Lucretius, mais en qualité de *praefectus urbi* (Liv., 1, 59, 12; 60, 4). La version de Denys d'Halicarnasse n'a évidemment aucune valeur historique (Mommsen, *Droit public* I, 112, n. 1).

auspicato par Jupiter, assurent la transition. La République peut connaître une éclipse, eux sont impérissables, ils reprennent corps chez un ancien titulaire et, à eux seuls, sans la compagnie de *l'imperium*, forment la substance de la monarchie provisoire du premier interroi²⁸. L'établissement de celle-ci est subordonné à une condition originale qui fait table rase momentanément de la République²⁹ : quand le consulat devient vacant, tous les titulaires des autres magistratures dites « patriciennes »³⁰ (bien qu'elles soient devenues accessibles à la plèbe) doivent déposer leur charge. Ce n'est qu'après leur retraite³¹ qu'un interroi peut être désigné et que la voie est ouverte à *l'interregnum*, au sens technique de monarchie intérimaire. Jusqu'à là, il n'y a pas d'interrègne proprement dit. Plusieurs textes rapportent cette règle et un passage de Cicéron en fournit l'explication : avant la retraite de tous les magistrats (sauf ceux de la plèbe), *auspicia ad patres redire non possunt* (*ad Brut.*, 1, 5, 4). La présence d'un seul titulaire d'une magistrature dite « patricienne » fait obstacle au retour des auspices au profit de l'interroi désigné par les *patres*. Non seulement les magistrats qui survivent à la vacance du consulat, sont incapables de tirer la République de l'impasse, puisqu'aucun, pas même le préteur (Messala apud Gell., 13, 15, 4), n'est compétent pour présider les élections consulaires ; mais la République sans chefs, qui se prolonge en eux, barre en outre la route à l'interroyauté et s'oppose à la

²⁸ C'est à tort qu'on le considère souvent comme un magistrat de la République. Contre cette opinion erronée, voir Staveley dans *Hist.*, 1954, 193 suiv. Asconius, in *Milon*, 32 Stangl, écrit, pour l'année 52 av. J.-C., à propos de M. Aemilius Lepidus : *is enim magistratus curulis erat creatus*, par allusion à sa précédente édilité curule, et nullement comme une définition de la qualité d'*interrex* (ainsi que Mommsen l'a prétendu par erreur : *Droit public*, I, 10, n. 2 ; II, 325).

²⁹ SHA, *Vita Taciti*, 1, 4, *vacua . . . res p.*

³⁰ Sur cette terminologie, Mommsen, *Droit public*, I, 19 ; Heuss, *Zeit. der Savigny Stift.*, *Röm. Abt.*, 1944, 74 en note.

³¹ Cic., *leg.*, 3, 9. *reliqui magistratus ne sunt* ; *ad Brut.*, 1, 5, 4, *dum unus erit patricius magistratus* (au sens de titulaire d'une « magistrature patricienne » même s'il est plébéien), *auspicia ad patres redire non possunt*. Même principe chez : D. H., 8, 90, 4 ; 11, 20, 5 ; Dion Cass., 46, 47, 3.

Les magistrats plébéiens ne sont pas en cause, n'ayant pas de participation aux *auspicia populi Romani* ; des auspices plébéiens sont niés par le patriciat (Liv., 4, 6, 2 ; 7, 6, 11 ; 10, 8, 9) et leur existence est problématique (Mommsen, *Droit public*, III, 325). La règle de la retraite des magistrats pendant l'interrègne ne concerne pas les promagistrats (Sall., *Hist.*, 1, 77, 22, Maurenbrecher) : ils n'ont pas les mêmes auspices que les magistrats. Cicéron va même jusqu'à dire que les promagistrats n'ont pas d'auspices du tout (*de div.*, 2, 76. *auspicia non habent* ; cf. *nat. deor.*, 2, 9 ; D. H., 2, 5). Seuls les auspices des magistrats font obstacle, pendant la vacance du consulat, au jeu de la règle « *auspicia ad patres redeunt* ».

concentration des auspices sur une seule tête. C'est un motif théologique et nullement politique qui rend l'interroyauté incompatible avec les magistratures du peuple romain, celles de la plèbe étant hors de cause, puisqu'elles n'ont pas la plus petite parcelle des *auspicia populi Romani*. Il ne s'agit pas d'une opposition de nature formelle entre monarchie, même provisoire, et République. Pendant la vacance du consulat, les auspices ne peuvent renaître chez un ancien titulaire, promu premier interroi, que s'ils n'ont plus aucun titulaire présent, à quelque degré que ce soit de la hiérarchie constitutionnelle. Pour faire « retour » à un interroi, ils doivent être entièrement disponibles.

Pour remédier à la vacance du consulat, Rome n'a pas recours à ses prêtres : la monarchie intérimaire n'est pas confiée au *rex sacrorum* ; jamais la royauté des sacrifices n'a rempli le rôle d'interroyauté. Cela permet de vérifier que, conformément à la tradition (Liv., 2, 2), le *rex sacrorum* est dès le début de la République un personnage complètement dépolitisé. La dualité des offices de *rex sacrorum* et *interrex* l'atteste avec vigueur aux premières décennies de l'âge républicain. Pareillement, Rome ne fait pas appel aux augures, quand le consulat est vacant, pour assurer l'interim des auspices. La République trace une frontière rigoureuse entre magistrature et sacerdoce ; jusqu'au III^e siècle av. J.-C. leur cumul entre les mêmes mains est fort rare³². C'est dans cet esprit que la constitution républicaine réserve aux magistrats le monopole des *auspicia populi Romani*, et n'en prête pas la gestion aux augures. Entre magistrats et augures, est établie une sévère séparation des pouvoirs dans le domaine auspicatoire. Les augures ont des rituels qui leur sont propres ; mais les auspices liés à la magistrature et principalement à *l'imperium* sont la chose exclusive des magistrats ; ce sont les *auspicia populi Romani* (Cic., *nat. deor.*, 2, 11 ; *domo*, 38), politiques par essence, maniés seulement par les hommes d'Etat.

C'est un principe fondamental du droit public, que le magistrat prend lui-même les auspices propres à sa charge³³. Varron le rappelle : *de caelo auspicari ius nemini sit praeter magistratum* (ap. Non. Marc., 92 M ; 131 Lindsay). Festus dit la même chose : *ut ipsi* (les magistrats) *auspicio rem gererent* (s. v. *spectio*, 446 L.). La littérature et les inscriptions illustrent ce principe avec une très grande fréquence, chaque fois qu'il est question d'entreprises accomplies sous les auspices d'un magistrat. La formule *ductu auspicio imperio* est à cet

³² Les cas de cumul peuvent être relevés sans peine dans Broughton, *Magistrates*, où les prêtres sont également indiqués. Cf. Bleicken, *Hermes*, 1957, 447 suiv. ; Latte, *Röm. Religionsgesch.* 394.

³³ Wissowa, *Religion und Kultus*, 386, 529.

égard consacrée³⁴. Quand le magistrat prend les auspices, les augures ne font tout au plus que le conseiller³⁵. L'augure ne se substitue pas au magistrat quant aux auspices de sa charge, sauf délégation spéciale³⁶. Autre chose est la prise d'auspices par le magistrat, autre chose la *nuntiatio* des signes oblatifs par un augure³⁷; elle fut même reconnue aux tribuns de la plèbe. Cicéron distingue avec soin la prise d'auspices, qui est l'acte personnel du magistrat, de l'annonce des signes oblatifs, c'est-à-dire non sollicités rituellement, que peuvent faire l'augure, un autre magistrat ou même un tribun : *Phil.*, 2, 83, *nos enim* (les augures) *nuntiationem solum habemus, consules et reliqui magistratus etiam spectionem*, le mot *spectio* ayant ici le sens technique de prise d'auspices³⁸. La *spectio* du magistrat est un acte de gouvernement. La compétence sacerdotale des augures n'interfère pas avec le maniement des *auspicia populi Romani*, confiés d'abord aux rois, passés ensuite aux magistrats. La République se les approprie et ne les attribue qu'aux seuls représentants du peuple. Elle ne laisse aux augures que des rituels archaïques, dépourvus d'importance politique. Une distinction radicale sépare les auspices des magistrats des rites qui relèvent du ministère des augures.

La République entoure de garanties constitutionnelles, extrêmement précises, le monopole des *auspicia populi Romani* qu'elle établit au profit des magistrats. Elle dispose souverainement de cette fonction royale qu'elle a faite jalousement sienne. Elle pose en norme juridique que seuls reçoivent les auspices ceux que l'élection populaire a désignés pour les gérer : *Cic. de Div.*, 2, 76, *a populo auspicia accepta*. C'est une investiture sacrale *auspicato* qui confère les auspices (*Liv.* 6,

³⁴ Wissowa dans *RE*, II, 2582; Wagenvoort dans *Mnemos.*, 1954, 312.

³⁵ Wissowa, *Religion und Kultus*, 531 (textes groupés note 7); Messala ap. Gell., 13, 15, 4, *in auspicio esse* (expression qui qualifie l'assistance prêtée par l'augure au magistrat, cf. *Cic., Att.*, 2, 12, 1).

³⁶ *Liv.*, 4, 48. Cf. Mommsen, *Droit public*, I, 116 n. 4.

³⁷ Wissowa, *Religion und Kultus*, 531.

³⁸ La formule vague de Cicéron, *leg.*, 2, 21, *quique agent rem duelli quique popularem auspicium praemonento ollique obtemperanto*, étant donné l'état défectueux du texte, ne permet pas d'inclure dans le rôle des augures la prise d'auspices pour le compte des magistrats. On pourrait concevoir que Cicéron, emporté par sa prédilection pour le collège des augures, auquel il appartenait, ait magnifié les fonctions de ces prêtres. Mais si l'on donne ce sens à ce texte, il est radicalement démenti par *Phil.*, 2, 83 (cité plus haut), comme l'a justement souligné Wissowa, *Religion und Kultus*, 529, n. 7. – Sur la tendance romaine à valoriser le rôle des augures dans le dernier âge républicain, voir J. Bayet, *Les sacerdoces romains et la pré-divinisation impériale* (dans *Acad. roy. de Belgique, Classe des Lettres*, 41, 1955, 7); *Prodromes sacerdotaux de la divinisation impériale* dans *Sacral Kingship* (suppl. à *Numen*), 1959, 418 suiv.

41, 6), mais elle doit être doublée de l'investiture civile de l'élection et n'est pas possible sans elle. La République ne s'est pas contentée de cette garantie, l'élection elle-même n'est pas suffisante : l'investiture civile des auspices doit être parachevée par la loi curiate qui confirme les élus ; cette loi, désertée par les électeurs au cours de la République, a été conservée à titre formel *auspiciorum causa* (Cic., *leg. agr.*, 2, 27 et 31). Élection et loi curiate s'additionnent dans un tout qui réalise l'investiture civile des auspices. Dans le cas de la dictature, la collation des auspices par l'élection populaire fait défaut, elle est remplacée par une *dictio* dont le consul est l'auteur ; mais une loi curiate intervient comme pour les autres magistrats, afin d'homologuer les auspices (Liv. 9, 38 et 39). Ces garanties constitutionnelles font des *auspicia populi Romani* le propre des magistrats du peuple ; en sont exclus aussi bien ceux de la plèbe que les augures.

Entre les *auspicia populi Romani*, confiés aux magistrats, et les rites qui appartiennent aux augures, la différence est tranchée. La République établit un rigoureux partage de compétence. Elle laisse aux augures, en même temps que la science technique, un certain nombre de rites assez mystérieux : ce sont d'une part des pratiques cultuelles, tenues plus ou moins secrètes, qui portent le nom d'*auguria* (*augurium salutis*, *augurium canarium*, *auguria vernisera*)³⁹, et d'autre part les *inaugurationes*⁴⁰ de divers prêtres et des *templa*. Les augures sont les maîtres de ces rituels archaïques, *auguria*⁴¹ et *inaugurationes*, accomplis sur le mode auspicatoire. A quelque degré que ces rites auguraux intéressent la communauté, ils n'émanent pas d'un pouvoir politique, et n'apportent aucun empiètement du sacerdoce dans le domaine de la magistrature. Les *auspicia populi Romani* sont tout autre chose : ils sont l'alliance entre Jupiter et Rome, passée d'abord avec les rois, ensuite avec les magistrats ; et à ce titre ils sont la bénédiction des chefs politiques. Ils sont le signe divin qui investit du pouvoir, par un rite auspicatoire. Ils sont ensuite, pour l'exercice

³⁹ Wissowa, *Religion und Kultus*, 524. Su l'étymologie et le concept primitif d'*augurium*, voir G. Dumézil, *Remarques sur Augur, Augustus* dans *Rev. ét. lat.*, 35, 1957, 126 suiv. Cf. Latte, *Röm. Religionsgesch.*, 66 suiv. (qui s'efforce curieusement, si nous avons bien compris, d'expulser des *auguria* tout aspect auspicatoire).

⁴⁰ Wissowa, *Religion und Kultus*, 490, 524, 527 suiv.

⁴¹ Dans la langue technique, il semble qu'on distingue entre les *auspicia* des magistrats et les *auguria* des augures (Varr., *l. l.*, 6, 82). Mais cette distinction terminologique ne paraît pas avoir pu se maintenir dans la littérature, car d'une part l'*augurium* de l'augure comporte une auspication, qui appelle le mot *auspicium* etc., d'autre part les auspices du chef politique, roi ou magistrat, attirent une bénédiction qualifiée le plus souvent d'*augurium* (cf. Ennius ap. Cic., *de div.*, 1, 107 *auspicio augurioque*, à propos de Romulus). Cf. Catalano, *Contributi allo Studio del diritto augurale*, *passim*; Wissowa dans *RE*, II, 2580.

de ce pouvoir, une interrogation presque permanente adressée à Jupiter sur les principaux actes de gouvernement. Quelle part avaient sous la royauté les augures dans cette investiture, il est difficile de le dire; une certaine tradition leur attribue pour celle de Numa l'accomplissement du rite; mais ils sont totalement exclus, notamment chez Ennius, du prototype romuléen: Romulus demande et reçoit lui-même le signe qui lui remet le pouvoir⁴². Sous la République, les augures n'ont aucune participation (si ce n'est consultative, comme pour toute réunion comitiale) à l'investiture des magistrats. L'investiture *auspicato* des auspices, au moment de l'élection (Liv., 6, 41, 6; Cic., *nat. deor.*, 2, 11; Messala, ap. Gell., 13, 15, 4) est l'oeuvre du magistrat qui la préside, non des augures. Ceux-ci ne sont ni les auteurs, ni les bénéficiaires de cette investiture. Ces deux rôles appartiennent aux seuls magistrats. Le charisme royal des auspices publics a été républicanisé au profit exclusif de la magistrature, sans aucune participation du sacerdoce, qu'il s'agisse aussi bien de leur manquement que de leur collation⁴³.

Cette distinction radicale entre magistrats et augures ne s'impose pas seulement en temps normal, quand les consuls sont en charge: elle se maintient intégralement pendant la vacance du consulat, suivie par la retraite des autres magistrats. Même dans cette conjoncture extrême, les *auspicia populi Romani* n'échoient pas aux augures. La République les met à la disposition des *patres*, pour qu'ils les fassent renaître chez un consulaire, promu par eux premier interroi. Ils ne quittent pas le personnel des hommes d'État.

La situation juridique au début de *l'interregnum* est tout à fait exceptionnelle: toutes les magistratures dites « patriciennes » sont vacantes, par suite de la retraite de leurs titulaires; le premier interroi a été désigné par les *patres*, mais il n'a reçu aucune investiture *auspicato*. Ce qu'il détient, ce sont les auspices qui ont fait « retour » en sa personne, en sa qualité d'ancien titulaire qui les a gérés antérieurement comme magistrat supérieur. Mais la règle *auspicia ad patres redeunt* n'a opéré chez le consulaire promu premier interroi que la résurgence des auspices. L'*imperium* ne lui a pas fait « retour » automatiquement, et aucune investiture, d'aucune sorte, civile ou religieuse, ne le lui a remis à nouveau. Le premier interroi ne dispose que des seuls auspices pour amorcer le rétablissement de la République, provisoirement en suspens. Grâce à eux, il procède à l'investiture *auspicato* (Liv., 6, 41, 6) du second interroi (Liv., 5, 31, 8, *Interrex creatus M.*

⁴² Voir note 14.

⁴³ Le cumul, très fréquent dans les derniers temps de la République, entre augurat et magistrature n'a pas obscurci cette distinction juridique, qui est clairement exprimée dans la littérature.

Furius Camillus, qui P. Cornelium Scipionem, is deinde L. Valerium Potitum interregem prodidit). Alors que le premier interroi ne possède de la fonction interrègnale que les auspices, le second et les suivants la détiennent en entier : ils joignent *l'imperium* (Sall., *Hist.*, 1, 77, 22, Maurenbrecher) aux auspices.

L'investiture d'un interroi par le précédent est le mode, à notre avis, le plus archaïque de collation du pouvoir : le rite auspicatoire seul le fait descendre sur la tête du nouveau titulaire ; cette investiture sacrale ne s'accompagne d'aucune investiture civile (Liv., 6, 41, 6, *sine suffragio populi auspicato*) ; il n'y a pas de loi curiate qui ratifie la fonction interrègnale. C'est uniquement de Jupiter, sans participation du peuple, que le second interroi et, s'il y a lieu, les suivants, reçoivent les auspices et *l'imperium*. Pour eux, n'intervient aucune résurgence, comme pour le premier interroi ; ils tiennent *l'interregnum*, avec toutes ses composantes, directement de Jupiter. Leur qualité de consulaires, qui se vérifie toujours, leur donne une vocation privilégiée à devenir interrois ; c'est-à-dire à recevoir pour cinq jours l'investiture du pouvoir monarchique. Pour le premier interroi, sa qualité de consulaire est beaucoup plus qu'une simple vocation, il n'est l'objet d'aucune investiture auspicatoire, il récupère par le mécanisme d'une restauration les auspices dont il fut autrefois titulaire, il ne les reçoit pas à nouveau. Grâce à eux seuls, sans l'accompagnement, qui serait superflu, de *l'imperium*, il procède à l'investiture auspicatoire du second interroi. Celui-ci tient de Jupiter, sans le jeu d'une résurgence, les auspices et *l'imperium*.

Ces pouvoirs ne font pas l'objet d'un transfert d'un interroi à l'autre ; le premier ne détient pas *l'imperium* et ne saurait le transmettre. Le schéma d'une transmission est à exclure. Dans l'investiture *auspicato* d'un interroi par le précédent, Jupiter est l'unique source du pouvoir. Un *interregnum* expire, un autre lui succède⁴⁴. L'absence de toute investiture civile manifeste en toute clarté que la République est en sommeil. Pas d'élection, pas de loi curiate. Les garanties constitutionnelles qui réservent les auspices et *l'imperium* aux élus du peuple, moyennant la confirmation supplémentaire des curies, sont exceptionnellement levées. Le droit républicain est momentanément aboli, seul le droit sacré s'applique.

La césure juridique entre le premier interroi et le suivant se présente au premier abord de façon énigmatique : le premier interroi n'est pas compétent, comme son successeur, pour tenir les comices

⁴⁴ Dans l'expression technique *prodere interregem*, *prodere* n'exprime aucune idée de transmission, ce qui aboutirait, dans une traduction littérale, à un non-sens. *Prodere* vise seulement l'idée de nomination, comme dans *prodere flaminem* (Cic., *pro Mil.*, 27 ; 46).

consulaires. Pour expliquer cette différence, dire que le second interroi a reçu une investiture *auspicato*, qui fait défaut au premier, ce n'est qu'avancer une demi-vérité. La vérité tout entière, c'est que le premier interroi, simplement désigné par les *patres*, mais privé d'investiture *auspicato*, ne dispose que des auspices qui lui ont fait retour en sa qualité de consulaire; il n'a pas en outre *l'imperium* et c'est pour cette raison qu'il ne peut pas tenir les comices. Le second interroi peut le faire, car son investiture lui a conféré et les auspices et *l'imperium*. Ce qui oppose ces deux personnages, c'est que le premier use d'un pouvoir ancien, revenu entre ses mains par résurgence, et incomplet, limité aux auspices, alors que le second est investi d'un pouvoir neuf et complet qui fait la somme des auspices et de *l'imperium*.

Rome connaît une semblable variété d'investiture sacrale, la *dictio dictatoris*; le rapprochement est fait par Denys d'Halicarnasse (5, 72, 3), qui use ici d'une source excellente. Le dictateur est *ave sinistra dictus* (Cic., *leg.*, 3, 9) par le consul *oriens nocte silentio* (Liv., 8, 23, 15). Cette investiture *auspicato* est de même nature que celle de l'interroi. Le consul ne transmet pas son pouvoir au dictateur qui en a un supérieur. Pour l'investiture du dictateur comme pour celle du second interroi, l'idée d'un transfert de pouvoir est à répudier. La *dictio* auspicatoire fait tenir au dictateur directement de Jupiter les auspices et *l'imperium*. Cette investiture sacrale est semblable à celle du second interroi par le premier; l'une et l'autre remontent à la même source divine. On a affaire, dans les deux cas, à la procédure la plus primitive que connaisse la République pour instituer le pouvoir.

Le consul pour le dictateur, l'interroi pour son successeur ne sollicitent pas de Jupiter une simple approbation; ce qu'ils requièrent du dieu, c'est la remise des auspices et de *l'imperium*. Pour les magistrats ordinaires, l'investiture *auspicato* est liée à la procédure électorale; pour le second interroi et pour le dictateur cette investiture sacrale apparaît à l'état pur sans mélange républicain, elle est un acte autonome du droit sacré. Le parallèle est évident avec l'inauguration du *rex sacrorum* et des flamines majeurs⁴⁵: ceux-ci reçoivent de Jupiter leur sacerdoce, de même que l'interroi et le dictateur reçoivent de lui les auspices et *l'imperium*.

Il y a cependant une différence considérable entre la nomination du second interroi et celle du dictateur. Dans les deux cas, l'investiture sacrale est semblable, en droit sacré elle forme un tout, mais dans le cas du dictateur elle se double d'un complément civil qui fait défaut dans celui de l'interroi. La *dictio* auspicatoire du dictateur par

⁴⁵ Wissowa, *Religion und Kultus*, 490.

le consul est suivie, après coup, d'une investiture civile. A la *dictio* sacrale, s'ajoute une loi curiate. Il y a cumul de l'investiture civile avec l'investiture sacrale qui la précède. La dictature est soumise à ce cumul, comme toutes les magistratures dites « patriciennes ». Mais un trait original la caractérise : c'est le dictateur lui-même qui s'administre son investiture civile, il présente au peuple la *rogatio* de sa loi curiate.

Liv., 9, 38, 15, *Papirius C. Junium Bubulcum magistrum equitum dixit; atque ei legem curiatam de imperio ferenti triste omen diem diffidit.*

9, 39, 1, *Dictator postero die auspiciis repetitis pertulit legem.*

Une fois *dictus* par l'investiture sacrale, le dictateur est pleinement investi, en droit sacré, des auspices et de l'*imperium*. L'usage le plus urgent qu'il fait de ces pouvoirs, est de convoquer les curies pour requérir d'elles son investiture civile. La preuve qu'il est déjà, en vertu du droit sacré, maître de la dictature avant le vote de la loi curiate, c'est qu'il fait la *rogatio* de celle-ci : il use à cette fin tant des auspices que de l'*imperium*.

En vertu de la seule *dictio* auspicatoire, le dictateur possède selon le droit sacré le pouvoir dictatorial en toute légitimité; et il rend à la République, qu'il va dominer monarchiquement, cet hommage passé en usage obligatoire, de solliciter d'elle la ratification de cette monarchie de six mois. Il double son investiture sacrale, dont le consul est l'auteur, d'une investiture civile qu'il est seul à mettre en mouvement. Cet hommage à la République, rendu par un monarque temporaire, déjà investi en droit sacré, impressionna tellement la pensée politique de Rome, qu'il servit de modèle à l'image reconstituée que les Romains se firent des avènements royaux : d'après celle-ci, le roi lui-même présente au peuple sa loi curiate (Cic., *rep.*, 2, 25; 31; 33; 35; 38 – *de suo imperio legem curiatam ferre*). La dictature, dans laquelle on voyait à juste titre un rétablissement constitutionnel de la royauté pour quelques mois, offrit par anticipation une version républicaine de celle-ci. Au contraire, l'*interregnum* est pur de tout alliage républicain et ne s'impose aucun hommage au peuple; il ne dépend que du seul droit sacré, dans les termes d'une investiture auspicatoire qui se suffit à elle-même. Il est la pièce la plus archaïque de la vie politique à l'ère républicaine, dans laquelle il est une incrustation royale.

Pendant la période interrègnale, la constitution est en suspens : la vacance du consulat est suivie de la retraite des titulaires des magistratures dites « patriciennes »; il n'y a plus de magistrats⁴⁶ en dehors de ceux de la plèbe; avant la nomination du second interroi, personne

⁴⁶ Liv., 4, 43, 10, *sine patricio magistratu*; Dio Cass., 40, 46, 3.

dans la période archaïque n'a qualité pour convoquer le Sénat⁴⁷ (tant que les tribuns de la plèbe ne furent pas admis à le faire) et le peuple. La République est sans magistrats, sans Sénat, sans assemblée populaire. Alors le groupe sénatorial des *patres* se réunit et nomme souverainement le premier interroi⁴⁸; celui-ci à son tour nomme souverainement son successeur⁴⁹. L'acte de *prodere interregem*, selon l'expression consacrée, appartient, en principe, en toute liberté d'abord aux *patres*, ensuite aux interrois qui se succèdent⁵⁰.

Le tirage au sort ne paraît pas avoir été employé; il n'est guère conciliable avec la très grande fréquence qui fait revenir d'une vacance du consulat à la suivante les mêmes personnages au poste d'interroi⁵¹. Si, en théorie, le groupe des *patres* est souverain pour choisir le premier interroi, et si chaque interroi l'est aussi pour choisir son successeur, on ignore les atténuations qui ont été apportées dans la pratique à ces choix juridiquement discrétionnaires. On ne sait pas dans quelle mesure le groupe des *patres* a pu inspirer les nominations faites par les interrois⁵². On n'est pas mieux renseigné sur l'influence que le Sénat tout entier a pu exercer sur le groupe des *patres* et sur chaque interroi. Une fois que les tribuns de la plèbe eurent acquis le droit de convoquer le Sénat, celui-ci put se réunir constitutionnellement en période interrègnale, et l'usage s'introduisit qu'il rendît un sénatusconsulte *de patriciis convocandis qui interregem proderent* (Ascon., *in Milon.*, 30 Stangl)⁵³. Jusqu'à quel point la désignation des

⁴⁷ Cicéron (*leg.*, 3, 10) reconnaît à l'*interrex* le *jus agendi cum populo* et *cum senatu* conjointement; on sait que ces deux droits vont de pair (Mommsen, *Droit public*, I, 237). L'impossibilité de convoquer les comices pour le premier interroi s'accompagne de celle de convoquer le Sénat. Cicéron, *loc. cit.*, omet de rappeler cette double incapacité du premier interroi. Cf. Varr. *apud* Gell., 14, 7. Rappelons, à ce propos, qu'on refusait souvent au premier interroi la qualification d'*interrex*, selon une terminologie qui ne prévalut pas.

⁴⁸ L'expression technique est : *patricii coeunt ad interregem prodendum* (Liv., 3, 40, 7; 4, 43, 7 et 8; Ascon., *in Milon.*, 30 Stangl).

⁴⁹ Liv., 5, 31, 8, *interrex . . . interregem prodidit*; cf. D. H., 2, 58, 3.

⁵⁰ L'expression est courante pour les *patres*: Liv., 3, 40, 7; 4, 43, 7 et 8; 6, 41, 6; Cic., *leg.*, 3, 9; 3, 10; Ascon., *in Milon.*, 30 Stangl. Elle s'applique aussi bien à la nomination d'un interroi par le précédent (Liv., 5, 31, 8).

⁵¹ Willems, *Sénat*, II 15. – Denys d'Halicarnasse, 2, 57, parle du tirage au sort pour le fabuleux interrègne d'un an après la mort de Romulus. Cf. O'Brien-Moore dans *RE*, Suppl., VI, 669.

⁵² Il arrive que certains textes appliquent aux *patres* l'acte de *prodere interregem*, là où il est l'œuvre en réalité de l'interroi précédent (Cic., *leg.*, 3, 9 et 10; Liv., 22, 34, 1). Mais il serait excessif de tirer de ce langage équivoque une conclusion.

⁵³ Le tribun de la plèbe ne peut convoquer directement le groupe sénatorial des *patres* (Gell., 15, 27, 4).

interrois passa à l'ensemble du Sénat pour ne laisser aux *patres* d'abord, aux interrois ensuite qu'une nomination formelle, c'est ce que les textes ne permettent pas de discerner en toute clarté⁵⁴.

Pour l'interrègne de 355, on dispose d'une information privilégiée (Liv., 7, 17, 11; Broughton, I, 124). Il y eut huit interrois, dont on connaît les noms grâce à Tite-Live. Pour d'autres interrègnes, on sait que la liste des interrois fut parfois particulièrement longue mais seuls quelques noms, deux ou trois, ont été conservés⁵⁵.

En 355, une rotation des interrois apparaît très clairement⁵⁶ : le septième et le huitième sont les mêmes personnages que le premier et le second. Autrement dit, il y eut une série de six noms qui, une fois épuisée, est reprise par le commencement et dans le même ordre. Ces six noms sont ceux des six consuls patriciens depuis 366, c'est-à-dire depuis le rétablissement du consulat consécutif à une ère assez longue de tribunat militaire à puissance consulaire. Les critères suivis dans le choix des interrois sont évidents : sont écartés, depuis le tout récent accès de la plèbe au consulat, les consulaires plébéiens, par respect du privilège traditionnel du patriciat ; sont écartés aussi les ex-tribuns militaires à puissance consulaire, même patriciens, non pas que leur consulariat de second ordre ne soit pas une habilitation suffisante pour devenir interrois (dans les années précédentes on se contenta souvent de ce consulariat secondaire pour divers interrègnes)⁵⁷, mais par préférence pour le personnel constitutionnellement plus distingué des anciens consuls. En 355, ce personnel se limite à six noms ; ils sont alors engagés dans un cycle interrègnaux. Au premier tour, ils sont désignés librement, sans souci d'ancienneté ; au deuxième tour, leur défilé revient tel quel. La rotation crée l'automatisme.

⁵⁴ Denys d'Halicarnasse est une source peu sûre sur ce point (3, 1 ; 3, 36 ; 3, 46 ; 4, 40 ; 8, 90 ; 9, 41 ; 11, 62). Appien, *B. C.*, 1, 98 dans l'interrègne dramatique qui conduisit à la dictature de Sylla, confie le pouvoir de décision au Sénat, en termes vagues.

⁵⁵ Voir la liste des interrois chez Willems, *Sénat*, II, 10 suiv. En particulier : Liv., 4, 43 ; 8, 17 ; 8, 23.

⁵⁶ Voir Friezer dans *Mnemos.*, 1959, 306 suiv.

⁵⁷ Cf. la liste de Willems, *Sénat*, II, 10. En 396, les trois interrois sont d'anciens tribuns militaires à puissance consulaire (Broughton, I, 88). Or le consulaire patricien L. Furius Medullinus (consul en 413, 409) est encore vivant et sera tribun militaire en 395, 394, 391. Ainsi la préférence donnée en 355 aux consuls par rapport aux tribuns militaires à puissance consulaire n'est pas une règle fixe. En 351, cette préférence se vérifie (Broughton, I, 127). – Mommsen, *Droit public*, III, 219, a tort de refuser le consulariat aux ex-tribuns militaires à puissance consulaire ; les sources manquent pour dire jusqu'à quel point ils jouissaient des prérogatives des ex-consuls ; mais leur accès à l'*interregnum* les range à côté des consulaires proprement dits, avec une position sans doute moins élevée.

Une série résultant d'abord d'un choix libre se fige, quand on la reprend, en une liste préconstituée. Le concept d'un tableau est né discrètement de la pratique.

On n'est pas renseigné sur l'avenir constitutionnel de ce concept, qui n'en eut peut-être aucun, mais sur son avenir idéologique. A propos du fabuleux interrègne d'un an qui suivit la mort de Romulus, on forgea la théorie politique d'un tableau préétabli selon lequel les interrois se succédaient automatiquement⁵⁸. On ne connaît aucune application concrète d'un tel système. Il a pour inspiration de supprimer le choix souverain des sénateurs patriciens pour le premier interroi et de chaque interroi pour son successeur; peut-être aussi d'ôter toute influence du Sénat dans son ensemble sur ces différents choix. Ce programme antipatricien, voire antisénatorial se donna une caution romuléenne. L'époque de sa formulation est inconnue. Il fut vraisemblablement question de l'appliquer pendant les longs interrègnes, fort troublés, des années 53 et 52, quand tomba enfin la condition, jusque là nécessaire, du patriciat pour l'accès à la fonction interrègnale⁵⁹.

II

Un des traits les plus originaux de la théorie de la vacance du consulat, c'est que les auspices font retour non pas au Sénat globalement, mais au groupe des sénateurs patriciens, aux *patres* au sens technique. Le personnel que désigne ce mot, a vu sa composition se transformer au cours de la République. Il n'est pas nécessaire de suivre cette évolution pas à pas. Les interrègnes sont très fréquents jusqu'en 291 et le redeviennent à partir de 82. Dans l'intervalle ils sont fort rares; entre 291 et 82, pendant deux siècles environ, l'institution est en sommeil; on ne dénombre, sauf omission, dans cette période que trois interrègnes, en 222, 216, 162. Aussi, pour apprécier le rôle des *patres* dans la procédure interrègnale, peut-on faire abstraction de ces deux siècles, il suffit d'opposer les trois premiers de la République au dernier.

A la fin de la République, les sénateurs patriciens ne forment pas un groupe homogène. Il est malaisé de préciser combien éventuelle-

⁵⁸ Liv., 1, 17; D. H., 2, 57. Cf. O'Brien Moore dans *RE*, Suppl., VI, 669.

⁵⁹ Ce qui fait l'importance politique du choix de l'interroi, c'est l'emprise assez forte qu'il paraît exercer sur l'élection des consuls (Liv., 22, 34, 9). On a parfois supposé qu'il avait la faculté de ne présenter qu'un seul candidat pour chacun des postes à pourvoir. Sur la question, E. Stuart Staveley, *The conduct of elections during an interregnum* dans *Hist.*, 1954, 193-211.

ment, parmi eux, n'ont pas revêtu de magistratures à partir de Sylla. La question reste problématique⁶⁰. Pour l'essentiel, les sénateurs patriciens se répartissent, comme l'ensemble du Sénat, entre les différentes catégories des ex-magistrats curules, plus celle des *quaestorii*, - la catégorie des *tribunicii* n'ayant évidemment pas à être retenue.

La hiérarchie des sénateurs d'après le rang des magistratures s'est formée au cours de la République. La tripartition des ex-magistrats curules, *consulares*, *praetorii*, *aedilicii*, est attestée à la fin du III^e siècle av. J.-C. (Liv., 22, 49, 16; cf. 23, 23)⁶¹. D'autre part, les ex-questeurs n'ont eu droit au siège sénatorial, semble-t-il, qu'à partir de Sylla⁶². Jusque là, ils n'avaient qu'une expectative de fait, librement appréciée par les censeurs. Elle se vérifie en 216 av. J.-C., quand il fallut combler les vides énormes que la guerre avait faits dans le Sénat (Liv., 23, 23, 6). Elle se vérifie aussi au cours du II^e siècle⁶³. Cependant, en 216 dans la description que Tite-Live (22, 49) présente du Sénat dépeuplé par la guerre, il n'est pas encore question d'une catégorie juridique des *quaestorii*, à côté de la tripartition des ex-magistrats curules. C'est plus tardivement que les ex-questeurs semblent s'être constitués en un groupe sénatorial qui leur fût propre.

La tripartition curule des *consulares*, *praetorii*, *aedilicii*, attestée en 216 (Liv., 22, 49, 16) n'est pas très ancienne. Les catégories des *praetorii* et des *aedilicii* n'ont pas suivi immédiatement l'apparition de la préture et de l'édilité curule. De 366, date où apparaît la préture (Broughton, I, 115), à 250 environ, la liste des préteurs, telle qu'on la connaît⁶⁴, révèle que ceux-ci sont, pour les trois quarts des consulaires. Ce fait, souvent négligé, affecte la composition du Sénat. Les ex-préteurs, dans leur très grande majorité, reviennent après leur année de charge siéger parmi les consulaires⁶⁵. Le quart des ex-préteurs qui n'ont pas antérieurement géré le consulat, représente un chiffre trop faible et trop irrégulier pour avoir constitué, à l'intérieur du Sénat, un groupe distinct de *praetorii* avant

⁶⁰ Mommsen, *Droit public*, VII, 156.

⁶¹ Mommsen, *Droit public*, VII, 30; cf. De Martino, *Storia della costituzione romana* II, 1 (1954), 159. Sur la place des ex-censeurs au Sénat, Mommsen, *Droit public*, VII, 153.

⁶² Mommsen, *Droit public*, VII, 33; 154; Ern. Meyer, *Röm. Staat und Staatsgedanke* (1961), 204.

⁶³ Gabba, *Athen.*, 1955, 218 suiv.

⁶⁴ E. Maxis, *Die Praetoren Roms von 367 zu 167 v. Chr.*, 1911. A l'aide des *Magistrates* de Broughton, la liste des préteurs connus peut être établie sans peine.

⁶⁵ Cela résulte de la règle d'après laquelle le rang d'un sénateur se détermine d'après la magistrature la plus élevée qu'il a gérée, même si depuis il en a géré une autre inférieure. Voir Zonar., 7, 19; Mommsen, *Droit public*, VII, 30, n. 3.

250. De même, jusqu'à cette date, il est peu probable que les ex-édiles curules, qui ont été admis au Sénat, aient été classés dans un groupe spécial *d'aedilicii* : celui-ci n'a pu se former qu'après celui des *praetorii*.

En somme, la hiérarchie curule, au Sénat, des *consulares*, *praetorii*, *aedilicii*, attestée à la fin du III^e siècle, s'est formée dans la deuxième moitié de celui-ci; et les ex-questeurs n'ont été réunis dans un groupe séparé de *quaestorii* qu'à une époque encore plus récente. Avant la formation du groupe sénatorial des *praetorii*, jusque vers 250 les ex-préteurs, qui pour les trois quarts ont géré le consulat avant la préture, sont dans cette proportion d'authentiques consulaires, et pour le dernier quart, selon toute vraisemblance, ne font pas bande à part au Sénat et s'agrègent en dernière position à la série des consulaires eux-mêmes, le préteur étant un collègue mineur des consuls⁶⁶. Par contre, on ne peut rien dire de la place au Sénat des ex-édiles curules qui y ont été reçus par les censeurs, avant que soit établi le groupe des *aedilicii*. Même remarque pour les ex-questeurs recrutés au Sénat par les censeurs, avant que le groupe des *quaestorii* n'y eut acquis son autonomie. De ces diverses constatations, malgré une certaine marge d'incertitude, la conclusion à tirer quant aux sénateurs patriciens est claire : le personnel des *patres*, au sens technique, ignore avant 250, comme le Sénat dans son ensemble, les catégories relativement récentes des *praetorii* et *aedilicii*, et la catégorie encore plus neuve des *quaestorii*.

Dans les derniers siècles de la République, les sénateurs patriciens siègent à côté des sénateurs plébéiens selon le classement hiérarchique des magistratures. Ce n'est que pour désigner le premier interroi ou pour voter *l'auctoritas patrum*⁶⁷, que les sénateurs patriciens se séparent des sénateurs plébéiens pour se réunir dans un groupe à part. Ce groupe des *patres*, au sens technique, est une survivance du passé, qui ne se maintient que dans les deux cas de l'interrègne et de *l'auctoritas patrum*. Autrement, sénateurs patriciens et plébéiens voisinent à l'intérieur des différents échelons des magistratures, sauf celui des *tribunicii*.

Dans la première phase de l'histoire du Sénat, le groupe des *patres* est, au contraire constamment distinct de celui des *conscripti*

⁶⁶ Messala ap. Gell., 13, 15, 4, *conlegae... praetores consulum sunt*. Voir les autres textes groupés par Mommsen, *Droit public*, III, 221, n. 2.

⁶⁷ Cic., *domo*, 38; Sall., *oratio Macri* (*Hist.*, 3, 48 Maurenbrecher). Mommsen, *Droit public*, VII, 236 suiv. – En ce qui concerne l'interrègne, cette autonomie du groupe des *patres*, au sens technique, apparaît clairement dans le sénatusconsulte de *patriciis convocandis* (Ascon., in *Milon.*, 30 Stangl).

plébéiens⁶⁸. Une tradition très ferme et très sûre rapporte cette distinction. L'expression asyndétique *patres conscripti* juxtapose les deux éléments du Sénat. La formule de convocation : *Qui patres, qui conscripti (estis)* (Liv., 2, 1, 11; Fest., s. v. *qui patres*, 304 L.) les sépare en toute netteté. Des premiers aux derniers temps de la République, un renversement s'est opéré. L'ancien Sénat républicain se divise en deux groupes, *patres* et *conscripti*, l'un patricien, l'autre plébéen; le Sénat récent substitue à ce critère de répartition celui de la hiérarchie des magistratures et place côte à côte patriciens et plébéiens dans les divers degrés de celle-ci qui leur sont communs.

Le mot *patres* a différents sens. Il désigne de façon contradictoire tantôt tout le patriciat, tantôt le Sénat dans son ensemble patricio-plébéen. Ce sont là deux sens dérivés et opposés, qui ont atteint séparément une portée générale à l'échelle soit de l'ordre patricien, soit du Sénat avec son double personnel patricien et plébéen. Tout autre est le sens technique et archaïque du mot : les *patres* proprement dits représentent seulement une partie du Sénat républicain, laquelle dans les premiers temps de la République se distingue des *conscripti* et dans les derniers n'est plus qu'un archaïsme constitutionnel. C'est de ce sens technique que sont issues les deux généralisations contradictoires qui s'étendent ou à tout le patriciat ou à tout le Sénat. Ce qui caractérise le groupe technique des *patres* à l'intérieur du Sénat, pendant l'époque républicaine, avec une remarquable continuité fonctionnelle, ce sont le vote de *l'auctoritas* à l'occasion des résolutions populaires et l'élection du premier interroi. Le sens pur de *patres*, par opposition à *conscripti*, est conservé, à propos de chacune de ces deux fonctions, dans l'expression consacrée *patres auctores*⁶⁹ et dans l'adage *auspicia ad patres redeunt*. Ces deux fonctions sous la République n'ont jamais appartenu au Sénat tout entier, elles ont toujours été l'exclusivité du groupe technique des *patres*, sans participation des *conscripti* pendant le premier âge républicain et des ex-magistrats plébéiens ensuite.

Pour identifier le personnel des *patres*, au sens technique, il ne suffit pas de reconnaître en eux les sénateurs patriciens, par opposition aux sénateurs plébéiens. L'adage « *auspicia ad patres redeunt* » fait obstacle à cette interprétation trop large. Quand le consulat est vacant, le « retour » des auspices ne s'effectue qu'au profit des patriciens qui les ont antérieurement détenus comme magistrats. La qualité de sénateur patricien est impuissante, à elle seule, à provoquer ce « re-

⁶⁸ Liv., 2, 1, 10-11; Fest., s. v. *qui patres*; *adlecti*; *conscripti*; *prateriti*; Serv., *Aen.*, 1, 426. Chez Plutarque l'opposition terminologique entre *patres* et *conscripti* s'est brouillée (*Rom.*, 13, 4-5; *Quaest. rom.*, 58).

⁶⁹ Liv., 1, 17, 9; Cic., *rep.*, 2, 25.

tour», qui n'en serait pas un sans la gestion préalable d'une magistrature. Les patriciens ont soutenu avec acharnement qu'eux seuls étaient aptes à acquérir les auspices, c'est-à-dire à devenir magistrats⁷⁰; mais il ne faut pas déduire de cette prétention que les patriciens possèdent les auspices publics à titre inné avant leur collation officielle. Ils ne revendiquent que la prédestination à les recevoir et la refusent aux plébéiens, jusqu'au moment où ceux-ci accèdent aux magistratures. Cette vocation exclusive à gérer les auspices ne se suffit pas à elle-même, elle appelle, comme le souligne Tite-Live (6, 41, 6), leur remise au nouveau magistrat par une investiture *auspicato*. Seuls les auspices privés se passent de collation officielle. Les patriciens prétendent aussi être seuls à les posséder (Liv., *ibid.*). Cette prétention ne paraît pas exacte⁷¹ et n'a sans doute qu'une valeur de propagande. Peu importe pour notre propos. Même si les patriciens sont seuls à avoir des auspices privés, ceux-ci ne sauraient se transformer en auspices publics pendant la vacance du consulat. La République a entouré la possession des *auspicia populi Romani* de garanties constitutionnelles, extrêmement sévères. Elle les réserve, avons nous vu, aux élus du peuple romain (ou au dictateur *dictus* par le consul) et exige de plus, pour leur validité, le vote d'une loi curiate. Jamais la constitution républicaine n'a admis la mutation d'auspices privés en auspices publics. La règle *auspicia ad patres redeunt* ne mélange nullement ces deux secteurs, radicalement étrangers l'un à l'autre; elle se borne à affirmer le retour des auspices entre les mains de leurs anciens titulaires qui, ne pouvant les gérer collectivement, désignent l'un d'entre eux pour le faire en qualité d'interroi. Ce personnage est toujours un consulaire, selon une exigence qui n'a été abandonnée qu'à l'extrême fin de la République. La pratique vérifie la théorie. L'interroi désigné par les *patres* est choisi parmi eux, et c'est au même titre qu'eux, comme ancien titulaire des auspices, qu'ils lui font retour. Théorie et pratique concourent à montrer qu'il ne faut pas entendre par *patres*, au sens technique, d'une façon vague les sénateurs patriciens, mais au sein du Sénat l'élite formée par les ex-magistrats patriciens.

Deux textes paraphrasent l'adage *auspicia ad patres redeunt*, et disent clairement que seuls les anciens magistrats patriciens récupèrent les auspices pendant la vacance du consulat. Cicéron, à propos de l'adoption de Clodius, mesure le péril institutionnel que courrait la République, si tous les patriciens faisaient *transitio ad plebem*. Il énumère les diverses fonctions réservées aux patriciens; elles seraient

⁷⁰ Liv., 4, 6, 2; 6, 41, 4-9; 7, 6, 11; 10, 8, 9.

⁷¹ Des auspices sont pris dans les maisons plébéiennes (Cato ap. Fest., s. v. *prohibere comitia*, 268 L.). Cf. Wissowa dans *RE* II, 2581.

menacées d'extinction, s'ils disparaissaient. A propos de l'interrègne il remarque : *domo, 38, auspiciamque populi Romani, si magistratus patricii creati non sint, intereant necesse est, cum interrex nullus sit, quod et ipsum patricium esse et a patriciis prodi necesse est*. Le membre de phrase *si magistratus patricii creati non sint*⁷² précise que seuls les *patricii* qui ont été magistrats sauvent les auspices en cas d'interrègne, et en disposent au profit d'un interroi lui-même ex-magistrat comme eux. Tite-Live fait écho à Cicéron: 6, 41, 5-6, *Penes quos igitur sunt auspicia more majorum? Nempe penes patres; nam plebeius quidem magistratus nullus auspiciato creatur; nobis adeo propria sunt auspicia ut non solum quos populus creat patricos magistratus non aliter quam auspiciato creet, sed nos quoque ipsi sine suffragio populi auspiciato interregem prodamus et privatim auspicia habeamus, quae isti ne in magistratibus quidem habent*. Dans ce discours qui se situe en 386 av. J.-C. à la veille de l'accès de la plèbe au consulat, l'interrogation et la réponse : « *Penes quos igitur sunt auspicia more majorum? Nempe penes patres* » sont de toute évidence un décalque de l'adage *auspicia ad patres redeunt*. Tite-Live indique à quel titre les patriciens détiennent les auspices. En tant que magistrats, ils les ont reçus *auspiciato* et sont seuls aptes à les recevoir dans le premier âge républicain. Tite-Live ajoute qu'eux seuls peuvent en disposer au profit d'un interroi. Ici se précise la paraphrase de l'adage *auspicia ad patres redeunt*. Dans l'interrègne, les *patres* disposent des auspices qu'ils ont détenus préalablement dans leur magistrature. Tite-Live gradue les deux aspects du monopole patricien des auspices : d'abord l'aptitude exclusive à en être investis comme magistrats; ensuite, par corollaire direct de cette investiture, à en disposer comme anciens magistrats au profit d'un interroi qu'ils choisissent parmi eux. Tite-Live soude l'une à l'autre ces deux phases du maniement des auspices et, pour être elliptique le raisonnement n'en est pas moins clair. Tite-Live ne prend pas la peine de rappeler, pour la seconde phase, que les *patres* ont été magistrats dans la première. Il vient de le dire et n'a pas à le répéter aussitôt après. L'habileté rhétorique du passage consiste à jouer sur le double sens du mot *patres*, patriciens en général, et groupe privilégié au sein du Sénat. D'après le sens général, seuls les patriciens sont capables d'être investis des auspices, par l'accès à la magistrature; d'après le sens étroit, seuls les *patres*, en qualité d'ex-magistrats, nom-

⁷² Mommsen, *Droit public*, II, 329, n. 3, entend cette condition comme s'il s'agissait de la retraite des titulaires des magistratures patriciennes pendant l'interrègne. Cette interprétation est erronée : le texte ne parle pas de retraite, mais de l'absence d'élection de magistrats patriciens faute de patriciens, si Rome ne comportait plus que des plébéiens.

ment un interroi⁷³. Tite-Live parachève sa démonstration en déclarant que les patriciens cumulent auspices publics et auspices privés.

Les preuves concordent : le « retour » des auspices à leurs anciens titulaires, les *patres*; la liste des interrois, tous consulaires, membres du groupe des *patres* et désignés par lui; les témoignages de Cicéron et Tite-Live qui placent, l'un et l'autre, en cas d'inter règne les auspices à la disposition des ex-magistrats patriciens. Toutes ces données permettent d'identifier, à l'intérieur du Sénat, les *patres* comme les patriciens qui ont antérieurement possédé les auspices en qualité de magistrats.

Jusqu'à la création de la préture, en 367 av. J.-C., le groupe des *patres* est homogène. Il réunit les anciens titulaires patriciens de *l'imperium* et des auspices les plus élevés : les ex-consuls, les ex-dictateurs, les ex-maîtres de la cavalerie, les ex-tribuns militaires à pouvoir consulaire. A propos de ces derniers, il convient de rappeler que leur consulariat de seconde zone les rend cependant aptes à devenir interrois, comme cela s'est souvent produit. Ce que toutes les fonctions qui viennent d'être énumérées, ont de commun, c'est à côté de *l'imperium* le maniement des auspices publics à leur degré supérieur. Tous les *patres*, au sens technique, pendant le premier âge républicain, ont détenu le charisme royal des auspices. Ils forment dans la cité et dans le Sénat lui-même, par opposition aux *conscripti*, un groupe de personnages qu'on peut dire, sans exagération, radicalement différents du commun des mortels. A la manière des rois, ils sont marqués du signe durable de la bénédiction jupitérienne. La République a fixé un terme extinctif à l'exercice de leurs charges, mais le charisme des auspices survit à ce terme, sans s'exercer, sous l'aspect d'une dignité prééminente. Celle-ci rend compte des deux fonctions qui appartiennent exclusivement aux *patres* : *l'auctoritas* qu'ils apportent aux résolutions populaires et le retour des auspices entre leurs mains en l'absence de magistrats éponymes.

L'homogénéité du groupe des *patres* s'est altérée, quand, dans le courant de la République, aux anciens titulaires patriciens de *l'imperium* et des auspices les plus élevés sont venus s'agréger des patriciens ayant géré les nouvelles magistratures, dont s'est dotée la cité. La préture, de 366, quand elle entre en exercice, à 250 environ, ne modifia pas sensiblement la composition des *patres*; les préteurs pour les trois quarts dans cette période se recrutent parmi les

⁷³ Il a été déjà remarqué dans une précédente note (p. 320, n. 27) que la source de Tite-Live se rattache ici à la terminologie qui refuse la qualification d'*interrex* au premier interroi, nommé sans investiture *auspicato*. Le texte vise l'investiture *auspicato* du deuxième interroi sans allusion au premier.

consulaires, si bien que dans cette proportion les ex-prêteurs patriciens figurent parmi les *patres* comme consulaires. Ce n'est que pour les ex-prêteurs patriciens du dernier quart que s'amorce une modification du groupe des *patres*; elle se généralise, quand après 250 environ les prêteurs cessent d'être des consulaires. Un degré légèrement inférieur de *praetorii* patriciens apparaît alors parmi les *patres*. Un autre, situé sensiblement plus bas, se constitue quand, dans le Sénat, conquiert son autonomie dans la deuxième moitié du III^e siècle, la catégorie des *aedilicii*. Alors, parallèlement, les *patres*, au sein du Sénat, auront leurs *aedilicii* patriciens. Encore plus bas, viendront ensuite les *quaestorii* patriciens, quand le Sénat aura lui-même sa catégorie spéciale de *quaestorii*. Pendant la vacance du consulat, les auspices font retour, selon leur hiérarchie (Messala ap. Gell. 13, 15), à chacun de ces degrés d'ex-magistrats patriciens; mais, si tous les *patres* en vertu de ce retour collectif désignent l'un d'entre eux comme premier interroi, ce ne peut être qu'un ancien titulaire des auspices les plus élevés. Vint-il un moment où au groupe technique des *patres* s'ajoutèrent de simples sénateurs patriciens qui n'avaient pas encore été magistrats? ou bien ceux-ci en restèrent-ils toujours exclus aux époques où le Sénat leur avait fait place? Leur admission parmi les *patres*, au sens technique, signifierait une grave altération de ce groupe. Cicéron (*domo*, 38) paraît éliminer cette éventualité, quand il déclare qu'en cas d'interrègne les sénateurs patriciens sauvent les auspices, à la condition d'avoir été préalablement magistrats.

L'ensemble des constatations qui viennent d'être faites, si elles sont exactes, déplacent les données du problème des deux ordres patricien et plébéen pour le premier âge républicain. *Patres* ne désigne le patriciat, envisagé globalement, que selon un sens dérivé qui est le résultat d'une généralisation. Techniquement, les *patres* dans l'expression consacrée «*patres auctores*» et dans l'adage «*auspicia ad patres redeunt*» n'étant que les ex-magistrats patriciens, le rapport de ce groupe sénatorial avec celui des *conscripti* doit être soumis à révision. Ces deux groupes appartiennent à l'aristocratie. Les *conscripti* sont recrutés dans le personnel le plus distingué des centuries équestres : *primoribus equestris gradus lectis* (Liv., 2, 1, 10-11; cf. Fest., s. v. *adlecti* : *ex equestri ordine*; s.v. *conscripti* : *ex equestri ordine*). Cet ordre équestre, dont la tradition fait état pour les premiers temps de la République, est profondément distinct de celui qui se formera plus tard, quand les structures sociales de la cité auront été intégralement réévaluées. Ce que la tradition appelle ordre équestre dans la première phase de l'histoire républicaine, c'est l'élite sociale des centuries équestres et plus particulièrement des vieilles centuries des *Ramnes*, *Tities*, *Luceres*, lesquelles, à une date, que la critique historique a quelque peine à situer, sous la royauté ou au premier siècle de la Républi-

que, se dédoublèrent pour donner les *sex suffragia*⁷⁴. Les douze centuries équestres innommées, qui s'ajoutèrent aux six centuries nommées, sont elles aussi recrutées *ex primoribus civitatis* (Liv., 1, 43, 8). Elles appartiennent au système centuriate servien et sont aussi difficiles à dater que lui. Le total de dix-huit centuries équestres est le résultat d'une progression qui, à partir du chiffre de trois, passe par doublement à celui de six centuries nommées, et aboutit à dix-huit par l'adjonction de douze centuries innommées. La tradition souligne avec fermeté qu'au cours des différentes phases de ce développement historique le recrutement des *equites* resta aristocratique. La fine fleur de cette aristocratie équestre fournissait les *conscripti* du Sénat (Liv., 2, 1, 10-11; Fest., s. v. *adlecti, conscripti*).

Les institutions du premier âge républicain sont coordonnées à la structure sociale de la cité. L'aristocratie se diversifie en plusieurs degrés, qui ont chacun un caractère institutionnel. Dans la répartition générale des citoyens, elle forme d'abord *l'ordo equester* archaïque. Ensuite, au-dessus de lui, elle donne le meilleur d'elle-même au Sénat. Ces deux degrés de l'aristocratie républicaine se modèlent sur les organes politiques de la cité. C'est le droit public qui hiérarchise, d'après ses institutions, la classe dirigeante. A l'intérieur du Sénat, s'opère une nouvelle hiérarchie d'après un critère également institutionnel : les anciens titulaires de *l'imperium* et des auspices les plus élevés se réunissent dans le groupe privilégié des *patres*, les autres sont les *conscripti*⁷⁵.

Au cours du premier âge républicain, il n'existe pas de concept unitaire de la noblesse. Celle-ci s'évalue d'après des critères juridiques. Le premier est l'appartenance à *l'ordo equester*; et cet ordre se décompose en centuries anciennes et nouvelles d'éclat inégal, celles des *Ramnes*, *Tities*, *Luceres* dédoublées et douze autres innommées. Un deuxième critère de noblesse est l'appartenance au Sénat. Au sein du Sénat, une noblesse d'un type unique se sépare de la masse des sénateurs et trouve son critère distinctif dans l'institution la plus importante de la République, la magistrature supérieure. Ceux qui ont tenu le destin de Rome entre leurs mains grâce à *l'imperium* et aux auspices, forment dans le Sénat, sous la dénomination de *patres*,

⁷⁴ Liv., 1, 13, 8; 1, 36; 1, 43; Cic., rep., 2, 36 et 39; Fest., s. v. *sex Vestae*, 468 L.; s. v. *sex suffragia*, 452 L. Voir Mommsen, *Droit public*, VI, 1, 119, 287; Kübler dans *RE*, s. v. *equites Romani*, VI, 272; A. Alföldi, *Der frühromische Reiteradel und seine Ehrenzeichen*, 1952.

⁷⁵ La tradition affirme avec insistance que les *conscripti* apparaissent avec la République (Liv., 2, 1, 10; Fest., s. v. *qui patres*). Elle apporte même cette précision, peut-être excessive, qu'ils font aussitôt leur apparition avec elle.

un groupe d'hommes prédestinés. Ce petit noyau représente la noblesse à son niveau le plus haut.

L'erreur qui a longtemps obscurci le problème de la structure sociale de la Rome archaïque, est d'avoir cru que, de l'époque royale à la République, le patriciat était une donnée immuable selon un dénombrement fixe (à quelques adjonctions près) de familles patriciennes, assimilées à des seigneuries. Dans cette perspective, une noblesse préétablie aurait exercé, comme un monopole, une emprise sur les principaux organes de la cité républicaine. Il est bien difficile de se libérer de ce dogme qui s'est exprimé si parfaitement dans les œuvres de Mommsen, qu'il n'est pas près de perdre son pouvoir de fascination. Cependant, au cours de ces dernières années, toute une série d'études⁷⁶ ont tendu à montrer ce que présente de fallacieux l'idée d'un patriciat préconstitué et en quelque sorte originaire. Le V^e siècle offre le tableau d'une fluctuation de l'aristocratie; certaines familles se maintiennent au niveau de la magistrature supérieure, que gèrent leurs membres d'une génération à la suivante; d'autres ne s'y maintiennent pas et, après avoir accédé à la noblesse des *patres*, la perdent⁷⁷. Au V^e siècle le patriciat est encore une donnée flottante, il cherche à se stabiliser. Tel est le fait majeur qui s'inscrit en faux contre le concept d'un patriciat immuable; et on a renoncé, pour le sauver, à déclarer interpolés les consulats des familles qui retombèrent dans la plèbe. Vouloir interpoler les fastes au V^e siècle, d'après le dénombrement postérieur des familles patriciennes dans les siècles suivants, est une faute de méthode évidente qui sacrifie le mouvement de l'histoire, à une époque où le patriciat est en voie de stabilisation.

Notre contribution dans ce domaine est, nous l'espérons, d'apporter le critère d'après lequel la noblesse romaine, à son degré le plus haut, s'est constituée et fermée sur elle-même au cours du V^e siècle. La position classique du problème doit être renversée.

Il ne faut pas partir de l'axiome d'une noblesse de droit divin, antérieure à la République et confisquant celle-ci. L'idée d'un *numerus clausus* de familles nobles est contredit par les fastes. Une noblesse préétablie ne s'est pas imposée à la République; c'est la République qui a donné à la noblesse le critère juridique qui lui a permis de deve-

⁷⁶ Hugh Last dans *Journal of Roman Studies*, 1945, 30 suiv.; A. Bernardi dans *Rend. Ist. Lomb.*, 79 (1945-6), 3 suiv.; S. Mazzarino, *Dalla monarchia allo stato repubblicano* (1947), 220 suiv.; De Francisci, *Primordia civitatis* (1959), 190 suiv. Pour un état de la question voir Kunkel dans *Zeit. d. Savigny Stift.*, *Röm. Abt.*, 1955, 308; 1956, 313; 1960, 369.

⁷⁷ Certaines familles n'apparaissent dans les fastes que dans les premières décennies républicaines: *Cassii*, *Cominii*, *Sicini*, *Marcii*, *Volumnii*, *Minucii*, *Aebutii*. Sur la question, De Francisci, *Primordia civitatis*, 195.

nir une caste. A vrai dire, la République offrait à cette fin plusieurs critères et certains étaient antérieurs à elle, mais la noblesse n'en retint qu'un, le plus républicain d'entre eux et en même temps le plus royal, la magistrature supérieure, républicaine par l'élection, la collégialité, l'annalité (ou la durée de six mois pour la dictature), royale par les auspices. Les autres critères étaient les suivants : appartenance à l'*ordo equester*, selon la gradation des centuries anciennes et nouvelles, appartenance aux *conscripti* du Sénat, appartenance aux collèges sacerdotaux. Aucun de ces derniers critères ne l'emporta. L'*ordo equester*, deux fois élargi, à partir de trois centuries pour passer à six, puis à dix-huit, était trop nombreux. Les collèges de prêtres, si distingués fussent-ils, étaient, sous la République, marginaux à la vie politique en vertu du partage de la magistrature et du sacerdoce et de la profonde répugnance à les cumuler pendant les premiers siècles de l'ère républicaine. Enfin les *conscripti* étaient éclipsés par les *patres*. Ce sont eux, les anciens titulaires des auspices royaux, que la République se donna comme noblesse. Ils représentaient un personnel inégalable, désigné par Jupiter. Le patriciat est sorti de l'institution des *patres*.

L'aristocratie au sens large au V^e siècle occupe les principaux organes de la cité : les centuries équestres, le Sénat, les magistratures. Elle n'est pas un ensemble unifié, elle se diversifie d'après les catégories institutionnelles entre lesquelles se répartit son personnel. Au cours de ce siècle, la gestion de la magistrature supérieure opère par le haut un processus de différenciation. Les anciens magistrats supérieurs forment, au Sénat, le groupe prédestiné des *patres* ; et les familles qui ont pu se maintenir à ce niveau, par des élections répétées, se détachent du reste de l'aristocratie. Elles brillent d'un éclat inimitable qu'elles tirent de la bénédiction jupitérienne, reçue par une série de leurs membres au titre des *auspicia populi Romani* gérés par eux. La prédestination charismatique ne survit pas seulement à leur année de charge dans le groupe des *patres*, qui restent disponibles à reprendre les auspices comme interrois en l'absence de magistrats éponymes ; elle se répand de façon diffuse sur l'ensemble de leurs familles, dont les membres sont considérés à l'avenir comme seuls aptes à recevoir à leur tour les auspices, à l'exclusion des autres citoyens. L'insistance du patriciat à vouloir conserver la pureté de son sang donne comme motif déterminant le maniement des auspices qui seraient viciés en d'autres mains (Liv., 4, 6, 2 ; 6, 41, 6 ; 7, 6, 11 ; 10, 8, 9). Les familles qui au V^e siècle ont accaparé de façon durable la magistrature supérieure, ont revendiqué pour leurs descendants une vocation exclusive à y accéder. La prédestination personnelle du titulaire des auspices a été transformée en prédestination héréditaire.

Le maintien continu de la magistrature supérieure chez certaines familles leur a conféré leur titre de noblesse et a fait naître, à l'inté-

rieur de l'aristocratie, une caste nouvelle, qui, dans le courant du V^e siècle, s'est fermée sur elle-même. Ce qu'il y a de plus remarquable dans la formation du patriciat, c'est moins qu'il se sépare de l'ensemble des citoyens : les grandes familles n'avaient pas attendu la République pour s'élever au-dessus de la masse; dès la période royale, leur richesse, leur présence dans les centuries équestres, dans le Sénat, dans les collèges sacerdotaux opérait un clivage social. Le fait nouveau sous la République, c'est qu'à l'intérieur d'une aristocratie assez large s'en forme une autre, plus étroite, distinguée par des élections populaires répétées et justifiée par le charisme des auspices. Le patriciat, quand il devient une caste, cherche moins à s'élever au-dessus de la masse, c'était depuis longtemps chose faite pour la plupart des familles qui le composent, qu'à se couper socialement et juridiquement du reste de l'aristocratie. Brutalement, dans la loi des XII tables, le patriciat complète par une prescription de droit privé son exclusivisme de droit public; désormais, en vertu d'une disposition que la tradition présente avec fermeté comme une nouveauté (Cic., *rep.*, 2, 63; Liv., 4, 4, 5; D. H., 10, 60, 5), les patriciens ne se marieront qu'entre eux. Il est vain de chercher à atténuer la portée de cette mesure, en la présentant comme la consécration légale d'un état de droit antérieur. La disposition matrimoniale des XII tables marque un effort délibéré du patriciat pour se fermer en caste héréditaire⁷⁸. Les Romains ne l'ont jamais comprise autrement, il s'agissait de couper le patriciat du reste de la cité, comme le souligne Tite-Live : 4, 4, 10 *dirimere societatem civilem duasque ex una civitate facere*. L'interdiction de mariage entre patriciens et plébéiens vise moins les citoyens pauvres qui de tout temps ne devaient guère rêver d'unions au-dessus de leur condition, qu'à parachever la séparation du patriciat d'avec les degrés inférieurs de l'aristocratie. Les termes mêmes de la loi n'ont pas été conservés et on ne peut savoir au juste quelle expression elle employa pour désigner l'ordre patricien. Les paraphrases de Cicéron et Tite-Live emploient le mot *patres*; s'il figurait dans la loi, il aurait alors désigné non seulement les fondateurs de la caste patricienne, les anciens titulaires des auspices de l'*Urbs*, les *patres* proprement dits du Sénat par opposition aux *conscripti*, mais aussi, par extension à leur descendance, la caste tout entière. La question reste en suspens; la loi a pu employer un autre terme : *proci*, *proceres*, peut-être *patricii*, éventuellement *primores* etc. . . ; elle a pu parler des *patres*, au sens technique d'ex-magistrats, et de leurs *filii*, ou

⁷⁸ Hugh Last dans *Journal of Rom. St.*, 1945, 30 suiv., a fortement souligné la nouveauté de la mesure. Dans le même sens, mais avec une certaine réserve : J. Bayet, *Tite-Live*, IV, 129 : De Visscher dans *Rev. Int. des dr. de l'Ant.*, 1952, 409. Cf. De Francisci, *Primordia*, 194.

user d'une tournure encore plus développée du type *qui magistratum curulem ceperint et filii filiaeque eorum* (cf. Cato ap. Fest., 128, 6 L.)⁷⁹. Il faut renoncer à savoir si, au milieu du V^e siècle, on entendait par *patres* à la fois le groupe des anciens titulaires de la magistrature supérieure selon le sens technique du mot et l'ordre patricien dans son ensemble selon un sens dérivé. On ignore également les termes de la loi Canuleia qui rapporte quelques années plus tard l'interdiction decemvirale.

On commet souvent une erreur d'évaluation sur la distinction des deux ordres patricien et plébéen. Une simplification excessive identifie ces deux ordres, l'un avec la classe dirigeante, l'autre avec la masse. C'est oublier qu'à côté de la caste nouvelle du patriciat coexistent l'aristocratie de *l'ordo equester* et celle des *conscripti* du Sénat recrutée dans cet *ordo* (Liv., 2, 1, 10-11; Fest., s. v. *conscripti*; cf. Varr. ap. Gell., 3, 18, 5)⁸⁰. L'aristocratie romaine s'étage en degrés qui ont chacun leur critère juridique. Le degré supérieur a celui des magistratures éponymes qu'il monopolise. Le patriciat déclare être une noblesse de sang, seule capable de recevoir les *auspicia populi Romani*. Par cette prétention, il se sépare non seulement de la masse, mais surtout des degrés inférieurs de l'aristocratie. une distinction tranchée s'établit entre le patriciat, comme caste héréditaire, et tous les autres citoyens. Le principal effet de la formation de cette caste est de rejeter dans la plèbe les formes secondaires de l'aristocratie, *l'ordo equester* et les *conscripti* eux-mêmes. La coupure passe même par le Sénat.

Ainsi s'expliquent les contradictions apparentes de la tradition. Elle reconnaît d'une part dans les centuries équestres (Liv., 1, 43, 9) et les *conscripti* des éléments de l'aristocratie et, d'autre part, elle leur refuse le patriciat. Elle définit expressément les *conscripti* comme des plébéiens (Liv., 2, 1, 10; Fest., s.v. *qui patres; conscripti*) et elle ne compte pas les centuries équestres, même les plus anciennes, celles des *Ramnes*, *Tities*, *Luceres* au nombre des institutions patriciennes (Cic., *domo*, 38)⁸¹. *Conscripti* et *ordo equester* sont des aristocraties de second ordre, impitoyablement classées dans la plèbe dont elles re-

⁷⁹ Cf. Macrobe, *Sat.*, 1, 6, 11, *illi quorum patres curulem gesserant magistratum*.

⁸⁰ Nous laissons de côté ici la qualification de *pedarii* et la question de savoir dans quelle mesure elle concerne les *conscripti*.

⁸¹ Une conjecture très répandue admet le caractère patricien des centuries de *Ramnes* etc. Cf. Alföldi, *Reiteradel*, 99. Elle est démentie par Cic., *domo* 38, où une énumération exhaustive des institutions patriciennes les omet.

présentent désormais l'élite vulgaire⁸². Aux premiers siècles de la République comme aux derniers, la lutte politique se joue moins entre la masse et la classe dirigeante qu'entre des éléments opposés de celle-ci. Au V^e siècle et au début du IV^e un petit groupe de familles accapare la magistrature supérieure, au nom d'une prédestination du sang, et abaisse au-dessous de cette caste nouvelle toutes les autres familles aristocratiques qui, malgré leur présence dans l'*ordo equester* et les *conscripti*, sont exclues du patriciat et doivent accepter la qualification plébéienne. La revanche de cette plèbe fort distinguée sera au IV^e siècle de forcer l'accès aux magistratures. Et alors commence la sclérose du patriciat, qui triomphait au siècle précédent.

Le patriciat a été habile à créer des ambiguïtés juridiques. La principale d'entre elles a utilisé la collation répétée des auspices les plus élevés aux membres des mêmes familles, pour attribuer à celles-ci une bénédiction permanente et leur réserver par droit divin l'aptitude à les recevoir à nouveau⁸³. L'adage « *auspicia ad patres redeunt* » a favorisé cette prétention. Techniquement il ne signifie pas autre chose que le retour des auspices chez leurs anciens titulaires, les *patres* au sens étroit du mot. Vulgairement l'adage passe pour réserver au patriciat dans son ensemble les auspices de Rome; on donne alors à *patres* son sens large. Tite-Live (6, 41, 6), dans la paraphrase déjà commentée de l'adage, combine avec élégance les deux interprétations. Cette grave ambiguïté se ramène à expliquer que les patriciens accédant à la magistrature supérieure reçoivent les auspices du peuple romain par une investiture à la fois sacrale et populaire, parce que avant cette double investiture ils sont prédestinés à les recevoir. Cette mystérieuse prédestination est l'essence du patriciat (Liv., 4, 6, 2; 7, 6, 11; 10, 8, 9).

Il mit en circulation une autre ambiguïté dont la diffusion fut considérable. Les concepts de *gens* et de noblesse furent associés de telle sorte que la propagande nobiliaire ne reconnut de *gens* que patricienne, et fit aux plébéiens le reproche de *gentem non habere* (Liv., 10, 8, 9). Les patriciens, au moment où leur caste s'est fermée, revendiquèrent pour eux seuls le concept juridique de grande famille. Ce faux-semblant fut si habilement présenté que sa perspective historique en trompe-l'œil est encore adoptée de nos jours par certains théoriciens du droit public romain⁸⁴. Pour les patriciens, noblesse du

⁸² Alföldi, *Reiteradel*, a étudié savamment les insignes des cavaliers et souligné leur caractère aristocratique. Une précision nous paraît devoir être ajoutée : il faut distinguer avec soin les insignes de la cavalerie de ceux des ex-magistrats. Deux types d'insignes correspondent à deux aristocraties.

⁸³ Liv., 10, 8, 10, *non de caelo demissos* (thèse plébéienne).

⁸⁴ Voir notamment Kübler dans *RE*, VII, 1181.

sang et *gens* ne faisaient qu'un. Les *gentes* plébéiennes sont une réalité historique que le patriciat ne pouvait contester; il tendait seulement à les dévaloriser en leur refusant la qualification de *gens*. Le prétendu monopole gentilice des patriciens ne dépassa pas le niveau de la propagande, il n'affecta pas le droit. La disposition des XII tables sur la vocation successorale des *gentiles* (V, 5, *si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*) s'applique sans distinction à tous les citoyens, nobles ou plébéiens⁸⁵. La réponse plébéienne fut habile; elle démystifia le patriciat en l'identifiant à l'ingénuité. *Patricius* signifiait, pour les Romains, selon une étymologie fantaisiste, celui qui peut désigner son père (Liv., 10, 8, 10, *qui patrem ciere possent*) c'est-à-dire un père noble dans la conception patricienne, au contraire un père tout court dans la réponse plébéienne (cf. Plut., *Rom.*, 13, 2). Pour les plébéiens, le *patricius* n'est qu'un *ingenuus* (Liv., 10, 8, 10, *nihil ultra quam ingenuos*; thèse de Cincius, plébéien *ap. Fest.*, s.v. *patricios*, 277 L.). Tite-Live place cette thèse dans un discours plébéien. Elle n'a, elle aussi, qu'une valeur de propagande. Les dialectiques, patricienne et plébéienne, ont eu cette heureuse fortune d'avoir moins convaincu les Romains, qui les opposent, que certains historiens qui les promeuvent parfois au rang de réalités historiques.

A côté des thèses de propagande, la tradition conserve quelques traces du critère authentique qui servit au patriciat pour se dénombrer. Elle rappelle, à diverses reprises, que le fondateur d'une *gens* patricienne est le premier de ses membres qui ait revêtu la magistrature supérieure. Alors est dit en clair ce qui n'apparaît, en général, que de façon brouillée. Cicéron (*fam.*, 9, 21, 2) indique que le *princeps* des Papirii fut L. Papirius Mugillanus, consul en 444 av. J.-C. et censeur en 443 (Broughton, I, 53). Avant cette date les Papirii s'étaient distingués par certains sacerdoces particulièrement éminents, cette famille avait eu un *rex sacrorum* en 509 et un Grand Pontife en 449 (Broughton, II, 598), mais jusque là aucun de ses membres n'avait reçu la magistrature supérieure. La qualité de *princeps*⁸⁶ de cette *gens* fut attribuée à celui de ses membres qui y accéda pour la première fois. De même Cicéron (*Brut.*, 53) appelle *nobilitatis princeps* L. Brutus, premier consul de la République en 509, fondateur légendaire à ce titre de sa *gens*. Diverses sources font remonter le patriciat de la célèbre *gens* des Claudii à Attius Clausus (Ap. Claudius), immigré de la

⁸⁵ Cic., *Ver.*, 1, 115. Sur la question, Kunkel dans *Zeit. dr Savigny Stift.*, *Röm. Abt.*, 1956, 313. A cet égard, il convient de rappeler la définition de Cincius chez Fest., s. v. *gentilis* 83 L., « *Gentiles mihi sunt, qui meo nomine appellantur* ».

⁸⁶ On trouve, dans un contexte fort peu clair, l'expression *dux et princeps generis* chez Paul-Fest., s. v. *familia*, 76 L. Denys d'Halicarnasse, 6, 69, 1, dit ὁ ἡγεμὼν τοῦ γένους à propos du fondateur d'une famille, compagnon d'Énée.

Sabine à Rome avec les siens, peu après consul en 495 av. J.-C. (Broughton, I, 13). Tite-Live (10, 8, 6; cf. 2, 16, 5) le qualifie de *princeps nobilitatis*, Suétone (*Tib.*, 1) de *princeps gentis*. En somme, dans les textes qui viennent d'être cités, le personnage appelé *princeps nobilitatis* ou *gentis* est l'ancêtre qui a fait entrer sa famille dans le patriciat, en gérant la magistrature supérieure. Il est remarquable, dans ces textes, que ce *princeps* soit républicain. La généalogie des familles patriciennes signe l'aveu de leur noblesse relativement récente, quand elle désigne comme ancêtre fondateur, fût-il éventuellement truqué, un magistrat des premiers temps de la République. Cicéron (*fam.*, 9, 21, 2) souligne que c'est l'accès à la magistrature supérieure qui anoblit une famille en la personne du premier des membres qui y parvint : *quorum princeps L. Papirius Mugillanus, qui censor cum L. Sempronio Atratinio fuit, cum antea consul cum eodem fuisset, annis post Romam conditam CCC XII.*

Les Romains ont une idée claire du rapport entre *patres* et *patricii* : les *patricii* sont les descendants des *patres* (Cic., *rep.*, 2, 23. *patriciosque eorum* (des *patres*) *liberos*; Liv., 1, 8, 7. *patriciique progenies eorum* (des *patres*) *appellati*; D. H., 2, 8. καὶ ἐκγόνους αὐτῶν (des *patres*) πατρικίον). Les *patricii*, selon l'étymologie romaine, sont ceux qui *patrem ciere possent* (Liv., 10, 8, 10; Plut., *Quaest. Rom.*, 58; ἐκάλουν πατρικίους ... πατέρας αὐτῶν ἔχοντας ἀποδείξαι; cf. Plut., *Rom.*, 13). Autrement dit, ils sont ceux qui peuvent se recommander d'un ascendant noble. L'étymologie véritable paraît tout autre : ou bien *patricius* vient de *patricus* (Walde-Hofman, *Lat. etym. Wörterb.*, II (1954), 263), ou bien il appartient à l'espèce des dérivés en *icius* de noms de magistrats, comme *tribunicius*, *aedilicius* etc. . . (Ernout-Meillet, *Dict. etym.*, s. v. *pater*). Si l'étymologie romaine est fantaisiste, il n'en reste pas moins que *patricius* est formé sur *pater*, et que les *patricii* sont linguistiquement et juridiquement une dérivation des *patres*, comme le déclare la tradition. La noblesse personnelle des *patres* est devenue héréditaire au profit de leurs descendants, les *patricii*. Les deux mots reflètent le passage d'une noblesse personnelle à une noblesse héréditaire; la prédestination propre aux anciens titulaires des auspices s'est étendue, comme une hérédité spirituelle, à leurs descendants, les *patricii*. L'opposition des deux mots *patres* et *patricii* s'est partiellement diluée, quand *patres* en est venu à désigner, en même temps que le groupe des ex-magistrats patriciens, l'ensemble du patriciat.

Au sens pur, *patres* a la valeur potestative qui est le propre du mot *pater* (Ernout-Meillet, *Dict.*, s. v.), par exemple dans *pater patratus*, *pater patriae*, et qui est tellement indépendante de l'idée de filiation que, pour être *paterfamilias*, il suffit d'être *sui juris* en l'absence de toute descendance (D., 1, 6, 4; 50, 16, 195, 2). Le pouvoir des *patres*, ce sont les auspices reçus par l'investiture *auspicato*, mis ensuite en sommeil par le terme extinctif des magistratures républicaines, mais

prêts à renaître pendant la vacance du consulat. Cette réserve de pouvoir est le contenu du mot *patres*; elle légitime le contrôle qu'exercent sur les résolutions populaires, à l'origine sous forme de ratification, ces personnages en qualité de *patres auctores*. Ils sont les protecteurs de la cité : ces anciens titulaires des auspices à l'origine royaux sont en quelque sorte des rois à la retraite, susceptibles de devenir inter-rois par la résurgence des mêmes auspices. Quand les Romains veulent rendre compte du mot *patres*, ils reconnaissent en lui la protection de la cité et des citoyens : Cic., *rep.*, 2, 14, *appellati sunt propter caritatem*⁸⁷ *patres*; Sall., *Cat.*, 6, 6, *ei vel aetate, vel curae similitudine patres appellabantur* (cf. Fest., s. v. *Patres* 288 L.; s. v. *senatores* 454 L.; Vict., *vir. ill.*, 2, 11; Isid., *orig.*, 9, 3, 25, *quod sicut patres filiis ita provideant reipublicae*). Cette valeur potestative du mot est propre au droit public.

Une contamination s'est produite entre le droit public et le droit privé; elle résulta du passage de la noblesse personnelle des *patres* à la noblesse héréditaire de leurs descendants, les *patricii*. Le mot *patres* se prêta à une nouvelle ambiguïté du patriciat. Les Romains lui reconnaissent deux valeurs distinctes, qui cependant se rejoignent. Les *patres* sont, d'une part, le groupe privilégié des sénateurs patriciens auxquels «reviennent» les auspices, en cas de vacance du consulat, et qui apportent leur *auctoritas* aux votes du peuple. Comme tels, on voit en eux, selon le droit public, des protecteurs de la cité, et c'est ainsi que les définissent les textes qui viennent d'être mentionnés. D'autre part, ces *patres*, détenteurs d'une dignité unique en son genre, sont les pères des *patricii*, qui forment leur descendance. Et c'est ainsi que les Romains les définissent concurremment, comme on vient de le voir aussi. Le même mot recouvre deux réalités différentes : en droit public, il qualifie selon son sens potestatif, qui est le plus archaïque, des pères, c'est-à-dire des gardiens de la cité; en droit privé, il s'applique aux mêmes personnages en leur qualité de *paterfamilias*, comme chefs de lignées nobles. L'idéologie du patriciat a étroitement associé ces deux sens et a tendu à les rendre inséparables. Plutarque juxtapose, sans les confondre, les deux définitions des *patres* : ils sont pour lui soit *παίδων γνησίων πατέρες* (*Rom.*, 13, 2), soit *τοὺς πρώτους καὶ δυνατωτάτους* (13, 3). Plutarque met côte à côte l'idée de paternité légitime et celle de puissance et «patronat» (13, 2, *ἀπὸ τῆς πατρωνείας*; 13, 3, *πατρικῇ κηδεμονίᾳ καὶ φροντίδι*). Devant ces acceptions différentes, que lui présente la tradition, il ne cache pas son embarras. L'ambivalence du mot *patres* servit les desseins du patriciat. La noblesse per-

⁸⁷ *Caritas* vise ici l'amour de type paternel que vise également Festus à propos des *patres* : *epit.*, 289 L, *patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes adtribuerant tenuioribus ac si liberis propriis*.

sonnelle des *patres*, reposant sur leur qualité d'ex-magistrats supérieurs, se recommanda de ce terme pour devenir héréditaire. Les mêmes hommes sont à la fois pères de la cité et pères d'une descendance noble, appelée à leur succéder au pouvoir.

Les expressions *patres majorum gentium* et *patres minorum gentium* sont, sans doute, celles qui prêtent le plus à l'équivoque. Elles désignent deux catégories de sénateurs, nettement séparées à l'origine l'une de l'autre (Liv., 1, 35, 6) : les *patres* de la première sont interrogés et expriment leurs *sententiae*, à l'époque archaïque, avant ceux de la seconde (Cic., *rep.*, 2, 35). Cette hiérarchie classe les *patres* d'après le degré d'antiquité de leur noblesse. Cicéron et Tite-Live ne définissent pas autrement les *patres majorum* et *minorum gentium* que comme deux types de sénateurs patriciens, selon que leur noblesse est ancienne ou récente⁸⁸. Ces expressions placent le groupe sénatorial des *patres* dans l'ensemble des *gentes* nobles, *maiores* et *minores*. Leurs termes mettent fortement en évidence qu'au Sénat les *patres* ne doivent pas leur dignité au seul succès de leur carrière, mais à leur appartenance à des familles juridiquement privilégiées. *Patres majorum* et *minorum gentium*, dans ces quelques mots est scellée l'union de la noblesse personnelle du sénateur et de la noblesse héréditaire de sa famille.

L'ensemble des ambiguïtés qui forment l'idéologie du patriciat, n'est pas parvenue à obscurcir la vérité sur ses origines aux yeux des Romains eux-mêmes. Tite-Live a préservé une définition exacte des *patres* et des *patricii* : 1, 8, 7, *Patres certe ab honore, patriciique progenies eorum appellati*. La noblesse personnelle des *patres* et la noblesse héréditaire des *patricii* sont soigneusement distinguées dans ce texte. Les *patres* tirent leur noblesse de la gestion de la magistrature : *ab honore*; les anciens magistrats deviennent « pères » de la cité. Les *patricii* sont leurs descendants, ils héritent de leur noblesse. La magis-

⁸⁸ Voir *infra* sur l'anticipation qui fait remonter à l'époque royale la noblesse des *gentes* patriciennes. Cette anticipation place l'origine des *gentes maiores* sous Romulus et celle des *gentes minores* sous Tarquin l'Ancien (Liv., 1, 35, 6; Cic., *rep.*, 2, 35). La hiérarchie de ces deux catégories de familles repose sur leur ancienneté, mais c'est dans le courant du v^e siècle, selon nous, que se situent les deux temps qui ont fait naître ces deux types de noblesse. Les *maiores gentes* sont vraisemblablement celles qui ont eu accès les premières à la magistrature supérieure; dans une deuxième phase les *minores gentes* y sont parvenues à leur tour. C'est ce que confirme le cas des *Papirii*; ils sont la seule famille dont la présence parmi les *gentes minores* soit attestée (Cic., *fam.*, 9, 21, 2); son premier consul, le *princeps* de sa *nobilitas*, comme l'appelle Cicéron, date seulement de 444; leur noblesse n'apparaît avec lui que dans la deuxième moitié du siècle. Quant à l'histoire de la disparition de l'ordre hiérarchique d'interrogation, au Sénat, des membres de ces deux groupes de familles, on ne sait rien.

trature anoblit d'abord ses titulaires, ensuite leurs descendants, en ce sens qu'eux seuls peuvent à leur tour y accéder. La noblesse héréditaire se greffe sur la noblesse personnelle. En quelques mots, la définition enregistrée par Tite-Live⁸⁹ résume le processus par lequel le patriciat se constitua en caste.

Les Romains exposent des vues contradictoires sur les origines du patriciat. Quand il leur arrive, à propos de l'arbre généalogique de diverses familles, de lui assigner comme base l'ancêtre qui a reçu le premier la magistrature supérieure, et de reconnaître en lui le *princeps nobilitatis* de sa lignée, ils s'en tiennent à l'origine républicaine du patriciat; et, s'il se peut que cet ancêtre soit éventuellement fictif, la fiction prend alors pour modèle les arbres généalogiques authentiques. La leçon que donne l'histoire des grandes familles, s'exprime en raccourci dans la définition rapportée par Tite-Live : *patres... ab honore*. Cependant, les Romains ont beau savoir que la caste patricienne s'est formée au premier siècle de la République, ils ne reculent pas devant la tentation de lui attribuer en bloc une origine royale. Ils cèdent ici comme ailleurs à la manie de l'anticipation. Les titres de noblesse sont antidatés. Ainsi Attius Clausus (Ap. Claudius), fondateur de la *gens Claudia*, consul en 495, devient selon une autre tradition un contemporain de Romulus (Suet., *Tib.*, 1).

Qu'on y prenne garde, le visage que les Romains prêtent à la noblesse au temps des rois, n'est pas celui qu'a imaginé la théorie dite gentilice. Dans la tradition romaine, les *gentes* nobles ne sont pas des seigneuries avec lesquelles le roi doit compter; et la noblesse n'est pas une donnée originaire, primordiale, préétatique. Les Romains voient les choses tout autrement; pour eux, qui dit noblesse dit anoblissement; c'est le roi qui anoblit, il le fait par la *lectio senatus* : le nouveau sénateur devient noble. La noblesse ne trouve pas son fondement en elle-même, elle est un don du roi. Deux grandes *lectiones*, celle de Romulus et celle de Tarquin l'Ancien, fixèrent le personnel nobiliaire, et cette noblesse créée par le roi se voit attribuer d'emblée une valeur héréditaire. Telle est la thèse romaine⁹⁰. Elle ne fait aucune place à de prétendues principautés gentilices. Elle a une part de vérité, en ce sens que les sénateurs de la période royale sont les membres les plus

⁸⁹ Voir *infra* sur la déformation que Tite-Live a fait subir à cette définition, qu'il a empruntée à une source excellente.

⁹⁰ Liv., 1, 8, 7; 1, 35, 6; Cic., *rep.*, 2, 14; 2, 35. Dans cette thèse, c'est le roi qui confère le nom de *patres* à la noblesse sénatoriale : Cic., *rep.*, 2, 23... *quibus ipse rex tantum tribuisset, ut eos patres vellet nominari patricosque eorum liberos*. L'anoblissement par acte royal d'entrée au Sénat apparaît dans d'autres textes : Liv., 1, 49, 6; 1, 30, 2; 4, 4, 7; Fest., s. v. *senatores*, 454 L.; Plut., *Rom.*, 13. Cf. Suét., *Aug.*, 2 (imprécis).

éminents de l'aristocratie. Mais elle est fausse, quand elle place sous la royauté le dénombrement à peu près définitif des grandes familles. Il est encore flottant au cours du V^e siècle; seules les familles qui purent assurer la réélection de leurs membres à la magistrature supérieure, restèrent nobles, les autres, avons-nous vu, retombèrent dans la plèbe. La caste patricienne s'est dénombrée et s'est fermée au V^e siècle d'après le critère de la gestion de la magistrature supérieure. C'est lui qui fournit le *princeps nobilitatis*, le premier magistrat de la famille, fondateur de sa noblesse. C'est lui qui, par le jeu de réélections répétées au profit de la même famille, marque son inclusion définitive dans le patriciat. La République s'est créé sa noblesse sous la qualification de *patres*, qu'elle donne aux ex-magistrats supérieurs. La magistrature anoblit ses titulaires, elle anoblit aussi leurs familles, quand celles-ci parviennent à aligner plusieurs ex-magistrats. L'anticipation convertit ce patriciat républicain en patriciat royal. Elle substitue un critère de noblesse à un autre. Le critère royal imaginé pour les besoins de la cause : l'accès au Sénat par le choix du roi est une imitation du critère républicain. Dans cette fausse perspective, l'anoblissement par acte royal de nomination des sénateurs remplace l'anoblissement républicain par la gestion de la magistrature supérieure.

Certes, le Sénat royal comme le Sénat républicain avait une composition aristocratique. Mais il faut distinguer avec soin une aristocratie de fait d'une noblesse de droit. Celle-ci est une nouveauté républicaine qui coupe le Sénat en deux, en séparant les *patres* des *conscripti*. Cette division du Sénat est propre à la République, comme le souligne énergiquement la tradition. Elle permet de vérifier qu'à elle seule l'appartenance au Sénat n'anoblit pas : les *conscripti* restent plébéiens. Le patriciat trouve, dans la constitution républicaine, le critère qui le distingue du reste des citoyens et l'isole dans une caste fermée non seulement en fait, mais en droit. Telle est l'innovation qu'apporte la République dans la structure sociale de la cité. Les *patres* forment un groupe juridiquement privilégié, parce qu'ils ont reçu et géré les auspices de Rome à la manière des rois. Paradoxalement la République, par suite de l'annalité de la magistrature, a donné naissance à un nouveau type d'hommes d'Etat qui sont, si l'on peut dire, des rois honoraires. La caste patricienne est un produit du droit républicain. L'aristocratie qui la précède à l'époque royale n'est pas marquée, comme elle, du signe jupitérien qui confère les auspices de l'Urbs. Entre l'aristocratie au temps des rois et le patriciat républicain s'interpose une discontinuité juridique⁹¹.

⁹¹ Dans une précédente étude, nous avons montré qu'à l'époque royale il n'y a pas d'*interrex* politique, mais seulement un *interrex* sacré (Rev. ét. lat., 40, 1962,

Sans doute aussi une discontinuité terminologique. Selon la valeur potestative du mot *pater*, l'expression *patres* qualifie l'autorité charismatique qui survit, chez les ex-magistrats supérieurs, à la durée de leur charge, assure l'intérim du pouvoir en période interrègne, ratifie les votes populaires. Au terme de leur fonction, les ex-magistrats retiennent, de la bénédiction jupitérienne de leur investiture, une tutelle providentielle de la cité. C'est elle qui s'exprime dans le terme *patres*. Le Sénat royal n'avait aucune raison d'être qualifié de la sorte. Ses membres n'ont pas détenu les auspices de Rome, dont le manquement est le propre du roi. Ils ne sont porteurs d'aucun charisme, d'aucune prédestination, d'aucune autorité tutélaire. Ce ne sont que des conseillers.

Dans le but de rendre plus archaïque la noblesse patricienne, l'anticipation qui la fait remonter à l'époque royale, efface trompeusement les différences entre le Sénat des rois et le Sénat républicain. Les sénateurs deviennent des *patres* par la grâce du roi, c'est lui qui leur fait don de cette qualification (Cic., *rep.*, 2, 33 *ut eos patres uellet (rex) nominari patriciosque eorum liberos*), le patriciat apparaît comme une création artificielle de la royauté, qui en dénombre limitativement à son gré le personnel (Liv., 1, 49, 6). Cette falsification maladroite fait dépendre de la seule faveur royale un titre de noblesse, que la République reconnaît dans l'investiture jupiterienne des magistrats supérieurs. L'anoblissement par le roi est substitué à l'anoblissement par la collation des auspices. Dans le *de Republica* de Cicéron et chez Tite-Live l'anticipation revêt l'aspect d'un système. Elle conduit Tite-Live à dénaturer la définition du patriciat, qu'il emprunte à une source rigoureusement exacte : *patres . . . ab honore* (1, 8, 7). Cette proposition lapidaire identifie les *patres* avec les ex-magistrats. Tite-Live falsifie ce témoignage en le présentant à propos du Sénat de Romulus. *L'honor* qui anoblit est, moyennant ce déplacement historique, non plus la magistrature républicaine, mais la qualité de sénateur conférée par le roi. Une définition vraie devient fausse par anticipation; l'anoblissement républicain qui est authentique fait ainsi place à l'anoblissement royal qui est une légende.

Mettre au compte de la royauté le patriciat qui est une création de la République, c'est fausser plus encore l'histoire de la République que celle de la royauté. Ce n'est pas seulement refuser à la République l'originalité d'avoir multiplié, par l'annalité du pouvoir les hommes providentiels qui forment dans la cité le groupe suréminent des

222). Les avènements des rois étrusques à l'époque historique ne font pas intervenir d'interroi, comme cela ressort de Cicéron au *de Republica* et de Tite-Live. L'*interrex* sacré de la période royale est un substitut du roi au moment du *regifugium*, d'après l'hypothèse que nous avons présentée.

patres; c'est effacer la profonde continuité des deux premiers siècles de l'époque républicaine. Chacun voit apparaître une noblesse; le V^e le patriciat, le IV^e la noblesse patricio-plébéienne, la première noblesse de droit, la seconde noblesse de fait. Malgré leurs différences, ces deux noblesses ont la même source, la gestion de la magistrature supérieure.

DE L'«AUCTORITAS PATRUM» À L'«AUCTORITAS SENATUS»

Sommaire. – L'*auctoritas patrum* est un complément de validité donné aux résolutions populaires, avant l'apparition de la souveraineté populaire. C'est une institution archaïque, comparable à l'*auctoritas tutoris* ou à l'*auctoritas* de l'aliéneur. Elle ne concerne pas les plébiscites. Autre chose est l'*auctoritas senatus* qui est une autorité morale. On montre comment cette deuxième expression dérive de la première.

Dans un mémoire justement célèbre, Heinze¹ a inventorié les principaux aspects de l'*auctoritas* et tenté de retracer l'histoire du mot. Ce mémoire ouvrit la voie à la recherche et fut le point de départ d'une vaste efflorescence d'études sur cette idée mère de la pensée romaine, qui n'a pas d'équivalent dans le monde grec. La version grecque des *Res Gestae Divi Augusti* au chapitre 34 ne trouve pas de traduction satisfaisante. De nos jours, l'espoir d'identifier un concept unitaire à la base de tous les aspects de l'*auctoritas* a toujours été déçu. Il n'y a pas de commune mesure entre l'autorité morale du sénat, des prudents ou du prince, et les emplois du mot qui se rapportent au rôle ponctuel d'un *auctor* qui valide une activité étrangère, par exemple celle du pupille grâce au tuteur. Autre chose est un pouvoir d'abord simplement moral mais sur la voie de devenir contraignant, comme ce fut le cas de l'*auctoritas* du sénat² à l'époque medio-républicaine; autre chose est le complément de validité qu'un *auctor* conformément à l'étymologie du mot (*augere*) apporte à l'acte d'autrui. Le tuteur autorise l'acte de l'incapable. On parle aussi d'*auctoritas patris* à propos de l'autorisation que le *paterfamilias* donne au mariage d'une personne en puissance. L'*auctoritas* du *mancipio* dans est l'assistance qu'il apporte en justice à l'acquéreur au cours du pro-

¹ Ce mémoire paru dans la revue *Hermès*, 1925, p. 348 ss., est reproduit dans Heinze, *Geist des Römertums* (1960) p. 43 ss. Récemment sur le thème de l'*auctoritas* en général, Fabbrini, *Auctoritas, potestas e iurisdictio*, dans *Atti del colloquio romanistico-canonistico* (Roma, 1979) p. 150 ss.

² Je n'adhère pas à la tendance actuelle qui cherche à accroître l'importance du sénat à l'époque archaïque; sur ce point, Kunkel, *ANRW*. 1.2 (1972) p. 3-22.

cès en revendication qui l'oppose à un tiers³. Il est moins sûr qu'il faille appeler aussi *auctoritas* dans le transfert libral l'acquiescement tacite que l'aliénateur donne à l'appréhension de la chose par l'acquéreur. Dans la vie politique, les *patres auctores* apportent leur ratification au vote des comices. Dans tous ces cas, *l'auctoritas* est l'intervention par laquelle un *auctor* ou des *auctores* assurent (selon qu'ils autorisent, assistent ou ratifient), la validité de l'entreprise d'autrui, qu'il s'agisse d'un acte juridique, d'un procès ou même d'un vote populaire. Entre ces manifestations qui revêtent des aspects précis et le pouvoir moral du sénat, des prudents, d'Auguste, il n'y a pas d'identité.

Auctoritas tutoris ou *patris*, *auctoritas* de l'aliénateur, *auctoritas patrum* remontent au droit archaïque et poursuivent ensuite une carrière autonome à partir d'un point de départ commun : le supplément de valeur juridique que *l'auctor* ou les *auctores* apportent à une opération qui ne se suffit pas à elle-même, fût-ce une résolution populaire. A la rigueur, pour tous ces cas on peut parler de concept unitaire malgré la diversité des applications. Mais, lorsque par *auctoritas* il faut entendre un pouvoir moral, qui se manifeste par des conseils, même si la chose est ancienne, l'emploi du mot est récent et correspond à la formule de Plaute : *quid mihi auctor es?* « que me conseilles-tu ? » *L'auctoritas senatus* comme pouvoir de haute direction politique, n'est pas une expression archaïque et appartient à l'ère plus récente de la prépondérance sénatoriale au sein de la constitution. Par contre, *l'auctoritas patrum*, comme ratification des votes comitiaux, est aussi ancienne qu'eux, c'est-à-dire que la République. Toutefois il serait étrange qu'entre *auctoritas patrum* et *auctoritas senatus* il n'existât aucune connexité et que ces deux emplois distincts du même mot à propos de la haute assemblée ne se rejoignent que par l'effet du hasard. *L'auctoritas senatus* gouverne l'état et *l'auctoritas patrum* contrôle les résolutions populaires. La parenté entre les deux choses mérite d'être précisée malgré leur opposition. Et il y a lieu de se demander si l'autorité morale du sénat n'a pas été extraite selon une filiation verbale, qui est restée cachée, de l'approbation des lois et des élections⁴.

³ Girard, *Mélanges* II p. 8, 213, 280; Kunkel, *Römisches Recht* (1935) p. 92 n. 4; p. 134 n. 1, où l'on trouve une critique de la célèbre théorie de De Visscher sur la question, *RHD.* 4^e série 12 p. 603 ss.; cf. Sargenti *Studi Betti* (1962) IV p. 26 s. et la mise au point d'Ankum, *Atti dell'Accademia romanistica Constantiniana*, 3^e Convegno 1977 (Perugia 1979) p. 1 ss.

⁴ Sur *l'auctoritas patrum* les études fondamentales sont : Mommsen, *Staatsrecht* III p. 1037 ss.; Willems, *Sénat* II p. 33 ss.; Biscardi, *BIDR.* 1941 p. 401 ss.; Guarino, *St. Solazzi* 1949 p. 21 ss. Dans l'ensemble de la production plus récente, voir Bleicken *Lex Publica* (1975) p. 294 ss. – Mannino, *Auctoritas Patrum* (1979).

I

Depuis Mommsen, l'identification des *patres auctores* est un point acquis, sur lequel on ne peut pas revenir sans faire subir à la recherche une régression intolérable : ils sont le groupe des sénateurs patriciens que l'on voit opérer également à part dans la procédure de l'interrègne. *Auctoritas patrum* et *interregnum* sont deux institutions qui à l'époque historique reviennent toujours aux *patres*, selon un monopole qui ne leur a pas été oté. Pour l'interrègne, aucun doute. Et pour *l'auctoritas patrum*, on n'aurait jamais dû en soulever un. Cicéron (*de domo* 38) déclare que si le patriciat venait à s'éteindre il n'y aurait plus de *patres auctores*, et il range leur *auctoritas* dans la liste des privilèges patriciens. Tite-Live (6.41.10) fait de même dans un discours de pareille inspiration, qu'il place à la veille des réformes liciniennes. A propos de la ratification des votes comitiaux, la mention des *patres* est technique comme à propos de l'interrègne, sans qu'il y ait de confusion avec le sénat patricio-plébéien. Il arrive parfois dans un style relâché que au lieu de *patres* on dise *patricii* avec un accent de lutte de classes qui n'apporte aucune clarté supplémentaire⁵.

La physionomie juridique de ces *patres* ou sénateurs patriciens par opposition aux mystérieux *conscripti*, eux aussi fort anciens d'après la tradition mais plébéiens, éclaire le fonctionnement des deux institutions conjointes de l'interrègne et de *l'auctoritas*. Ce qui importe, c'est le critère qui assure le dénombrement des *patres*. Il n'est pas le même sous la royauté et la République. Du temps des rois, comme je l'ai montré ailleurs, les *patres* sont des chefs de clan qui disposent d'une clientèle : les clients sont dits *liberi* et par là même réputés fils des *patres*, selon une filiation fictive qui assure leur liberté⁶. Il est bien connu qu'à l'époque archaïque la liberté puise sa source dans la filiation. Pour être libres, les clients passent pour être fils de leurs patrons. Le même mot *liberi* désigne les hommes libres et les enfants. La tradition a recueilli le souvenir de la parenté imaginaire qui fait descendre les clients de leurs maîtres : Fest. 288.17 L (v. *patres*) *perinde ac liberis*. En somme, les *patres* sont ceux qui ont une clientèle, donc une milice privée. Leur puissance fait d'eux les membres de droit du sénat, où chacun mesure sa puissance par rapport aux autres d'après l'importance de sa clientèle. Le roi les domine tous, parceque il dispose de l'armée

⁵ Liv. 6.42.10; Sall. *Hist.* 3.48.15; Gaius, 1.3; Mommsen, *Staatsrecht* III, 1037 n. 1.

⁶ Magdelain, *REL.* 49 p. 107 ss.; CRAI, 1979, p. 712 ss.

publique. L'épisode des Fabii au Crémère montre la persistance des milices privées encore au début de la République.

Mais dès avant les XII tables, le critère de la noblesse a changé. Ce n'est plus tellement le patronat, qui n'assure plus qu'une distinction de fait. Pour être noble désormais, il faut appartenir à une lignée qui possède un ancien consul⁷. Au moment du décemvirat, presque toutes les familles patriciennes ont eu accès à la magistrature supérieure⁸. Le charisme des *auspicia maxima*, issus des auspices royaux, marque d'un signe jupitérien leurs titulaires et assure leur noblesse et celle de leur descendance. La patriciat n'a plus guère comme critère la clientèle mais le maniement des auspices par un ascendant. La République, en quelques décennies, se dote d'une aristocratie de droit qui puise ses titres dans la gestion de la magistrature. Le paradoxe du nouveau régime est d'avoir propagé au sein d'un groupe de familles le charisme des auspices publics, qui avaient été autrefois le monopole des rois.

Au sein du sénat, les consulaires et assimilés forment un groupe privilégié. Au milieu des *patres* de la haute assemblée, ils sont les *patres* par excellence; le mot connaît au premier âge républicain une gradation qui va de l'ensemble des sénateurs patriciens au groupe des consulaires. Ceci apparaît clairement à propos de l'interrègne. Seuls les consulaires peuvent être interrois, parceque seulement en leur personne renaissent les auspices dont ils ont été précédemment titulaires au cours de leur charge. C'est ce que traduit l'adage: «*auspicia ad patres redeunt*». Ces *patres* sont les consulaires. Eux seuls bénéficient de la résurgence des auspices, comme le vérifie la liste des interrois. L'adage met en lumière une catégorie restreinte de *patres* qui l'emportent sur tous les autres parceque ils ont détenu *l'imperium* le plus élevé et les *auspicia maxima*.

On est d'accord pour admettre que les *patres auctores* sont le même personnel que les *patres* de la procédure de l'interrègne. Eux seuls, par opposition aux *conscripti*, ratifient le vote des comices et fournissent les interrois. Mais ces deux privilèges n'appartiennent pas à la totalité des sénateurs patriciens, ils reviennent à la fine fleur du sénat, les consulaires de race patricienne. Ce qui est vrai de l'interrègne, l'est aussi de *l'auctoritas patrum*. Dans un cas comme dans l'autre, les anciens titulaires du pouvoir interviennent en vertu de leur charisme, en leur qualité de personnages marqués de la bénédiction jupitérienne que confère l'investiture auspiciale de la magistrature supérieure. Ce sont eux les *patres* au sens exquis du mot.

⁷ Magdelain, *Hommages à J. Bayet* (1964) p. 450 ss.

⁸ Ranouil, *Recherches sur le patriciat* (1975) p. 45 ss.

Depuis longtemps des interprètes avisés⁹ de l'*auctoritas patrum* ont pressenti en elle un aspect sacré qui restait à définir. Il ne réside pas dans l'acte par lequel elle est octroyée, c'est un acte politique qui ne relève pas du droit sacré. C'est d'une autre source que la ratification des résolutions comitiales tire son potentiel mystique. Elle procède de personnages charismatiques qui, à la manière des anciens rois, ont reçu les *auspicia maxima*, c'est un signe qui les accompagne toute leur vie à travers la dignité du consulariat. Ces auspices qui en cas d'interrègne peuvent renaître entre les mains de leurs anciens titulaires, restent latents en temps ordinaire et justifient la position éminente que les consulaires occupent dans la cité. C'est comme élus de Jupiter que les *patres* apportent leur *auctoritas* aux résolutions comitiales, mais cet octroi ne s'accompagne d'aucune cérémonie religieuse.

Un épisode constitutionnel de l'année 367 permet de vérifier qu'à cette date les *patres auctores* n'étaient parmi les sénateurs que les consulaires et assimilés. Au moment des réformes liciniennes¹⁰, réalisées par voie d'accord avec le sénat, les ultras refusent de ratifier les élections consulaires, dont est issu le premier consul plébéien : Liv. 6.42.10 « *quia patricii se auctores futuros negabant* ». Pour vaincre cette opposition, le sénat dans son entier par voie de sénatusconsulte invite les *patres* à donner leur *auctoritas* : 6.42.14 « *factum senatusconsultum ut . . . patres auctores omnibus eius anni comitiis fierent* », aussi bien à l'élection qui vient d'avoir lieu qu'à celles qui doivent suivre (du premier prêteur et des premiers édiles curules). Il n'y a pas à douter de l'authenticité de cette périphrase ; un sénatusconsulte est un acte officiel qui a naturellement accès à la chronique pontificale. Mais pour ceux qui pensent que les *patres auctores* étaient la totalité des sénateurs patriciens, l'anecdote n'a aucun sens. Les sénateurs plébéiens étaient à cette date peu nombreux, et on ne conçoit pas qu'ils aient pu, au sein du sénat patricio-plébéien, former une majorité capable de contraindre les sénateurs patriciens à ratifier les élections. Tout devient clair, si les *patres auctores* sont les seuls consulaires patriciens, ils ne forment dans la haute assemblée qu'un groupe aussi restreint que privilégié. Et c'est à ce groupe récalcitrant que le sénat dans son entier, après son accord avec les sénateurs plébéiens, adresse l'invitation de ratifier les élections qui ont eu et auront lieu¹¹.

⁹ Biscardi, p. 459 ; Lübtow *Das r. Volk* (1955) p. 245.

¹⁰ Sur ces réformes, Guarino *Rivoluzione della plebe* (1975) p. 326 ss.

¹¹ Sur cette *auctoritas* anticipée, Mommsen, *Staatsrecht* III p. 1039 n. 3, 1042 n. 1 ; Siber, *R. Verfassungsrecht* (1952) p. 58. A s'en tenir à la lettre de Tite-Live, seule l'élection consulaire précéda le refus de l'*auctoritas*.

Toutes ces considérations sont commandées par l'adage : «*auspicia ad patres redeunt*»; et s'il est vrai que la qualité d'interroi est restée presque jusqu'à la fin de la République un privilège des consulaires patriciens, il est moins sûr qu'on ait jusqu'alors respecté la pureté des principes pour *l'auctoritas patrum*. A l'époque de Cicéron (*de domo* 38) et encore de Tite-Live (1.17.9 «*hodie ... vi adempta*») elle survit mais est complètement dévitalisée, et il faut alors compter avec l'éventualité qu'elle dépende de tous les sénateurs patriciens. L'imprécision des textes qui parlent de *patricii* (Sall. *hist.* 3.48.15; Gaius 1.3), suggère que *l'auctoritas* avait cessé d'être l'affaire des consulaires des anciennes *gentes*.

Tant que l'on fait remonter la souveraineté populaire au premier âge républicain, on n'a pas été en mesure de donner une explication satisfaisante de *l'auctoritas patrum*. Si le peuple est souverain, il se passe fort bien pour ses résolutions de la ratification des *patres*. C'est pourquoi on a été conduit à parler d'un simple contrôle de constitutionnalité. Il s'agirait uniquement de vérifier que la loi ou l'élection n'est pas entachée d'un vice justifiant sa cassation. On ajoute que ce vice, peut-être auspicial, a pu intervenir au cours de la procédure comitiale. A ce point, on s'égare totalement, parceque à partir du moment où *l'auctoritas* en vertu des lois Publilia (339) et Maenia (du début du III^e siècle) est devenue préalable à la résolution populaire, elle ne peut exercer aucun contrôle sur une procédure qu'elle précède. L'idée de nomophylakie doit être repoussée aussi énergiquement que celle d'examen d'opportunité. Ce sont là des conceptions modernes, et on admire les trésors d'ingéniosité qui ont été dépensés pour savoir, chaque fois qu'il est question d'*auctoritas patrum*, si les *patres* avaient en vue le respect de la constitution ou l'intérêt de la cité. Les choses sont beaucoup plus simples. Les résolutions d'un peuple non souverain n'ont pas en elles mêmes leur propre fondement et elles doivent le chercher ailleurs. Elles le trouvent dans *l'auctoritas patrum*. Le charisme des *patres*, porteurs du signe jupitérien des *auspicia maxima*, confère à travers l'octroi de *l'auctoritas* aux résolutions populaires la validité qui leur fait défaut. Les anciens titulaires des auspices apportent par leur ratification aux votes comitiaux l'empreinte de la légitimité. A la manière de *l'auctoritas tutoris*, qui s'ajoute à l'acte de l'incapable, et comme celle de l'aliénateur, qui vient en justice corroborer contre un tiers l'affirmation de l'acquéreur, *l'auctoritas patrum* fournit aux résolutions populaires le complément de validité qui les rend définitives.

En principe, les *patres* peuvent aussi bien rejeter que confirmer le vote des comices. Le rejet équivaut à une cassation : les *patres* sont les *reprehensores comitiorum*, dit à propos des élections Cicéron (*pro Plancio* 8). Ailleurs il fait dépendre au début de la Répu-

blique l'efficacité de tout vote populaire de la ratification qui le suit : *rep. 2.56* «*populi comitia ne essent rata, nisi ea patrum approbavisset auctoritas*». Ce pouvoir n'est discrétionnaire qu'en apparence, dans la pratique son maniement ne fut pas arbitraire. La menace de cassation¹² ne fut brandie que pour des motifs sérieux, comme par exemple l'inaptitude auspiciale d'un plébéien à devenir consul (*supra*). C'est cette modération qui a fait parler de nos jours de nomophylakie. Mais c'est un trompe-l'œil. *L'auctoritas patrum* servit moins à casser les lois entachées d'un vice qu'à effacer celui-ci¹³. En confirmant l'élection des consuls plébéiens, les *patres* confirmaient un vote que condamnait le droit augural. En 357, la *lex Manlia de vicesima manumissionum*¹⁴ fut votée *tributum* loin de Rome *in castris* à Sutrium à l'abri de l'intercession tribunitienne (Liv. 7.16.7). Cependant ajoute Tite-Live : «*patres, quia ea lege haud parvum vectigal inopi aerario additum esset, auctores fuerunt*». L'intérêt du trésor l'emporta sur le respect du droit. *L'auctoritas patrum* valida une loi vicieuse. Habituellement la fonction des *patres auctores* est de donner au vote comitial l'efficacité juridique qu'à lui seul il n'a pas. Si le vote est contraire au droit, *l'auctoritas patrum* sert, en outre, à couvrir l'irrégularité.

Lorsque le peuple dans les comices calates n'émet aucun vote et se borne à prêter son assistance, par exemple à l'inauguration des flamines majeurs, aucune ratification n'intervient. De même, lorsque le magistrat supérieur procède seul à un acte politique, si important soit-il, comme la *dictio* d'un dictateur, les *patres auctores* ne s'en mêlent pas¹⁵. Leur *auctoritas* n'a rien à voir avec l'activité des magistrats. Et dans la procédure comitiale archaïque il n'y aurait pas de pire erreur que de croire que les *patres* apportent leur support à la proposition du président de l'assemblée. Ils ne la promeuvent pas : *l'auctoritas* est donnée après le vote de l'assemblée, et c'est lui, non la *rogatio*, qu'elle ratifie. Cependant, vers la fin de la lutte des deux ordres à la suite de réformes démocratiques, *l'auctoritas* est anticipée. Et c'est seulement alors qu'elle se rapproche, sans se confondre avec lui, de l'avis préalable du sénat qui met en mouvement un projet de loi.

¹² Mommsen *Staatsrecht III* p. 1041 n. 1.

¹³ Biscardi, p. 424, 431.

¹⁴ De Martino, *Labeo* 1974 p. 180 ss. propose de postdater cette affaire; sur ce point Guarino, *Atti Accad. d. Sc. morali e Polit. de Naples*, 92 (1981) 192.

¹⁵ Siber, *Fest. Boehmer* (1954) p. 22 ss. suppose à tort que les *patres* ont confirmé certains actes du consul.

II

Les deux fonctions du sénat, le *consilium* et l'*auctoritas*, ne se confondent pas. Le *consilium* est donné aux magistrats avant qu'ils n'entament leur action. L'*auctoritas* suit le vote du peuple. Le moment n'est pas le même, et dans le premier cas c'est aux magistrats que s'adresse le sénat dans son entier, alors que dans le second seuls les *patres* contrôlent le vote comitial. Le vocabulaire aussi est différent. A propos des avis du sénat le terme officiel est *censere*. Au contraire, au sujet de la ratification par les *patres* on dit : *auctores fiunt*. L'expression est technique et revient avec régularité¹⁶; elle est passée dans le vocabulaire législatif, par exemple dans la loi Publilia de 339 : Liv. 8.12.15 «*ut legum, quae comitiis centuriatis ferrentur, patres ante initum suffragium auctores fierent*». Ce langage n'est pas limité à l'intervention des *patres*, on le retrouve dans toutes les formes d'*auctoritas* dont l'origine remonte au droit archaïque. Le tuteur dit «*auctor fio*»¹⁷. Au cours du procès en revendication qui oppose un tiers à l'acquéreur par mancipation, celui-ci somme *in iure* l'aliénateur de se déclarer *auctor* : «*quando in iure te conspicio, postulo anne fias* (manuscrit *far*) *auctor* (Val. Prob. 4.7). Girard¹⁸ a fort bien compris qu'il n'est pas demandé au *mancipio* dans s'il a été *auctor* au moment du transfert, mais de se porter *auctor* à présent dans le procès pour secourir l'acquéreur contre son adversaire. C'est ce qui s'appelle *auctoritatem praestare*. A la question : «*anne fias auctor*», qui dicte presque comme dans une stipulation mot pour mot à l'interlocuteur sa réponse, il ne paraît pas douteux que l'aliénateur répond. «*auctor fio*». Ce faisant, il consolide en justice la position de l'acquéreur et lui apporte sa garantie.

Dans la procédure de l'*auctoritas patrum*, il est hors de question que soit employé le vocabulaire du *consilium*; ce n'est pas un avis qui est demandé aux *patres*, mais une ratification. A la question qui leur est posée, la réponse ne peut pas être donnée, comme pour un sénatusconsulte, sous la forme d'un «*censeo*» ou «*adsentior*», comme s'il s'agissait d'une simple opinion plus ou moins contraignante. La ratification des *patres* apporte au vote comitial une validité définitive, et c'est sans doute dans la langue de l'ancien droit qu'elle s'exprime. L'insistance avec laquelle nos sources emploient la tournure : *patres auctores fiunt*, laisse supposer qu'elle est empruntée à la langue officielle du sénat. Ce que cette expression signifie, c'est que les *patres* interrogés ont répondu individuellement : «*auctor fio*». Le style de

¹⁶ Schwegler, *R. Geschichte* II, p. 158 n. 2 a groupé les textes.

¹⁷ Kaser, *R. Privatrecht* I (1971) p. 87.

¹⁸ *Mélanges* II p. 9 ss.

l'annalistique apparaît ainsi comme le décalque de la procédure sénatoriale. S'il en est bien ainsi, *l'auctoritas* du tuteur, de l'aliénateur et des *patres*, s'exprime à travers une seule et même formule, qui porte la marque de l'archaïsme. Dans tous les cas où *l'auctoritas* remonte aux temps anciens, il est régulièrement question *d'auctorem fieri*; l'explication la plus rationnelle de cette concordance, c'est que ces mots ne se bornent pas à décrire le comportement de tous ceux qui jouent ce rôle, mais sont la transposition de leur propre langage, lorsqu'ils apportent expressément leur appui à une activité qui ne peut s'en passer.

Si ces remarques sont exactes, il faut renoncer à voir dans le formulaire bien connu de la consultation du sénat à l'occasion de l'entrée en guerre chez Tite-Live 1.32.11-12 un document sur la procédure de *l'auctoritas patrum*¹⁹. C'est le sénat dans son entier qui est consulté après l'échec de la *repetitio rerum* des fétiaux. Aucune loi préalable n'est mentionnée, qu'il s'agirait de ratifier. Il serait étrange qu'une telle loi pût être sous-entendue à l'instant même où le fétial constate que sa réclamation est restée sans effet : le législateur serait déjà entré en action avant l'expiration du délai laissé à l'ennemi. Pour cela, on a dû supposer que toute la procédure internationale décrite par Tite-Live est purement formelle et qu'il y a eu auparavant des tractations effectives et le vote d'une loi *de bello indicendo*. Il est bien difficile de prêter tant de sous-entendus à ce texte : après une *repetitio* non formelle suivrait la *repetitio* rituelle des fétiaux, puis après son échec la prise à témoins des dieux par le *pater patratus* et alors seulement la loi précédemment votée serait ratifiée par les *patres* en vue de la déclaration de guerre solennelle par le jet d'une lance. Il est singulier de croire que Tite-Live ait passé sous silence l'existence d'une loi pour ne parler que de sa ratification, ce serait dépasser les limites habituelles de sa méthode cursive. Lorsque l'ennemi n'a pas donné satisfaction dans le délai voulu, le fétial lui annonce en termes rituels que le sénat sera consulté sur la suite à donner. A quoi servirait la délibération de la haute assemblée sur la conduite à tenir, si le peuple avait déjà voté la guerre? Au lieu de cela, on suppose que Tite-Live appelle *consultatio patrum* l'octroi de leur *auctoritas*. Il faut un optimisme singulier pour croire que l'historien a pu recueillir une formule archaïque antérieure à la loi Publilia, en un temps où les *patres auctores* ratifiaient encore les lois après leur vote. En réalité, le vocabulaire de ce formulaire n'est nullement celui de *l'auctoritas* mais du

¹⁹ Nous combattons sur ce point l'opinion de Mommsen, *Staatsrecht*, III. 2, p. 1047 n. 2 (et aussi p. 906 n. 1). La traduction française est infidèle. Voir aussi : O'Brien Moore, *RE*, s. VI (1935) v. *senatus*, 668; Biscardi p. 416 ss.; Mannino p. 111 ss.

consilium : à la question : «*dic quid censes?*» il est répondu : ... «*censeo...*». La consultation que rapporte Tite-Live est celle du sénat avant l'entrée en guerre, les sénateurs sont interrogés sur le choix entre la guerre ou la paix. Aucun des termes du formulaire ne se rapporte à la ratification d'une loi²⁰

Chez Tite-Live 1.32 l'autorisation de la déclaration de guerre par simple sénatusconsulte correspond à la désuétude de la loi *de bello indicendo*. Dans son schéma théorique Tite-Live ne fait précéder le jet de la lance par le fétial par aucune résolution comitiale. Ce vote était tombé hors d'usage²¹. Aussi ne faut-il chercher dans le formulaire de la *consultatio patrum* que reproduit l'historien aucune trace d'*auctoritas patrum*, puisqu'il n'y avait aucune loi à ratifier. Il n'est pas tolérable de transformer, en torturant la langue, un *consultum* en *auctoritas*. Chez l'antiquaire Cincius²² (ap. Gell. 16.4.1), dans la formule de type ancien que prononce le fétial quand il projette sa lance chez l'ennemi, seul est mentionné le *iussus populi* qui autorise ce geste. Au contraire, le formulaire d'*indictio belli* de Tite-Live est rajeuni, il indique une alternative : la déclaration de guerre est ordonnée soit par le peuple soit par le sénat : «*senatusve populi Romani Quiritium censuit, consensit, conscivit, ut bellum cum Priscis Latinis fieret*», dit le texte (32.13) après avoir fait état du vote du peuple. Dans ces *verba* priorité

²⁰ Ogilvie *Commentary on Livy* (1965) p. 133 a bien vu que la réponse du sénateur : 1.32.12 «*puro pioque duello quaerendas censeo, itaque consensio consciscisque*» est un texte dénué de valeur, la facture est archaïsante et copie la langue officielle du courant de la République dans ce quelle a de redondant (SC Bacch. 14 «*neve... coniurasse neve convovisse neve conspondisse neve compromesisse*»). Ce pseudo-archaïsme se retrouve dans le formulaire de déclaration de guerre : 1.32.13 «*senatusve populi Romani Quiritium censuit, consensit, conscivit ut bellum cum Priscis Latinis fieret*». Les manuscrits portent *senatusve* que divers éditeurs transforment à tort en *senatusque* : pour une bonne lecture voir les éditions de J. Bayet et J. Heurgon. Cette incise, absente du formulaire que Aulu-Gelle (16.4.1) emprunte à L. Cincius est du même style que la *sententia* du sénateur : dans les deux textes on trouve la même accumulation des trois verbes : *censere, consentire, consciscere*. C'est le même pédantisme.

²¹ On discute sur la date de la dernière loi *de bello indicendo*. Pour Rotondi, *Leges Publicae*, p. 89 il s'agit en 111 de la guerre avec Jugurtha. Selon Rich, *Declaring War in the R. Republic* (1976) p. 14-17, cette dernière loi aurait été votée en 88 à l'occasion de la première guerre contre Mithridate. Selon Harris, *War and Imperialism in Republican Rome* (1979) la date serait 171 lors de la troisième guerre macédonienne. – Octavien en 32 ressuscite cette procédure comitiale contre Cléopâtre pour donner à la guerre civile contre Antoine les apparences d'une guerre étrangère.

²² A ne pas confondre avec le vieil annaliste Cincius Alimentus, voir Heurgon, *Ath.* 1964 p. 434.

est donnée à la loi, mais c'est une abstraction ; le sénatusconsulte indiqué aussitôt après a la même valeur et seul existe. La formule réformée du fétial correspond à une option théorique que connaît Cicéron (Pis. 49 : «*quando hoc bellum aut hic ordo aut populus suscepit?* 50 : *iniussu populi Romani aut senatus*») et que Tite-Live évoque aussi (4.30.15 «*utrum populi iussu indiceretur bellum an satis esset senatus consultum*»). Le formulaire d'*indictio belli* rénové de Tite-Live a été mal compris et dénaturé de nos jours : on propose souvent de lire *senatusque* au lieu de *senatusve* des manuscrits. A ce compte, puisque le sénat apparaît dans le texte après le peuple, on croit retrouver l'*auctoritas patrum* qui ratifiait en des temps fort anciens le vote préalable de la *lex bello indicendo*. Mais on ne s'avise pas que depuis 339 l'approbation des *patres* précédait le vote comitial. A qui fera-t-on croire que Tite-Live avait eu connaissance d'une formule antérieure à cette date ?

* * *

Le peuple n'ayant pas avant la reconnaissance de la souveraineté populaire une compétence suffisante pour conférer à ses votes une pleine validité, l'*auctoritas patrum* était requise pour tous les types de comices : curiates (Cic. *de domo* 38 ; Liv. 6.41.10), centuriates (Liv. 8.12.15), tributes (7.16.7). Il fallait dans tous les cas qu'elle apportât au vote populaire une confirmation. Mais d'un type d'assemblée à l'autre, la fortune de l'institution fut diverse. L'*auctoritas patrum* survécut pour les comices centuriates, avec cette réserve que cette assemblée vit à partir du III^e siècle sa fonction législative s'effacer, à quelques exceptions près comme pour déclarer la guerre et voter l'investiture des censeurs. Pour les comices curiates et tributes, la ratification des *patres* disparut pour des causes propres à chacune de ces deux assemblées.

Dans l'ancien droit, les curies et le sénat siégeaient simultanément côte à côte. Le *comitium* et la *curia Hostilia* forment un même ensemble architectural, attribué à Tullus Hostilius (Cic. *rep.* 2.31)²³. Les sénatusconsultes républicains portent la mention *in comitio* (FIRA, 1.31, 34, 35), lorsque la séance a eu lieu dans la curie aménagée par ce roi. Autrefois, quand l'assemblée curiate émettait un vote, les *patres* dans la curie voisine le ratifiaient aussitôt²⁴. L'association du *comitium* et de la *curia Hostilia* était destinée à assurer cette simultanéité. L'*auctoritas patrum* disparut pour les comices curiates,

²³ Coarelli, *Parola del Passato*, 1977 p. 166 ss.

²⁴ Je renvoie à mes remarques dans *CRAI*, 1979 p. 705.

quand les *patres* au lieu de se réunir à côté du peuple dans la curie voisine s'intégrèrent dans l'assemblée populaire. Ils omirent dès cette époque de se réunir ensuite séparément. Cette transformation se situe après le plébiscite Ovinien peu antérieur à 312, qui décida que désormais le sénat serait recruté *curiatim* (Fest. 290, 14 L). Cette mesure tendait à éliminer les anciens *patres* de la haute assemblée, puisqu'ils ne figuraient pas dans les curies²⁵, mais siégeaient simultanément à côté d'elles pour ratifier leur vote. En employant un mot anodin en apparence, *curiatim*, on mettait l'ancienne aristocratie, dans son aspect le plus relevé, à la porte du sénat. Les *patres* répliquèrent en entrant dans les curies au nom du suffrage universel. Dès lors, ne pouvant siéger à la fois au *comitium* et à la *curia Hostilia*, ils cessèrent d'apporter leur *auctoritas* aux résolutions curiates. C'est pourquoi elle n'est mentionnée pour ce type d'assemblée que dans les textes théoriques (Cic. *de domo*, 38; Liv. 6.41.10) et jamais dans une hypothèse concrète (sauf pour les élections légendaires des rois).

Cette péripétie constitutionnelle fut favorisée par la décadence des curies. Il n'est même pas question d'elles dans la loi Publilia qui en 339 place l'approbation des *patres* avant le vote des centuries. On se souciait peu alors de la *lex curiata de imperio* et de sa ratification. Après le plébiscite Ovinien, l'*auctoritas patrum* disparut pour les curies, sans qu'on y prit garde, depuis que les *patres*, au lieu d'en assurer la prestation dans la *curia Hostilia*, participaient au *comitium* au vote de l'assemblée. La loi d'investiture des magistrats, tombée au rang de simple formalité, se passa désormais de cette homologation, dont il n'est plus question pour elle. L'image qui prévalut de cette loi est celle d'une résolution populaire dépourvue de la ratification des *patres*. Il n'y a aucune induction à tirer de cette singularité, qui est un produit de l'histoire, en vue d'isoler la *lex de imperio* et en faire une manifestation comitiale unique en son genre : une promesse de fidélité au magistrat. Aux yeux des Romains, elle est, au contraire, une loi comme une autre²⁶.

La loi Publilia ne parle pas non plus des comices tributes, mais pour une autre raison. Son silence sur les curies tient à leur décadence ; les tribus sont omises parce que leur rôle était encore assez réduit. Si en 357 la *lex Manlia* prit la forme d'un vote par tribus, c'est que cette répartition exceptionnelle²⁷ alors pour une loi pouvait être utilisée loin de Rome, à Sutrium, de façon moins choquante que la procé-

²⁵ *Ibid.* p. 706.

²⁶ Sur l'absence d'*auctoritas patrum* pour l'adrogation, voir ma *Loi à Rome*, 1978, p. 85.

²⁷ Siber, ZSS., 1937 p. 269 ss.; cfr. Staveley, *Ath.* 1955 p. 8 ss.

de centuriate inséparable de son emplacement régulier²⁸. *L'auctoritas patrum* servit non seulement à ratifier le vote mais à couvrir son vice constitutionnel. Si plus tard il n'est plus question de cette approbation pour les comices tributes, il semble qu'on ait raison de penser qu'ils en furent affranchis par similitude avec les plébiscites²⁹, votés également *tributim* et valables pour tous depuis la loi Hortensia.

Avant et après cette loi, les plébiscites furent toujours étrangers à *l'auctoritas patrum* qui ne concerne, comme l'avait bien vu Mommsen³⁰, que les résolutions du *populus*. On peut ajouter qu'un plébiscite est aussi incompatible avec la ratification des *patres* que l'élection des tribuns. *L'auctoritas* et les votes de la plèbe appartiennent à deux ordres différents qui n'interfèrent pas. Si avant 286 les *patres* avaient validé certains plébiscites la tradition n'aurait pas eu besoin d'inventer deux lois, une loi Valeria Horatia de 449 et une loi Publilia de 339, reconnaissant avant la loi Hortensia une force obligatoire générale à la législation plébéienne. Ces falsifications eussent été superflues, s'il avait suffi que les *patres* accordent, cas par cas, leur *auctoritas* pour que les résolutions de la plèbe s'imposent aussi aux patriciens.

L'incompatibilité entre plébiscite et *auctoritas patrum* est affirmée par Gaius : 1.3 « *olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent, sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent* ». Gaius ne dit pas que les plébiscites ne liaient pas les patriciens, parcequ'ils ne les avaient pas votés, mais parcequ'ils ne leur avaient pas accordé leur *auctoritas*. Il ne sert à rien de remplacer *quia* par *quae*³¹, et d'imaginer qu'autrefois certains plébiscites avaient pu être validés par les *patres auctores*, alors que d'autres n'auraient pas bénéficié de cette faveur³². Gaius dit clairement qu'aucun plébiscite n'avait eu force de loi avant la loi Hortensia, et Laelius Felix dit la même chose (ap. Gell. 15.27.4 « *donec Q. Hortensius dictator eam legem tulit, ut eo iure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur* »). Aucune place n'est laissée à l'éventualité de plébiscites dotés de *l'auctoritas patrum* avant cette loi. Comme Gaius, Pomponius rappelle que les deux choses ne vont pas de pair : D. 1.2.2.12 *plebiscitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum*³³. Les jurisconsultes d'époque impériale ont sur ce point la même doctrine que les annalistes qui ignorent un plé-

²⁸ Mommsen, *Staatsrecht* I p. 71 n. 1.

²⁹ Biscardi, p. 490, 501.

³⁰ *Staatsrecht* III p. 155 n. 3.

³¹ Voir David-Nelson, *Gai inst. comment.* I (1954) p. 13.

³² Beseler, *Beiträge* IV p. 109; De Martino, *Storia della Costituzione* II (1973) p. 154.

³³ Sur ce texte, Guarino, *Fest. Schulz* I p. 460.

biscite ratifié par les *patres auctores*. Mais la jurisprudence se sépare de l'annalistique en ce que pour les juristes la loi Hortensia est la première à avoir reconnu les plébiscites; ils n'admettent pas comme les annalistes que d'autres lois avant elle en aient pareillement décidé. On sait que ces lois sont légendaires. Les plébiscites qui avant 286 se sont imposés à tout le corps civique patricio-plébéien, ne doivent rien à l'*auctoritas patrum*³⁴; et pour expliquer leur succès on est amené à songer soit à leur pouvoir d'intimidation soit à l'acquiescement du sénat tout entier.

Pour que avant la loi Hortensia certains plébiscites aient pu obtenir la ratification des *patres*, il aurait fallu que les tribuns de la plèbe aient le droit de convoquer à *part* les membres patriciens du sénat et de traiter avec eux. Or ce droit leur fait autant défaut que celui d'appeler au concile de la plèbe la partie patricienne de la cité. Laelius Felix leur dénie ces deux droits: Gell. 15.27.4 «*tribuni autem neque advocant patricos neque ad eos referre ulla de re possunt*». Le juriste veut démontrer que le patriciat est exclu de l'assemblée plébéienne; et pour renforcer sa démonstration, il ajoute qu'au sénat les tribuns n'ont pas le *ius referendi* avec les sénateurs patriciens seuls. Les magistrats de la plèbe ne disposent pas d'une procédure régulière pour demander au groupe des *patres* de ratifier les plébiscites³⁵.

III

On se trompe souvent sur la portée de la loi Publilia de 339 et de la loi Maenia de quelques décennies postérieure; la première pour les lois centuriates et l'autre pour les élections modifièrent le régime de

³⁴ Sur la question, Siber, *RE.* v. *plebiscita*, XXI, 61. Lorsque Salluste dans l'*Oratio Macri* (*Hist.* 3.48.15) parle de *libera ab auctoribus patriciis suffragia*, il ne faut pas sous-entendre qu'avant la loi Hortensia les plébiscites étaient soumis à l'*auctoritas patrum* et que cette loi les en affranchit. Pour l'annalistique, les plébiscites avaient déjà pleine force obligatoire, sans ratification des *patres*, en vertu d'une loi Valeria Horatia de 449 et d'une loi Publilia de 339 (voir Bleicken, *Volkstribunat*, 1968, p. 22 n. 4).

Lorsque Tite-Live parle pour l'époque de l'ancien droit de plébiscites *ex auctoritate senatus* (4.49.6) ou *auctoribus patribus* (7.15.12), il ne s'agit pas d'*auctoritas patrum*, mais du sénatusconsulte préalable au vote dans la terminologie relâchée de l'auteur. Sur ces textes: Mommsen, *R. Forsch.* I p. 214 n. 1; Biscardi, p. 480, 483; Bleicken, *Volkstribunat* p. 52 n. 4; Siber, *RE.* XXI, 60; Elster, *Studien zum Gesetzgebung der frühen r. Republik* (1976) p. 116.

³⁵ Biscardi p. 495 croit que Laelius Felix refuse aux tribuns de la plèbe le *ius agendi cum senatu* dans son entier. Cela n'est pas possible, puisqu'ils l'avaient depuis longtemps (Bleicken, *Volkstribunat* p. 24 note).

l'auctoritas patrum en la plaçant avant le vote du peuple. Il n'est pas douteux que cette réforme amorça le déclin de l'institution, mais rien ne permet d'affirmer que la ratification anticipée des *patres* désormais devait être donnée automatiquement sans possibilité de refus³⁶. Ce que le législateur voulait éviter, en déplaçant le moment de l'intervention des *patres*, c'était la cassation d'une loi ou d'une élection déjà votées par le peuple. La chose ne paraissait plus tolérable. Il était aussi peu admissible que l'on ait mis en branle pour rien le lourd appareil des centuries. Tout était considérablement simplifié si un refus de *l'auctoritas* préalable se bornait à empêcher le vote de la loi ou l'élection des candidats désapprouvés. Si en pratique il ne semble pas que les *patres* aient beaucoup usé de cette faculté, il serait hâtif de conclure qu'elle avait été abolie³⁷. Simplement un processus de décadence était amorcé, mais encore fallait-il que le sénat dans son ensemble dictât au groupe restreint des *patres auctores* la conduite à suivre pour que leur privilège devint purement formel.

Déjà en 367, en un temps où la ratification suivait le vote du peuple, on relève un cas exceptionnel d'*auctoritas* anticipée. Les *patres* résistaient aux réformes liciniennes, on parla alors de sécession. Le sénat, soucieux de respecter son accord avec les chefs de la plèbe, imposa par voie de sénatusconsulte aux *patres* d'approuver non seulement l'élection consulaire déjà votée mais aussi à l'avance les autres élections de l'année³⁸. Le calme fut ramené dans la cité au prix de la capitulation des ultras. A travers le récit de l'annalistique, on perçoit une faille au sein de la haute assemblée. Il ne semble pas qu'avant les lois Publilia et Maenia une telle procédure ait été fréquente. Il n'était pas d'usage que le sénat dans son entier imposât alors à la minorité des *patres* consulaires de ratifier à l'avance et contre leur gré lois ou élections. Mais à partir du moment où *l'auctoritas patrum* devint préalable, le choix des *patres* devait s'exprimer au même moment que l'avis du sénat entier qui précède le vote populaire. Il était naturel qu'une coordination s'établît entre les deux choses, pour éviter une discordance entre l'attitude des *patres* et celle de l'ensemble du sénat.

Certains passages de Tite-Live font écho à l'épisode de 367 et mettent en lumière comment au sein du sénat avant un vote populaire *consultum* et *auctoritas* pouvaient s'ajuster. Ce qui avait été exception-

³⁶ Sur la question, Bleicken, *Lex Publica* (1975) p. 301.

³⁷ Contre une décadence immédiate, Siber, *R. Verfassungsrecht* p. 141, critiqué par Bleicken, *Volkstribunat* p. 53 n. 3.

³⁸ Biscardi, p. 462 ss. souligne l'importance de l'épisode et pense que cette procédure put se renouveler. Cette hypothèse sera vérifiée dans la suite de notre exposé.

nel dans l'ancien droit paraît être devenu courant au temps où l'approbation des *patres* précède le vote comitial. Il est facile de comprendre pourquoi ces textes ont peu retenu l'attention. Tite-Live parle d'*auctoritas patrum* aussi bien dans un sens technique que dans celui d'*auctoritas senatus*, et dans cette langue trop fluide il appelle *auctoritas patrum* aussi bien l'approbation des *patres* et le *consultum* de tout le sénat. Malgré l'imprécision du style, on parvient en général à distinguer de quoi il retourne. Et quand le même texte associe *consultum* et *auctoritas*, il faut prendre garde de ne pas les confondre. Car, ce faisant, on sacrifie les seules preuves qui montrent comment le sénat et les *patres auctores* agissaient de concert.

En 167, le préteur pérégrin M' Iuventius Thalna présenta aux comices³⁹ une *rogatio* en vue de déclarer la guerre aux Rhodiens, sans avoir d'abord consulté le sénat. Les tribuns de la plèbe firent échouer ce projet. En face de ce *novum malumque exemplum*, Tite-Live rappelle brièvement qu'elle était la procédure normale (45.21.4) : «*cum antea semper prius senatus de bello consultus esset, deinde ex <auctoritate> patrum ad populum latum*». Dans cette brève proposition, Tite-Live ne dit pas deux fois la même chose, il n'identifie pas *consultum* et *auctoritas*, ce qui alourdirait la phrase, sans éclairer le sens, par une répétition stylistiquement intolérable. En réalité, l'historien montre comment les *patres auctores* s'en remettent à l'avis du sénat. La haute assemblée commence par adopter le projet de guerre, c'est le sénatusconsulte préalable au vote des comices. Vient ensuite l'*auctoritas patrum* : elle double l'avis du sénat sans s'identifier avec lui. *Consultum* et *auctoritas* se suivent trait pour trait, et préparent le vote comitial, qui s'y ajoute. La haute assemblée a pris l'initiative sous l'impulsion de son président ; le groupe des *patres* s'est conformé à la décision de l'ensemble des sénateurs. Et ce sont ce *consultum* et cette *auctoritas* associés qui ouvrent la voie au vote du peuple⁴⁰.

De même lorsque Tite-Live écrit à propos de l'octroi du droit de cité : 8. 21.10 «*itaque et in senatu causam obtinuerunt, et ex auctoritate patrum latum ad populum est, ut Privernatibus civitas daretur*», l'insistance avec laquelle, à l'aide de deux *et* cumulés, il oppose la délibéra-

³⁹ Sans doute s'agit-il des comices tributes, puisque le président est un préteur : voir Mommsen, *R. Forsch.* 1 p. 204 n. 1 ; Rotondi, *Leges* p. 286.

⁴⁰ La procédure décrite par Tite-Live 45.21.4 date de la loi Publilia. Lorsque l'historien dit *semper*, cela est vrai du *consultum*, toujours préalable, pas de l'*auctoritas* qui ne précède le vote populaire que depuis cette loi. Biscardi, p. 445 « identifie » dans ce texte *consultum* et *auctoritas*. Au contraire, Siber, *Verfassungsrecht* p. 238 les distingue et a été critiqué à tort par C. Meier, *Mus. Helv.* 1968 n. 89 n. 23. Jal dans sa traduction récente (*coll. Budé* 1979) et son commentaire (p. 113 n. 5) ne fait pas la distinction.

tion du sénat à l'approbation des *patres* interdit de penser qu'il s'agisse d'une seule et même chose. Ce qu'il décrit, c'est l'addition de deux mesures prises au sein du sénat pour préparer le vote du peuple : d'abord le *probouleuma* de la haute assemblée elle-même, ensuite l'adhésion qui émane du seul groupe des *patres auctores*. Ce que Tite-Live ne dit pas, c'est si le *consulium* contenait une invitation expresse du sénat aux *patres* de fournir leur *auctoritas*, ou si on s'en dispensait, la chose allant de soi. Cette deuxième solution semble la plus probable ; le temps paraît révolu où comme en 367 un sénatusconsulte prenait la peine de leur dicter leur conduite. Toutefois, le *probouleuma* du sénat et l'approbation des *patres* ne s'identifièrent jamais. Jusqu'au temps de Cicéron (*de domo* 38) et Tite-Live (1.17.9 «*hodie*»), l'*auctoritas* conserve son indépendance sans doute grâce à la préservation de la formule : «*auctor fio*». Elle ne tomba jamais au rang de simple avis. D'ailleurs, celui des *patres* importait peu, seules comptaient les orientations de la haute assemblée tout entière.

C'est une erreur de croire que l'*auctoritas patrum* n'avait d'autre but que de préserver les privilèges du patriciat⁴¹ et que sa fonction s'épuisa, lorsque ces privilèges disparurent. C'est seulement dans les derniers siècles de la République que, à la manière de la loi curiate *de imperio*, elle ne fut plus qu'une vaine survivance qui ne se maintenait que par une sorte de fétichisme juridique. Au sortir de la querelle des deux ordres, cette arme passa des mains du patriciat à celles de la *nobilitas* patricio-plébéienne. Dès l'instant que les *patres auctores* se conformaient aux vœux du sénat, c'est lui qui utilisait à ses fins leur *auctoritas*, si bien qu'elle finit par perdre toute importance politique.

Dans un passage du *De Republica*, Cicéron rappelle la haute antiquité de l'institution, née avec la République ; à son propos, il oppose les *nobiles* aux *patres*, et montre comment elle poursuivit sa carrière au profit de la nouvelle aristocratie : *rep.* 2.56 «*Tenuit igitur hoc in statu senatus rem publicam temporibus illis, ut in populo libero pauca per populum, pleraque senatus auctoritate et instituto ac more generentur, atque uti consules potestatem haberent tempore dumtaxat annuam, genere ipso ac iure regiam. Quodque erat ad obtinendam potentiam nobilium vel maximum, vehementer id retinebatur, populi comitia ne essent rata, nisi ea patrum adprobavisset auctoritas*»⁴². Cicéron ne dit pas seulement que les *patres* avaient été mis au service des *nobiles* ; usant avec virtuosité du vocabulaire politique, il ajoute que l'*auctoritas patrum* devint un instrument favori de l'*auctoritas senatus*.

⁴¹ C'est l'erreur de Mommsen, *Staatsrecht* III p. 1043.

⁴² Mommsen, *Staatsrecht* III p. 1043 n. 2 veut identifier dans ce texte les *nobiles* aux patriciens. Il a été justement critiqué par Siber, *Verfassungsrecht* p. 238 et par De Martino, *Storia* II (1973) p. 150 n. 31.

Ce n'est pas un hasard si le même mot sert à désigner deux choses aussi différentes que la ratification des votes comitiaux par le groupe des *patres* et le pouvoir de gouvernement de la haute assemblée tout entière. Mommsen présume qu'on est passé aisément d'un registre à l'autre, mais n'indique pas comment. Il ne suffit pas de dire que le contrôle des lois et élections, en plaçant les *patres* au dessus du peuple, a permis d'appeler *auctoritas* le gouvernement du sénat. Quand le mot désigne aussi un sénatusconsulte frappé d'intercession tribunitienne, il est vrai que le prestige de la haute assemblée trouve là une de ses manifestations les plus originales. Mais on reste dans le registre du gouvernement, et un maillon de la chaîne fait toujours défaut. Il est plus expédient, avec Heinze⁴³, de se souvenir que par *auctoritas* on entend le sénatusconsulte en général, de sorte que, si un tribun de la plèbe y fait opposition, il conserve toute sa valeur morale. Valable ou non, il est toujours une *auctoritas*. Et cette « autorité » appartient non seulement au *consultum* lui-même, elle est devenue aussi celle du sénat, dont il émane. Reste encore à trouver le trait d'union qui la relie à la ratification des *patres*.

Il existe un avis de la haute assemblée qui vaut approbation anticipée des résolutions comitiales, c'est le sénatusconsulte qui invite expressément comme en 367, ou implicitement ensuite, les *patres* a

⁴³ *Geist des Römertums* p. 48. Sur *auctoritas* dans le sens de sénatusconsulte voir : *Oxford Lat. Dict.* v. *auctoritas* § 4 (fasc. I p. 206); Mancuso, *Labeo* 1981 p. 17. Mommsen (*Staatsrecht* III p. 1033 n. 2; 1034 n. 2; 1037 n. 2) reconnaît ce sens chez Cicéron, mais croit y trouver une nuance d'après laquelle il voudrait montrer que la puissance politique du sénat se manifeste particulièrement; et ce serait chez Tite-Live seulement que *auctoritas* est employée couramment dans le sens de *consultum*. Cette distinction n'a eu aucun succès. En réalité, chez Cicéron *auctoritas* n'est prise dans le sens de sénatusconsulte que s'il est clair qu'il ne s'agit pas des *patres auctores* : les deux emplois du mot coexistent dans son œuvre mais sans la moindre confusion (p. ex. *Phil.* 10.8.18 « *legem comitiis centuriatis ex auctoritate nostra laturus est* », où il s'agit clairement de l'avis du sénat dans son entier). Au contraire, chez Tite-Live *auctoritas patrum* et *auctoritas senatus* sont employées à première vue de façon interchangeable et il est question d'*auctoritas patrum* même pour les plébiscites (Bleicken, *Volkstribunat* p. 52), mais un examen attentif des textes permet de reconnaître s'il s'agit de l'avis du sénat patricio-plébéien ou de la ratification des *patres* (pour un groupement utile des textes de Tite-Live, Willems, *Sénat* II p. 40 ss. mais avec des conclusions discutables). Dans les premiers livres l'historien respecte le sens technique d'*auctoritas patrum* au moins à propos des résolutions populaires (et on retrouve là sa tendance avouée à respecter, comme il peut, la saveur du passé : 43.13.2 « *mihi vetustas res scribenti nescio quo pacto antiquus fit animus* »). Il est alors fidèle à l'histoire. Mais quand plus tard l'*auctoritas patrum* dépend de l'*auctoritas senatus*, le sénat dans son entier guidant les *patres auctores*, Tite-Live mêle les deux expressions.

apporter leur *auctoritas*. On peut dire alors que le vote populaire intervient à la fois *ex auctoritate senatus* et *ex auctoritate patrum*. C'est par cette voie que le *consultum* est devenu *auctoritas*, il provoque la ratification des *patres* et reçoit le même nom qu'elle. Cette qualification, le sénatusconsulte la doit à sa manifestation la plus haute, lorsqu'il inspire le vote du peuple. Le sénat patricio-plébéen emprunte aux *patres* leur vocabulaire, lorsqu'il détermine leur intervention. Ce mot-clé est passé sans peine de l'approbation des *patres* au *consultum* du sénat, qui la met en mouvement. De là, est parti le développement qui de ce type éminent de sénatusconsulte a conduit à appeler *auctoritas* tout avis du sénat et, pour finir, le pouvoir moral dont il est l'expression.

La haute assemblée ouvrit à l'histoire du mot une nouvelle carrière. Il continua de définir le complément de validité qu'un *auctor*, par exemple le tuteur, apporte à l'activité d'autrui. L'approbation des *patres auctores*, bien que sur le déclin, s'appela toujours de la même manière. Mais le mot *auctoritas* conquiert le domaine totalement différent du *consilium*, il désigna aussi bien le sénatusconsulte que le pouvoir de haute direction du sénat. Bientôt, il s'étendit aussi au prestige moral des prudents et des hommes éminents, et de là passa au principat d'Auguste pour camoufler le nouveau régime derrière une apparence typiquement républicaine.

En somme, l'*auctoritas* a deux aspects. Issue du droit archaïque, elle est l'intervention d'un *auctor* et parfait l'opération qu'une autre personne n'a pas la capacité d'accomplir seule. Cette relation est la même entre les *patres auctores* et le *populus*. Selon un développement plus récent, elle est un pouvoir moral, devant lequel il devient vite difficile ou impossible de ne pas s'incliner. Il ne peut être question de réduire ce contraste à l'unité.

«PROCUM PATRICIUM»

Tite-Live, *ab urb. cond.*, 1.43, et Denys d'Halicarnasse, *ant. rom.*, 4.16-17, omettent la centurie *procum patricium* dans leur tableau du système centuriate. Elle n'est mentionnée que dans deux textes¹, l'un de Cicéron, l'autre de Festus :

Cicéron, *orator*, 156 : *quam 'centuriam fabrum' et 'procum', ut censoriae tabulae loquuntur, audeo dicere, non 'fabrorum' aut 'procorum'.*

Festus, *de verb. sign.*, s. v. *procum patricium* (Lindsay, p. 290) : *'Procum patricium' in descriptione classium, quam fecit Ser. Tullius, significat procerum. i enim sunt principes.*

Cicéron et Festus citent leurs sources : ce sont les *tabulae censoriae* pour le premier, la *descriptio classium* (dite aussi *descriptio centuriarum*)², attribuée à Servius Tullius, pour le second. Festus cite de seconde main : dans la rubrique voisine *pro censu classis iuniorum*, extraite elle aussi de la *descriptio* dite de Servius Tullius, il renvoie à Varron : *in lib. VI rerum humanarum*. Quant à Cicéron, il cite soit de mémoire, soit aussi de seconde main dans un fatras d'autres citations.

A travers Cicéron et Festus, on remonte à deux documents censoriels : les *tabulae censoriae* et la *descriptio classium*. Les sources ne disent pas quelle relation existait entre eux. On suppose habituellement qu'ils formaient un tout³ ou, plus précisément, que la *descriptio classium* était une partie des *tabulae censoriae*⁴. Le contenu de ces *tabulae* paraît avoir été assez varié : Varron, *de ling. lat.*, 6.86-87, en extrait des formulaires à l'usage des censeurs en vue de l'accomplissement du *lustrum* ; elles contenaient également des inventaires des biens publics et sacrés (Cicéron, *de har. resp.*, 30 ;

¹ Wesenberg, s.v. *Procus*, dans *RE*, XXIII. 1, Stuttgart, 1957, 82.

² Festus, *de verb. sign.*, s.v. *pro censu classis iuniorum* (Lindsay, p. 290).

³ Mommsen, *Le droit public romain*, VI. 1, Paris, 1889, 277 n. 1.

⁴ Coli, dans *SDHI*, 21, 1955, 187 ; De Francisci, *Primordia Civitatis*, Romae, 1959, 683 ; Kübler, s.v. *tabulae censoriae*, dans *RE*, IV A. 2, Stuttgart, 1932, 1899.

Aulu-Gelle, *noct. att.*, 2.10.1; Cicéron, *de leg. agr.*, 1.4). La présence de la *centuria procum patricium* aussi bien dans la *descriptio classium* que dans les *tabulae censoriae* favorise l'hypothèse que le tableau schématique des centuries, mis au compte de Servius Tullius, figurait en bonne place à titre d'archétype au milieu de ces *tabulae*. Ces deux documents se laissent difficilement séparer. Quand Cicéron place dans les *tabulae censoriae* la *centuria procum* en même temps que les *centuriae fabrum*, en soulignant l'archaïsme de ces expressions, c'est de toute évidence à la charte présumée primordiale de l'organisation centuriate qu'il se rapporte. Implicitement il range la *descriptio classium* de Servius dans les *tabulae censoriae*. C'est ainsi que son texte a été toujours interprété; il ne permet guère de disjoindre ces documents et d'en faire des pièces distinctes des archives censorielles.

Les citations de Cicéron et Festus ne sont pas identiques : Cicéron dit *procum* tout court et Festus *procum patricium*. Peut-on en tirer des conséquences et supposer que l'on est en présence de deux qualifications différentes de la même centurie? L'une, *procum patricium*, serait la plus ancienne; l'autre, *procum*, refléterait une profonde transformation : cette centurie ne serait plus réservée aux *proci* patriciens⁵. Cette façon de voir exploite trop hardiment une simple variante entre deux citations. Celle de Festus est complète, celle de Cicéron est tronquée. Il abrège *procum patricium* en *procum*, de même qu'il dit elliptiquement *centuriam fabrum*, alors qu'il existe deux centuries de *fabri* : la *centuria fabrorum tignariorum* et la *centuria fabrum aerariorum*⁶.

Y avait-il une ou plusieurs centuries *procum patricium*? Sur ce point, Festus est silencieux; omettant le mot *centuria*, il ne laisse pas deviner s'il eut employé le pluriel ou le singulier. Cicéron emploie le singulier, mais cela ne tranche pas le problème. Il dit au singulier aussi *centuriam fabrum*, au lieu du pluriel que l'on attendait. Le doute subsiste. Dans la suite, nous espérons le lever en faveur d'une centurie unique de *proci*.

On a coutume de voir les choses autrement⁷ et d'opter pour une pluralité de centuries *procum patricium*, que l'on identifie avec les centuries equestres de *Ramnes*, *Titius*, *Luceres*, dédoublées en *priores*

⁵ En ce sens Schönbauer, dans *RIDA*, 6, 1951, 237; cf. De Francisci, *Primordia civitatis*, 703.

⁶ Live, *ab urb cond.*, 1.43.3; Denys d'Hal., *ant. rom.*, 7.59; Cicéron, *de rep.*, 2.39. Voir Mommsen, *Droit public*, VI. 1, 320; Kornemann, s.v. *Fabri*, dans *RE*, VI, 2, Stuttgart, 1909, 1918.

⁷ Mommsen, *Droit public*, VI. 1, 288.

et *posteriores*, le tout formant les *sex suffragia*⁸. Cette solution de facilité sacrifie l'autonomie des *proci* au sein de l'organisation centuriate et s'épargne la peine de rechercher leur statut personnel, en le confondant avec celui de centuries déjà connues. Depuis Mommsen cette hypothèse a été perfectionnée; au lieu d'assimiler les *proci patricii* aux *sex suffragia* de *Ramnes*, *Tities*, *Luceres*, on a réparti l'expression sur l'ensemble des dix huit centuries équestres en distinguant les *proci* des *patricii*: l'expression serait une asyndète, dont le premier terme *proci* qualifierait les douze centuries innommées de cavaliers et l'autre *patricii* les six centuries nommées *Ramnes* etc., dites *sex suffragia*⁹. Non seulement cette répartition des patriciens et plébéiens à l'intérieur des dix huit centuries équestres est purement conjecturale, mais elle aboutit au paradoxe de placer les plébéiens les premiers dans la prétendue asyndète *proci patricii*.

En somme, d'une manière ou d'une autre, on a assimilé ce personnel aux cavaliers et, en le plaçant à l'intérieur de telles ou telles centuries équestres, on a refusé à la centurie *procum patricium* l'autonomie qu'à première vue Cicéron et Festus lui reconnaissent dans la *descriptio classium*. On a confondu arbitrairement *proci patricii* et *equites*. Seule une enquête philologique permet de sortir de cette impasse.

Les *proci* de l'ordre centuriate ne sont connus que par Cicéron et Festus, ils n'ont rien de commun avec *procus-i*, «prétendant», qui s'apparente à *prex*, *posco*¹⁰. La forme archaïque *proci*, conservée dans la *descriptio classium*, est sortie de l'usage; seul est employé le dérivé *proceres*, *um*, «les grands», dont le singulier est rare et tardif¹¹. Entre *proci* et *proceres*, Festus indique l'identité de sens¹². Dans la langue courante, un mot s'est substitué à l'autre. Leur étymologie commune est obscure, mais le sens peut être précisé.

Festus, *de verb. sign.*, s. v. *procum patricium* (Lindsay, p. 290), identifie les *proci* ou *proceres* aux *principes*: *i enim sunt principes*. Il n'indique pas sa source. C'est vraisemblablement Varron qui est cité dans la rubrique précédente à propos d'une autre expression de la des-

⁸ Sur ces 6 centuries: Live, *ab urb. cond.*, 1.13.8; 1.36; 1.43; Cicéron, *de rep.*, 2.36 et 39; Festus, *de verb. sign.*, s.v. *sex Vestae* (Lindsay, p. 468); s.v. *sex suffragia* (Lindsay, p. 452). Voir Mommsen, *Droit public*, VI, 1, 119; Kübler, s.v. *Equites romani*, dans *RE*, VI, 1, Stuttgart, 1907, 272.

⁹ A. Alföldi, *Der fruhrömische Reiteradel*, Baden-Baden, 1952, 99, 106; Meyer, *Römische Staat und Staatsgedanke*², Zurich, 1961, 491.

¹⁰ Ernout-Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴, Paris, 1959, 534, s.v. *procus*; Walde-Hofman, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II³, Heidelberg, 1938, 346.

¹¹ Juvénal, *sat.*, 8.26.

¹² Walde-Hofman, *Wörterbuch*, II³, 367.

criptio classium. Ce qui le confirme, c'est que Varron a donné cette même définition des *proceres*: Servius, *in Aen.*, 1.740 : *proceres autem ideo secundum Varronem principes civitatis dicuntur*. Le sens matériel de *capita trabium*, rapporté également par Varron¹³, traduit lui aussi l'idée d'éminence. Dans la société romaine, pour Varron les *proceres* sont les *principes civitatis* et Festus applique cette définition à son tour tant aux *proceres* qu'aux *proci*. Elle n'a pas retenu l'attention, à elle seule elle condamne l'assimilation des *proci* aux *equites*, appartenissent-ils aux centuries prestigieuses de *Ramnes*, *Titius*, *Luceres*. Les *proceres* ne sont pas les *equites*, mais les *principes*, c'est à dire les premiers personnages de la cité. Ils sont un tout autre personnel que la cavalerie, même la plus distinguée. Varron et Festus ne font pas allusion à celle-ci; en face de leur définition *proci-proceres-principes*, reste à savoir qui sont les *principes*. On le sait à présent grâce aux précieuses études de Matthias Gelzer¹⁴ et de Lothar Wickert¹⁵. Rappelons brièvement leurs conclusions, pour les confronter ensuite avec l'emploi que la littérature fait de *proceres*.

Principes n'est pas un mot du vocabulaire juridique, mais politique. Il n'a pas la précision d'un concept de droit public. Le mot se prête à plusieurs utilisations et peut se colorer de nuances diverses. Cependant il n'est pas rebelle à toute définition. Dans la société romaine, on entend par *principes* non une catégorie unique, mais un certain nombre de groupes, assez nettement spécialisés, qui d'un texte à l'autre peuvent être identifiés sans trop de peine.

1) Les *principes* sont parfois les sénateurs, mais c'est assez rare¹⁶.

2) Ce sont parfois aussi les nobles¹⁷.

3) Plus fréquemment, les *principes* sont une élite au sein du sénat¹⁸, une élite au sein de l'aristocratie¹⁹. Ainsi, dans un *responsum* des haruspices²⁰, les *principes* apparaissent comme un groupe à l'intérieur du sénat. De façon courante, le mot est la qualification des consu-

¹³ La suite du texte de Servius indique aussi le sens matériel de *capita trabium*. Cf. Varron, *de ling. lat.*, frg. 31 (Goetz-Schöll).

¹⁴ Gelzer, *Die Nobilität der römischen Republik*, dans *Kleine Schriften*, I, Wiesbaden, 1962, 53 ss.

¹⁵ Wickert, s.v. *Princeps*, dans *RE*, XXII. 2, Stuttgart, 1954, 1998 ss.

¹⁶ Ex. : Cicéron, *de rep.*, 2.14; Wickert, *op. cit.*, 2033.

¹⁷ Gelzer, *Kl. Schriften*, I, 53 n. 400; Wickert, *op. cit.*, 2034; Cicéron, *de rep.*, 2.56.

¹⁸ Wickert, *op. cit.*, 2033.

¹⁹ Wickert, *op. cit.*, 2034.

²⁰ Cicéron, *de har. resp.*, 40 : *patribus principibusque*.

lares²¹. Ce point, déjà fermement établi par Gelzer, a été confirmé par Wickert²². Il a dressé une liste de quatre vingt treize grands personnages, tous consulaires, qualifiés de *principes*²³. Gelzer²⁴ reconnaît une valeur « technique » à cet emploi du mot. C'est ainsi que dans les *res gestae*, 12, d'Auguste la traduction grecque rend *principes viri* par οἱ τὰς μεγίστας ἀρχὰς ἄρξαντες. Ce sens technique ne s'élève pas à la hauteur d'un concept juridique. Les consulaires forment une catégorie à part au sénat, mais ne constituent pas un organe de droit public. Il est parfois question d'un *consilium* des *principes* consulaires, mais il s'agit d'une réunion dépourvue de caractère officiel²⁵. Cependant l'importance tout à fait exceptionnelle des consulaires dans la vie publique, qu'ils dominent grâce à leur prestige, explique qu'ils aient reçu la qualification de *principes*, laquelle définit non une institution, mais un groupe politique nettement différencié.

De même la *nobilitas* à Rome n'est pas une noblesse de droit, mais de fait; elle n'a pas une valeur institutionnelle, mais politique. Toutefois son dénombrement obéit à un principe strict. Comme l'a montré Gelzer²⁶, la noblesse ne s'étend pas à l'ensemble des familles sénatoriales, elle se limite aux familles consulaires, c'est à dire à celles dont un ou plusieurs membres ont été consuls. Le consulariat n'est pas seulement la marque du groupe des *principes*, il sert de critère à la *nobilitas*.

Quand *princeps* vise les consulaires, il s'emploie aussi bien au pluriel, pour les désigner en bloc, qu'au singulier pour en désigner un²⁷. Il faut alors prendre garde de ne pas confondre ce *princeps*-consulaire avec le *princeps* suréminent, qui est souvent à la fin de la République le « leader » politique du jour.

4) Il arrive que par *principes*²⁸ ou (le terme est équivalent) *primores*²⁹ on entend non pas le groupe des consulaires, mais un cercle plus étroit, les plus éminents d'entre eux³⁰.

²¹ Ex. : Cicéron, *phil.*, 14.17; Live, *ab urb. cond.*, 4.48.4; Wickert, *op. cit.*, 2031; Gelzer, *Kl. Schriften*, I, 54.

²² *Op. cit.*, 2016-2029.

²³ Cf. J. Hellegouarc'h, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris, 1963, 333.

²⁴ *Kl. Schriften*, I, 55.

²⁵ Live, *ab urbe cond.*, 4.6.6 : *concilia principum domi*; 4.48.4 : *concilia privata principum*; Cicéron, *phil.*, 1.2; Wickert, *op. cit.*, 2048 ss.

²⁶ *Kl. Schriften*, I, 42 ss.

²⁷ Ex. : Cicéron, *de off.*, 3.105 : M. Atilius Regulus cos. 267, 256; *de off.*, 1.138 : Cn. Octavius cos. 165; *de nat. deor.*, 2.168 : C. Aurelius Cotta cos. 75.

²⁸ Cicéron, *ad Quir.*, 17.

²⁹ Tacite, *ann.* 3.65.2.

³⁰ Wickert, *op. cit.*, 2032.

5) Enfin, *princeps* au singulier, dans la langue de la fin de la République, désigne souvent non pas un simple consulaire, mais le chef politique le plus influent ou l'homme politique idéal. Cet emploi du mot, de nos jours le plus connu, se partage entre la réalité et l'idéologie politique. Ce *princeps* républicain a plusieurs visages³¹.

Quand Varron et, à sa suite, Festus identifient les *proceres* aux *principes*, qui visent-ils ? les sénateurs ? les nobles ? les consulaires ? les plus grands des consulaires ? Le choix n'est pas arbitraire. On est en face d'un personnel précis, les *proci patricii* de l'ordre centuriate. Il ne s'agit certainement pas des sénateurs, ils n'ont pas de centuries qui leur soient propres. D'ailleurs, *principes* les désigne rarement. Il ne s'agit pas non plus des nobles : *principes* a parfois ce sens, mais ce n'est pas le plus ordinaire ; dans *proci patricii*, c'est *patricii* et non *proci* qui qualifie la noblesse. *Proci* signifie quelque chose de plus précis. Les plus éminents des consulaires sont hors de question. Restent les consulaires. La série des identités établies par Festus : *proci-proceres-principes*, conduit au sens « technique » de *principes*, tel que l'a défini Gelzer. C'est à lui, de préférence à tout autre, qu'il faut songer, quand le mot est employé sans autre précision. Dans le vocabulaire de la fin de la République, *principes* est le terme courant qui désigne les consulaires ; dans cet emploi il a tendu à remplacer *proci* et *proceres* que leur archaïsme entraîne alors vers la désuétude. Ce que livrent les définitions de Varron et Festus, c'est l'existence d'une centurie de consulaires patriciens dans l'ancienne *descriptio classium*.

Une telle centurie est, à la fin de la République, une chose parfaitement inactuelle et sa dénomination est insolite. Il n'est plus alors question de *proci patricii* dans la vie politique ; le dérivé *proceres* est lui-même fort peu usité ; *principes* leur sert d'interprète et le fait, à notre avis, sans équivoque. La centurie *procum patricium* n'est plus qu'une curiosité pour les antiquaires ou Cicéron, quand il collectionne des archaïsmes. Tite-Live et Denys d'Halicarnasse l'omettent, quand ils décrivent le système centuriate. Elle a disparu avec la plupart des privilèges patriciens. Elle ne figure pas au *de domo*, 38, dans la liste fort brève des institutions patriciennes qui survivent au dernier siècle av. J.-C. Les *proci patricii* ne forment plus une unité de vote dans le système centuriate. Seul subsiste le souvenir de cette centurie dans le vieux document attribué à Servius Tullius sous le nom de *descriptio classium*.

Les privilèges patriciens qui se sont maintenus au temps de Cicéron, sont tout à fait inoffensifs. Il importe peu que le *rex sacrorum*,

³¹ Magdelain, *Auctoritas principis*, Paris, 1947, 1 ss. ; Béranger, *Recherches sur l'aspect idéologique du principat*, Basel, 1953, 31 ss. ; Wickert, *op. cit.*, 2038 ; Helle-gouarc'h, *op. cit.*, 339 ss.

les flamines, les saliens se recrutent dans cet ordre. *L'auctoritas patrum* est de longue date une formalité gratuite. Une centurie hors classe de *proci patricii* eut été alors un anachronisme. Ce privilège des consulaires patriciens dans la plus importante des assemblées du peuple n'était plus tolérable. Il a été balayé avec tous ceux qui avaient une portée politique. Il n'en est resté que le nom.

Au contraire, une centurie de consulaires patriciens est une pièce fondamentale au premier âge républicain. Le personnel des consulaires a toujours brillé à Rome d'un éclat particulier, cet éclat n'a jamais été aussi vif que dans les premiers temps de la République. Il ne s'agit pas alors seulement de prestige politique. Les anciens titulaires de *l'imperium* le plus élevé et des *auspicia maxima*, les consulaires, les anciens dictateurs, les anciens tribuns à pouvoir consulaire sont les successeurs des rois et eux seuls, en cas de vacance de la magistrature supérieure, sont susceptibles de devenir interrois, comme le prouve la liste de ceux-ci. C'est à eux et à eux seuls que les auspices font retour en période d'interrègne, en vertu de l'adage *auspicia ad patres redeunt* (Cicéron, *ad Brut.*, 1.5.4; *de leg.* 3.9)³². Au sein du sénat, ils forment un groupe privilégié, ce sont les *patres* par opposition aux *conscripti* (Live, *ab urb. cond.*, 2.1.11; Festus, *de verb. sign.*, s. v. *qui patres* [Lindsay, p. 304]). Deux institutions leur appartiennent en propre, auxquelles ne participent pas les autres sénateurs dits conscrits : l'interrègne et *l'auctoritas patrum*. Les interrois sont tous des consulaires ou assimilés : anciens tribuns *imperio consulari*, comme il ressort de leur liste. C'est ce même personnel de l'adage *auspicia ad patres redeunt* que l'on retrouve dans l'expression consacrée *patres auctores* (Live, *ab urb. cond.*, 1.17.9; Cicéron, *de rep.*, 2.25). Le consulariat n'est pas, au premier âge républicain, une simple affaire de prééminence. Après le temps de charge, le charisme des *auspicia maxima* n'est pas complètement effacé chez leurs anciens titulaires. Il ne fait qu'entrer en sommeil et confère la qualité de *patres*. Il légitime, en face des résolutions populaires *l'auctoritas patrum* et « renaît » en période d'interrègne. Au sénat les *patres*, par opposition aux *conscripti*, ne sont pas simplement des patriciens, ce sont les anciens titulaires de *l'imperium* le plus élevé, ceux-la seuls qui à ce titre peuvent devenir interrois. Dans son sens technique le mot *patres* ne s'applique qu'aux consulaires et assimilés. *Patres* = patriciens est un sens dérivé.

Ce groupe privilégié des *patres* ou consulaires au sénat n'a guère changé de composition après 367, quand apparaît la préture au début patricienne. Pendant plus d'un siècle, les préteurs sont des consulaires.

³² Magdelain, *Auspicia ad patres redeunt*, dans *Hommages J. Bayet*, Bruxelles, 1964, 427-473.

res pour les trois quarts³³. Au sénat le groupe des *patres* n'a donc pas vu, au moins pendant ce délai, son homogénéité gravement altérée par l'introduction de la préture.

Du sénat aux comices centuriates le parallèle est frappant. Ce qui eût été anormal, c'est que les consulaires et assimilés, formant au sénat un groupe privilégié, séparé des autres sénateurs, aient été mêlés aux autres citoyens dans les centuries. Dans celles-ci comme dans la haute assemblée, ils reçoivent un traitement à part. Les anciens titulaires de *l'imperium* le plus élevé et des *auspicia maxima* préservent leur autonomie aussi bien dans l'ordre centuriate qu'au sénat : ici ce sont les *patres*, hiérarchiquement supérieurs aux *conscripti*, là des *proci patricii*, réunis dans une centurie hors classe.

Cette différence de terminologie demande réflexion. En droit public, il est très fréquent de voir des qualifications diverses se superposer. Ainsi le consul est aussi appelé *praetor* et *iudex*. Les centuries équestres de *Ramnes*, *Tities*, *Luceres* sont dites également *sex suffragia*. On pourrait multiplier les exemples. Que du sénat à l'assemblée centuriate, le même personnel des consulaires et assimilés reçoive deux dénominations distinctes, ne doit pas étonner, d'autant plus qu'elles n'appartiennent pas à la même époque. L'adage *auspicia ad patres redeunt* et l'expression *patres auctores* remontent au premier siècle de la République. C'est alors qu'est né le retour des auspices au profit de leurs anciens titulaires ; c'est alors aussi que *l'auctoritas patrum* fait son apparition à côté des résolutions populaires. Le mot *patres* se fixe au V^e siècle, dans la langue du droit, sur la tête des consulaires. L'expression *proci patricii* porte la marque du IV^e. C'est seulement alors, après l'accès des plébéiens au consulat, que s'est fait sentir la nécessité de distinguer les consulaires de l'un et l'autre ordre. Jusque là la précision *patricii* était inutile. Pourquoi avoir dit *proci patricii* plutôt que *patres* dans la *descriptio classium* ? C'est tout simplement que *patres* n'a gardé son sens technique qu'au sénat et qu'ailleurs le mot est venu à désigner, dans un sens dérivé, l'ensemble du patriciat. Au sénat lui-même il ne conserve son sens technique que pour les deux institutions de l'interrègne et de *l'auctoritas patrum* ; en dehors de celles-ci il a fini par s'appliquer à tous les sénateurs. Cette pluralité de sens déconseilla l'emploi du mot *patres* dans la *descriptio classium* ; pour désigner les consulaires elle préféra une qualification plus appropriée, qui de toute évidence est aussi plus récente.

Le privilège des consulaires patriciens de l'assemblée centuriate ne paraît pas avoir été étendu aux consulaires plébéiens. La centurie *procum patricium* n'a pas été reproduite en un second exemplaire. Et

³³ Magdelain, *op. cit.*, 451.

elle ne s'est pas plus ouverte aux consulaires plébéiens que ne s'est ouvert à eux, au sénat, le petit groupe identique des *patres* de l'inter-règne et de *l'auctoritas* qui double les résolutions populaires. Festus ne connaît qu'une centurie de *proci patricii*, il n'en laisse pas supposer une autre de *proci* plébéiens. Et, quand Cicéron dit centurie *procum* tout court, il le fait par abréviation, laissant tomber *patricium*, de même que pour les centuries *fabrum*, il fait la syncope de *tignariorum* et *aerariorum*.

Dira-t-on qu'une centurie de consulaires patriciens est une unité purement civile, qui détonne dans une assemblée politique de texture militaire? Au contraire, ce qui eût apporté une note discordante dans *l'exercitus urbanus* (Varron, *de ling. lat.*, 6.93), c'eût été que les anciens généraux en chef aient mêlé leurs voix à celles des soldats, quand ils jouaient le rôle de citoyens.

* * *

Les conclusions qui viennent d'être présentées, reposent sur l'identification, rappelée par Festus et garantie par Varron, des *proci* ou *proceres* avec *principes*. Reste à confronter ces conclusions avec l'emploi, très rare sous la République, plus fréquent sous le principat, de *proceres* dans la littérature latine. Notre tâche a été facilitée par la Direction du *Thesaurus linguae latinae* qui a eu l'amabilité de nous faire parvenir le matériel des références.

Sous la République, le mot *proceres* est presque inusité et, quand il est employé, c'est avec affectation, entre guillemets peut-on dire. Il apparaît une fois chez Plaute, *Bach.*, 1053 : *fit vasta Troia, scindunt proceres Pergamum*. «Troie est saccagée, les héros ravagent Pergame» (trad. Ernout). Ici la parodie du style noble est évidente.

Le mot apparaît aussi une fois chez Cicéron, dans une lettre à César (*ad fam.*, 13.15.1) de Mars 45, destinée à recommander un jeune homme. Le style est tendu, comme l'ont remarqué les éditeurs Tyrell et Purser, et singulièrement emprunté. Dans cette brève missive, sept citations d'Homère et Euripide sont accumulées. L'une d'elles est annoncée par : *audiebam enim nostros proceres clamitantes*. Pour citer Homère, Cicéron prend avec ironie un ton à la fois épique et archaïsant et préfère *proceres* à *principes*. Pour conclure, il appelle sa lettre un *genus novum litterarum*.

Rarissime sous la République, *proceres* devient plus fréquent sous l'Empire, à partir d'Auguste. Le mot apparaît à plusieurs reprises chez Tite-Live et Virgile et revient avec une certaine prédilection chez Ovide. Plus tard, il est assez courant chez Pline l'Ancien, Stace, Tacite qui témoigne pour lui d'un goût très vif. Manilius, Sénèque, Lucain, Perse, Valerius Flaccus, Silius Italicus, Martial, Juvénal n'en font

qu'un usage fort modéré. Il n'apparaît qu'une fois chez Pline le jeune et une fois chez Suétone. Il est totalement absent chez Velleius Paterculus et Valère Maxime.

Cette résurgence du mot sous le principat est variable d'un auteur à l'autre. C'est affaire de goût. Mais la politique a joué un rôle. Sous l'empire, *principes* connaît un assez net recul³⁴, pour éviter une concurrence fâcheuse avec l'empereur, le *princeps*. Par respect ou par clarté, on préfère dire *principes viri* (ex. : Velleius Paterculus, *hist. rom.*, 2.89.4). Auguste avait donné l'exemple dans ses *res gestae*, 12. Dans le même esprit, on dira aussi *principes civitatis* (ex. : Pline, *ep.*, 3.7.4). Toutefois *principes* tout court ne disparaît pas (Suetone, *Aug.*, 100; Senèque, *benef.*, 2.12.2; *ad Pol.*, 13.4). Tacite évite en général *principes* pour la période impériale, mais il ne s'interdit pas l'emploi du mot pour l'ère républicaine (*dial.*, 36.4; 40.1). Ses termes favoris sont *procres* ou *primores* (ex. : *hist.*, 2.92).

Pour expliquer la résurgence de *procres* sous le principat au détriment de *principes*, le facteur politique paraît avoir été décisif. Toutefois toute vue systématique est à exclure. La mode paraît avoir eu une influence. Une certaine affectation a ressuscité un terme archaïque. Ainsi Tite-Live répugne si peu à utiliser *principes* qu'il le fait environ 260 fois pour l'étranger et 54 fois pour Rome³⁵. Pour les premiers siècles de l'histoire romaine, il dit 10 fois *procres* jusqu'au livre 10³⁶ et laisse ensuite tomber le mot. Il le replace artistement à l'époque où il était en usage et évite ensuite un anachronisme. Comme il le dit lui-même : *mihi vetustas res scribenti nescio quo pacto antiquus fit animus (ab urb. cond.*, 43.13.2).

Dans la littérature de l'Empire, *procres* fait concurrence à *principes* dans la plupart de ses emplois. De même que *principes* se disait sous la République³⁷ et continue de se dire sous l'Empire³⁸ des grands personnages de l'étranger, *procres* les désigne aussi sous le principat³⁹ et cet emploi du mot est très fréquent. De même que *princeps* ou *principes* se dit des maîtres de telle ou telle discipline, comme

³⁴ Wickert, *op. cit.*, 2008.

³⁵ Wickert, *op. cit.*, 2006.

³⁶ *Ab urb. cond.* 1.23.6; 1.45.2; 1.50.1; 2.10.8; 2.19.5; 2.20.7; 2.20.11; 2.46.7; 9.18.7; 10.28.7.

³⁷ Wickert, *op. cit.*, 2006.

³⁸ Wickert, *op. cit.*, 2007; 2012.

³⁹ Ovide, *met.*, 13.370; 13.382; Pline, *nat. hist.*, 278; 12.16; 33.112; Live, *ab urb. cond.*, 1.45.2; 1.50.1; 2.10.8; Martial, *epigr.*, 12.8.8; Silius It., *pun.*, 6.392; 8.157 a; 13.367; Virgile, *Aen.*, 1.740; 6.489; 8.587; 11.403; Tacite, *Germ.*, 10; 46; *hist.*, 5.25; *ann.*, 1.55; 2.56; 2.58; 1.9.

l'éloquence ou la philosophie⁴⁰, la langue du principat a ses *proceres gulae* (Pline, *nat. bist.*, 9.66), maîtres en gastronomie, ses *stoici proceres* (Senèque, *vit. beat.*, 3.2; cf. *ep.*, 33.1), ses *proceres sapientiae* (Pline, *nat. hist.* 7 112)⁴¹.

Chez Tite-Live aux *principes iuventutis* correspondent les *proceres iuventutis* (Live, *ab urb. cond.*, 2.20.11; 10.28.7); le sens est le même, il s'agit dans les deux cas de la cavalerie, de tout l'effectif des centuries équestres. Ce serait une erreur de croire que ces expressions ne s'appliquent qu'à une élite de cavaliers, ceux de famille noble. Ce qu'elles désignent, c'est l'élite, la fleur de la jeunesse, qui forme la cavalerie dans son ensemble. Tite-Live (*ab urb. cond.*, 2.20.10.11 et 10.28.7) identifie les *proceres iuventutis* avec les *equites* ou *l'equitatus*. De même, dans la bouche de Persée, il est rappelé que les Romains qualifient de *principes iuventutis* leurs *equites*: Live, *ab. urb. cond.*, 42.61.5; *equites enim... principes iuventutis*. Que Tite Live à deux reprises (*ad urb. cond.*, 2.12.15; 9.14.16) parle de *principes iuventutis* à propos seulement de 300 ou 600 cavaliers (sans doute dans le premier cas les centuries de *Ramnes*, *Titius*, *Luceres* et dans le second les *sex suffragia*), il ne s'ensuit nullement que l'expression soit réservée aux centuries équestres les plus distinguées, celles qui portent les noms prestigieux des antiques tribus. Tite Live ne fait que signaler le mérite de 300 ou 600 cavaliers⁴². Ailleurs, nous venons de le voir, les *proceres* ou *principes iuventutis* sont la cavalerie prise en bloc ⁴³.

Tite Live distingue clairement les *proceres* tout court, qui sont les premiers personnages de la cité, des *proceres iuventutis* ou cavaliers. Il lui est arrivé dans le même chapitre (*ab urb. cond.*, 2.20) de parler des uns et des autres. Cette distinction est passée inaperçue de ceux qui ont voulu identifier les *proci patricii* de la *descriptio classium* avec la cavalerie. Les *proci* ou *proceres* sont une chose, les *proceres iuventutis* une autre. La confusion n'est pas permise. Dans un cas il s'agit d'hommes d'état, dans l'autre de cavaliers ou fleur de la jeunesse. Ces deux personnels ont chacun leurs centuries : les *proci* ou *proceres* celle qui porte leur nom, les *proceres iuventutis* les centuries équestres.

⁴⁰ Hellegouarc'h, *op. cit.*, 329.

⁴¹ Pline, *nat. hist.*, 29.26 parle aussi des *proceres* de la médecine.

⁴² Live, *ab urb. cond.*, 2.12.15; 6.13.7; 9.14.16; 26.30.2; 34.27.8; 39.25.8; 42.61.5. Voir Béringer, s.v. *Princeps iuventutis*, dans *RE*, XXII. 2, 2298.

⁴³ A. Alföldi, *Der frühromische Reiteradel*, *passim*, a tendu à démontrer que dans la Rome archaïque la cavalerie est un corps recruté dans la noblesse. Cette thèse est reprise par Béringer dans l'article *Princeps iuventutis* de *RE*, XXII. 2. En réalité, les textes de Tite-Live qui parlent de *proceres* ou *principes iuventutis* ne sont pas à verser au dossier de cette thèse. Il ne vise pas, par ces expressions, les cavaliers nobles, mais l'élite de la jeunesse, groupée en centuries équestres.

Laissons de côté les emplois marginaux de *proceres*: grands personnages de l'étranger, maîtres de telle ou telle discipline, élite de la jeunesse ou cavalerie. Quand le mot resurgit dans la langue de l'empire, il reste fidèle à son passé, il continue de désigner les consulaires. Mais à l'image de *principes*, il désigne aussi la noblesse.

Opposés au *vulgus* (Ovide, *met.*, 3.530; 8.527), à la *plebs* (Pline, *paneg.*, 26; Pline, *nat. hist.*, 26.3-4), au Sénat lui-même (Lucaïn, *bell. civ.*, 2.279; 5.10; 8.261) les *proceres* se présentent souvent dans la langue du principat⁴⁴ comme la classe sociale la plus élevée. Le mot vient alors s'ajouter aux autres qualifications de la noblesse. Les textes sont souvent imprécis et ne laissent pas toujours discerner l'étendue et les limites du cercle des *proceres*. Cette noblesse, chez divers auteurs, échappe à une définition rigoureuse et ne livre pas son critère.

Chez d'autres, au contraire, notamment Juvénal et Tacite, on constate plus de rigueur. Chez eux les *proceres* sont une catégorie précise, la noblesse consulaire, c'est à dire les familles qui comptent parmi leurs ancêtres un ou plusieurs consuls. On retrouve alors la conception traditionnelle de la noblesse, telle que l'a mise en lumière Gelzer aussi bien sous la République que le principat⁴⁵. Ainsi Tacite (*dial.*, 37.3) range parmi les *proceres* les *Lentuli*, les *Metelli*, les *Luculli*, les *Curiones*. Autre exemple : quand Juvénal, *sat.*, 8.26, écrit: *adgnosco procerem, salve Gaetulice seu tu Silanus* («je te reconnais pour noble, salut Gaetulicus ou toi Silanus»), il illustre son propos par les *cognomina* de Gaetulicus et Silanus, le premier porté par les *Cornelii Lentuli*⁴⁶, l'autre par la *gens Iunia* déjà sous la République⁴⁷, ainsi que par C. Cecilius Metellus Creticus consul en 7 ap. J.-C.⁴⁸.

⁴⁴ Aux textes déjà indiqués ci-dessus s'ajoutent : Pline, *nat. hist.*, 7.170; 19.53; 23.33; Live, *ab urb. cond.*, 1.23.6; 2.19.5; 9.18.7. Cf. Columelle, *de re rust.* 9.9.6 et 8.

⁴⁵ Gelzer, *Kl. Schriften*, I, 17 ss.; 136 ss.

⁴⁶ Skutsch, s.v. *Cornelius* (n° 220), dans *RE*, IV, 1, Stuttgart, 1900, 1384; Degraasi, *I fasti consolari dell'Impero Romano*, Roma, 1952, 172.

⁴⁷ Degraasi, *op. cit.*, 198 ss.; 151; Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, New York, 1952, 577.

⁴⁸ Le sens de noblesse consulaire apparaît dans divers autres textes. Ovide, *fast.*, 4.265, appelle *proceres* les membres de la célèbre ambassade qui partit en Orient en 205 pour obtenir l'envoi à Rome de la pierre sacrée servant de symbole à Magna Mater (Broughton, *Magistrates*, I, 304; Fr. Bömer, *Ovidius Naso, Die Fasten*, II, Heidelberg, 1958, 229 ss.). Abstraction faite de diverses obscurités qui entourent cette ambassade, on connaît ses membres (Live, *ab urb. cond.*, 29.11.3). Ce sont d'importants personnages appartenant tous à des familles consulaires, dont certaines patriciennes, sauf un : Tremelius Flaccus, dont la famille était simplement prétorienne (Varron, *de re rust.*, 2.4; Münzer, s.v. *Tremelius*, in *RE*, VI A. 2, Stuttgart,

Dans la langue du principat, les *proceres* ne sont pas seulement la noblesse consulaire, le mot a conservé son sens technique, dont l'étendue est plus restreinte : les *proceres* sont aussi les consulaires eux-mêmes. Quand ce vieux mot, presque tombé en désuétude sous la République, renaît à partir d'Auguste, son sens archaïque, enregistré par Varron, reste intact. *Proceres* redevient la qualification technique des consulaires. Dans cet emploi, au dernier siècle de la République et peut-être avant, *principes* avait éclipsé *proceres*. Inversement, dans la langue du principat, tant par goût d'archaïsme que par tendance à réserver le mot *princeps* à l'empereur (sans que dans cette voie on soit parvenu, cependant, à une exclusivité du souverain), *proceres*, à côté d'ailleurs de *primores*, fait concurrence à *principes* (ou *principes viri*), pour désigner le personnel, politiquement spécialisé, des consulaires. Dans cet emploi technique, l'équivalence *proceres* = *principes* reste égale à elle-même. Elle passe de Varron à Festus. Réduite à l'état de souvenir à la fin de la République, elle reprend vie dans la littérature du principat.

Quelques exemples suffiront.

1937, 2286). A son propos, Ovide a donc commis une légère inexactitude, excusable par l'ancienneté de l'épisode et le souvenir de sa pompe (Live, *ab urb. cond.*, 29.11.4). A une exception près, qu'il a sans doute ignorée, il pensait que toute l'ambassade était noble.

Juvénal, *sat.*, 3.213, associe aux *proceres* Asturicus, lequel appartenait à la *gens Fabia* : Groag-Stein, *Prosopographia imperii romani*, I², Berolini et Lipsiae, 1932, 259 (n° 1268). De même, il range parmi les *proceres* (7.90) Barea Soranus, consul en 52 ap. J.-C., de la *gens Marcia* (Groag-Stein, *op. cit.*, 354 [n° 55]; Syme, *Tacitus*, II, Oxford, 1958, 829), et les *Camerini*, cognomen des *Sulpicii* (Rohden-Dessau, *Prosopographia imperii romani*, III¹, Berolini, 1898, 282 s. [n° 712-3]; Gelzer, *Kl. Schriften*, I, 143) dès la République (Broughton, *Magistrates*, II, 622 ss.).

Suétone, *Nero*, 36 paraphrase *proceres* par *nobilissimus quisque*.

Tacite, *ann.*, 3.76, à propos du testament et de l'enterrement de Junia, sœur de Brutus, épouse de C. Cassius, nièce de Caton, donne comme exemple de *proceres* les *Manlii*, les *Quinctii* et ajoute : *aliaque eiusdem nobilitatis nomina* ; précisant par là qu'il s'agit de noblesse consulaire d'origine républicaine. Dans ce texte, les *proceres* sont associés à l'empereur. Même association dans *ann.*, 4.66 (cf. 4.63) (sur ce texte Wickert, *op. cit.*, 2055). Pareillement, Velleius Paterculus, *hist. rom.*, 2.89.4, associe les *principes viri* au *princeps*. Même chose chez Suétone, *Aug.*, 29.

A propos de jeux organisés par Néron (cf. Kroll, s.v. *Iuvenalia*, dans *RE*, X. 2, Stuttgart, 1919, 1355 s.; Hartke, s.v. *Neronia*, dans *RE*, XVII. 1, Stuttgart, 1936, 42 ss.), Tacite, *ann.*, 14.20, rappelle qu'il força des *proceres* à se produire sur la scène (cf. *ann.*, 1.4.14, *nobilium familiarum posteros* ; Suétone, *Nero*, 12, *honestissimus quisque*). Dion Cassius, *hist.*, 61[62].17, précise qu'il s'agissait de *Furii*, *Horatii*, *Fabii*, *Porcii*, *Valerii* et ajoute d'autres noms de familles consulaires. Des consulaires eux-mêmes durent prendre part à ces spectacles (Suétone, *Nero*, 11 : *senes consulares* ; cf. *Nero*, 12 ; *Vit.*, 4 ; Tacite, *ann.*, 14.15).

A propos de la guerre contre Veies en 480, Tite Live, *ab urb. cond.*, 2.46, définit la conduite exemplaire de trois Fabii : Marcus Fabius, consul cette année-là, après l'avoir été en 483, Quintus Fabius, qui avait été consul en 485 et 482, et Caeso Fabius, qui avait été consul l'année précédente 481. Tite Live insiste sur la qualité de consulaires de Quintus Fabius (2.46.4 : *tertio hic anno ante consul fuerat*) et Caeso Fabius (2.46.6 : *prioris anni consul*). A l'instant de la mort héroïque de Quintus Fabius, devant son cadavre, le consulaire Caeso Fabius s'adresse au consul Marcus Fabius, lui même consulaire (2.46.6 : *consuli tum Caeso Fabius prioris anni consul*) et l'exhorte à combattre *ut decet procures*. *Procures* s'applique évidemment aux trois Fabii, au mort, qui vient de se conduire en héros, comme aux survivants, donc à trois consulaires, dont l'un est de nouveau consul. Le mot a ici sa pleine valeur technique. Il ne s'agit pas seulement de noblesse, mais très précisément de la primauté personnelle que confère le consulariat.

Dans un passage voisin (*ab urb. cond.*, 2.20.7 : *ibi alia inter procures coorta pugna*), Tite Live, décrivant des combats entre *procures* romains et étrangers, vise du côté romain M. Valerius, alors consulaire (cos. 505), et T. Herminius, lui aussi consulaire (cos. 506).

Columelle évoque, dans sa préface, les *procures civitatis* du bon vieux temps, qui cultivaient leurs champs, d'où on venait les appeler pour aller siéger au Sénat : *de re rust.*, 1, *praef.*, 18 : *illis enim temporibus, ut ante iam diximus, procures civitatis in agris morabantur et, cum consilium publicum desirabatur, a villis arcessebantur in senatum*. Ces *procures civitatis* déjà nommés (*ut ante iam diximus*) sont le consulaire Cincinnatus (cos. 460), au moment où on fait appel à lui pour assumer la dictature (458) (1, *praef.*, 13), et les consulaires C. Fabricius (cos. 282, 278) et Curius Dentatus (cos. 290, 275, 274), mentionnés dans le même passage (1, *praef.*, 14). Par *procures civitatis*, il ne s'agit pas seulement de nobles, mais de *memorabiles duces* (1, *praef.*, 14), d'anciens titulaires de la plus haute magistrature⁴⁹.

Pline l'Ancien, *nat. hist.*, 7. 112-115, énumère dans l'ordre suivant une série de *Romani procures*, qui rendirent hommage au génie intellectuel : Pompée, Caton le Censeur, Caton d'Utique, Scipion l'Africain, Auguste, Asinius Pollio. Tous ces grands personnages furent consuls ou même plus. Caton d'Utique fait exception, il ne dépassa pas la préture. Cependant, Pline ne commet pas une incorrection en le plaçant parmi les *procures*. Sous le principat, Caton d'Utique fait figure de héros de l'histoire romaine⁵⁰; déjà Cicéron, *phil.*, 13. 30, l'appelait

⁴⁹ Columelle, qui aime appliquer le vocabulaire politique aux abeilles (*reges, duces, principes*), le fait aussi pour *procures* (*de re rust.*, 9.9.6, 8).

⁵⁰ Wirszubski, *Libertas*, Cambridge, 1950, 126 ss.

princeps des *praetorii* et ajoutait : *idemque omnium gentium virtute princeps*. Autrement dit par la *virtus*, il s'élevait au rang des consulaires⁵¹. Ces différents *Romani procures*, que Pline oppose aux *sapientiae procures*, n'étaient pas tous nobles : Caton le Censeur et Asinius Pollio, ainsi que le rappelle dans le même texte pour l'un et pour l'autre Vel-leius Paterculus, *hist. rom.*, 2. 128, étaient des *homines novi*. Ce n'est nullement la noblesse héréditaire qu'a Pline en vue ; il appelle *Romani procures* de grands personnages arrivés à cette qualité par le consulat ; Caton d'Utique leur est assimilé selon une tradition qui remonte à Cicéron⁵².

Dans le discours que Tacite fait tenir à Sénèque en 62, quand il demande à Néron l'autorisation de se retirer des affaires, on trouve la phrase, *ann.*, 14.53.6 : *egone equestri et provinciali loco ortus proceribus civitatis adnumeror* ? Sénèque devait à son consulat de l'année 56 cette promotion qui le fit passer du rang de chevalier, né en province, à celui des *procures civitatis*. Ici encore *procures* ne désigne pas la noblesse héréditaire, mais le consulariat. Aussitôt après Sénèque rappelle qu'il est un *homo novus* : *novitas mea enituit*.

Si *procures* est encore sous l'Empire, à côté de *principes*, la qualification technique des consulaires, cependant une assimilation assez naturelle étend le mot parfois à quelques très grands personnages de l'ordre équestre qui ont géré les plus hautes charges de l'administration impériale, la préfecture d'Égypte, la préfecture du prétoire. Les anciens titulaires de ces préfectures sont placés sur le même plan que les consulaires. A propos de L. Junius Vestinus⁵³, qui avait été préfet d'Égypte⁵⁴, Tacite écrit, quand il reçoit en 70 la *cura restituendi Capitolii* après l'incendie de l'année précédente (*hist.*, 4.53.1) : *equestris ordinis virum sed auctoritate famaue inter procures*. Les termes employés par Tacite sont d'une précision remarquable : il ne dit pas que L. Junius Vestinus est l'un des *procures*, mais simplement qu'il leur est assimilé par une sorte de fiction. Tacite préserve l'autonomie du consulariat. Auparavant le crédit de Vestinus était déjà exceptionnel : en 48 l'empereur Claude dans la célèbre table de Lyon (11.10) l'appelait *equestris ordinis ornamentum*. La fiction qui l'introduit plus tard

⁵¹ Gelzer, *Kl. Schriften*, I, 54.

⁵² Pline l'Ancien, *nat. hist.*, 17.5, range parmi les *procures* Caecina Largus, qui avait été consul en 42 ap. J. C. De même, il cite comme *cognomina procerum* (*nat. hist.*, 19.59) les *Lactucini* de la gens *Valeria* : un Valerius Lactucinus fut consul en 437 av. J. C., un autre tribun consulaire en 398, 395 ; un Valcrius Lactuca fut consul en 456.

⁵³ Dessau, *Prosopographia imperii romani*, II¹, Berolini, 1897, 219 (n° 408).

⁵⁴ A. Stein, *Die Praefekten von Aegypten in der römischen Kaiserzeit*, Bernae, 1950, 34 ss.

dans le cercle des *proceres*, ne crée pas à son profit une noblesse imaginaire; il est et reste de l'ordre équestre comme le souligne Tacite; c'est aux consulaires, en tant que tels, non aux nobles qu'il est assimilé⁵⁵.

Dans la satire IV, Juvénal, à propos du conseil tenu à Albe par Domitien au sujet de la recette à appliquer à un turbot géant, appelle *proceres*, à deux reprises, les membres du *consilium principis*: d'abord au début de la séance (4.72-73: *vocantur / ergo in consilium proceres*) ensuite à la fin de celle-ci (4.144-145: *et misso proceres exire iubentur / consilio*). Au préalable, Juvénal avait pris soin de noter que les simples sénateurs présents étaient restés à la porte (6.64: *exclusi... patres*). Le poète énumère à loisir, pour les caricaturer, les membres du conseil. Cette liste, extrêmement précieuse pour l'histoire du *consilium principis*⁵⁶, l'est aussi pour évaluer le sens du mot *proceres*. Rappelons-la.

Pegasus, le célèbre jurisconsulte, *praefectus urbi* sous les Flaviens, consul à une date indéterminée⁵⁷. Crispus (= Q. Vibius Crispus), trois fois consul à des dates indéterminées⁵⁸; Acilius (Glabrio?), consul à une date indéterminée⁵⁹; un autre Acilius (= M. Acilius Glabrio), consul en 91⁶⁰; Rubrius (= Rubrius Gallus), consul sous Néron⁶¹; Montanus, lequel ne paraît pas être un Curtius Montanus⁶², mais T. Junius Montanus, consul en 81, d'après H. B. Mattingly et Crook⁶³

⁵⁵ Dans différents passages de Tacite, *dial.*, 36.3; *ann.*, 1.7; 14.12, les *proceres* apparaissent d'après le contexte comme une catégorie distincte du Sénat. Dans *dial.*, 36.3, ils sont même identifiés aux consulaires. Dans ces différents textes il s'agit, à notre avis, de consulaires. Mais une certaine ambiguïté subsiste qui ne permet pas d'exclure complètement le sens de noblesse consulaire.

⁵⁶ J. A. Crook, *Consilium principis*, Cambridge, 1955, 50 ss.

⁵⁷ Rohden-Dessau, *Prosopographia*, III¹, 21 s. (n° 164); Degrassi, *Fasti consolari dell'impero*, 213.

⁵⁸ Rohden-Dessau, *Prosopographia*, III¹, 420 (n° 379); Degrassi, *Fasti*, 237; Crook, *Consilium principis*, 188.

⁵⁹ Groag-Stein, *Prosopographia*, I², 9 (n° 62); Degrassi, *Fasti*, 143; Crook, *op. cit.*, 148.

⁶⁰ Groag-Stein, *Prosopographia*, I², 9 (n° 67); Degrassi, *Fasti*, 143; Crook, *op. cit.*, 148.

⁶¹ Nagl, s.v. *Rubrius* (n° 20) dans *RE*, I A. 1, Stuttgart, 1914, 1172; Degrassi, *Fasti*, 19; consulat laissé de côté dans Rohden-Dessau, *Prosopographia*, III¹, 137 (n° 94).

⁶² Cfr. Groag-Stein, *Prosopographia imperii romani*, II², Berolini et Lipsiae, 1936, 393 (n° 1615).

⁶³ *Op. cit.*, 175.

ainsi que Borghesi⁶⁴; Crispinus, préfet du prétoire⁶⁵; Pompeius, vraisemblablement M. Larcius Magnus Pompeius, consul en 82 ou 83⁶⁶; Fuscus (= Cornelius Fuscus), préfet du prétoire⁶⁷; Veiento (= A. Didius Gallus Fabricius Veiento), trois fois consul⁶⁸, la première fois à une date indéterminée, ensuite en 80, enfin à une date indéterminée sous Domitien; Catullus (= L. Valerius Catullus Messalinus), consul en 73⁶⁹.

Presque tous ces personnages sont bien connus et leur identification est depuis longtemps certaine. Elle n'a fait difficulté, que pour deux d'entre eux, Montanus et Pompeius. Cependant Montanus, comme l'ont proposé H. B. Mattingly et J. A. Crook, paraît bien être T. Junius Montanus, consul en 81. Le doute ne subsiste que pour Pompeius : son identification avec Cn. Pompeius Ferox Licinianus consul en 98, est justement contestée par H. B. Mattingly, dans une lettre adressée à J. A. Crook⁷⁰, son consulat est trop tardif pour un membre du conseil de Domitien⁷¹. M. Larcius Magnus Pompeius, consul en 82 ou 83, paraît beaucoup plus probable.

Même si l'on tient compte d'une marge d'incertitude pour Pompeius, la liste de Juvénal est une liste de consulaires, plus deux préfets du prétoire. Le sens de *proceres* dans cette satire est clair. Il ne s'agit pas de noblesse héréditaire. Certains membres du conseil sont de modeste origine : ainsi Pegasus, Vibius Crispus, Crispinus. La primauté qu'exprime le mot *proceres*, est pour la majorité de ce *consilium principis* celle du consulariat, pour deux de ses membres celle que confère la préfecture du prétoire. Tacite pareillement, nous venons de le voir, assimile aux *proceres* le préfet d'Égypte. Sous le principat, les *proceres* ne sont plus seulement les consulaires, mais aussi les titulaires des plus hautes préfectures de l'administration impériale.

Il est aisé de conclure. Le mot *proceres*, tombé en désuétude au moins à la fin de la République, conserve, quand il renaît sous le principat, le sens que lui attribue Varron. *Proceres-principes*, cette équivalence, qu'il recueille comme un souvenir, redevient courante dans la langue du principat et permet alors, pour qualifier les consulaires,

⁶⁴ *Œuvres complètes*, IV, Paris, 1865, 523.

⁶⁵ Groag-Stein, *Prosopographia*, II², 988 (n° 1586).

⁶⁶ Dessau, *Prosopographia imperii romani*, II¹, 264 (n° 58); Degrassi, *Fasti*, 24.

⁶⁷ Groag-Stein, *Prosopographia*, II², 324 s. (n° 1365); Crook, *op. cit.*, 160.

⁶⁸ *Prosopographia imperii romani*, III², Berolini, 1943, 113 s. (n° 91); Degrassi, *Fasti*, 179; Crook, *op. cit.*, 164.

⁶⁹ Rohden-Dessau, *Prosopographia*, III¹, 355 (n° 41); Crook, *op. cit.*, 187.

⁷⁰ *Op. cit.*, 51 n. 1.

⁷¹ La satire IV fut écrite après la mort de Domitien en 96, qu'elle mentionne à la fin.

une relative recession de *principes*, en concurrence au moins verbale avec le *princeps*, au profit de *proceres*, terme que favorise son archaïsme dès Auguste. Ce que constate Varron, c'est une double qualification technique des consulaires, l'une désuète, l'autre courante. Sous l'Empire, la situation se renverse en partie. Les consulaires sont appelés *principes* moins fréquemment qu'au dernier siècle de la République et, de plus en plus, *proceres* par une résurgence qui a une saveur d'antiquité. La langue du principat authentifie l'identité varronienne *proceres-principes*.

La série des synonymies, établie par Festus : *proci-proceres-principes*, ne laisse pas de doute sur la composition de la centurie *procum patricium*. Au premier âge républicain, l'assemblée centuriate possède une centurie hors classe de consulaires patriciens. Les anciens commandants en chef de l'armée ont une unité de vote qui leur est propre; ils ne mêlent pas leurs voix à celles de leurs anciens subordonnés. De tout temps, les consulaires ont une place privilégiée au Sénat. Ils en ont une aussi dans l'ancien système centuriate.

Quand le consulat s'ouvre aux plébéiens au IV^e siècle, la centurie *procum patricium* reste un privilège patricien. Elle se fige comme une survivance et ce sera la cause de sa disparition. La centurie *procum patricium* ne figure plus dans la brève liste des privilèges patriciens au temps de Cicéron (*de domo*, 38). Son élimination n'exigea même pas une intervention législative. L'ordre centuriate lui-même ne fut pas fondé par une loi comitiale et, quand il fut réformé au III^e siècle, il n'apparaît pas que ce fut par la voie législative⁷².

Salluste place la fin des conflits entre patriciens et plébéiens à l'époque de la deuxième guerre punique (*hist.*, 1.11 [Maurenbrecher] : *discordiarum et certaminis utrimque finis fuit secundum bellum Punicum*). Mommsen⁷³ déduit très justement de ce texte qu'à cette époque la liquidation de la lutte entre les deux ordres se solda par la disparition d'un privilège patricien non identifié. Etant donné que l'histoire de l'abolition de ces privilèges est assez connue et datée, celui qui disparut au temps d'Hannibal ne peut guère être que la centurie *procum patricium*⁷⁴.

⁷² Mommsen, *Droit public*, VI. 1, 306.

⁷³ *Op. cit.*, VI. 1, 288 n. 2.

⁷⁴ Le présent article était sous presse quand parut la belle étude de A. Momigliano, *Procum Patricium*, dans *JRS*, 56, 1966, 16 ss. On y trouvera avec d'autres arguments la critique de l'opinion classique. Nous gardons la responsabilité de l'identification des *proci* ou *proceres* avec les consulaires.

LES ACCENSI ET LE TOTAL DES CENTURIES

Le problème toujours discuté¹ du nombre des centuries dépend de quelques textes fondamentaux (Liv. 1, 43; Cic. *rep.* 2, 39-40; DH. 4, 16-20, 7, 59; 10, 17), qui à eux seuls n'ont pas permis de trouver une solution acceptable. Dans le système centuriate, initial ou réformé, le total des centuries équestres et des centuries des cinq classes est toujours resté le même : $18 + 170 = 188$. Ce point est définitivement acquis. La réforme a ramené le nombre des centuries de la première classe de 80 (40 de *iuniores* + 40 de *seniores*) à 70 (35 + 35), en établissant une harmonie parfaite au moins pour cette classe entre le nombre des centuries et celui des tribus (35), de sorte que dans le système réformé l'ensemble des centuries des classes au dessous de la première correspond au chiffre 100.

A cela ne fait pas obstacle un passage à vrai dire elliptique, mais inutilement controversé² de Tite-Live 1, 43, 12-13, qui, correctement interprété³, signifie simplement que dans le régime dit servien (*hunc ordinem*) il n'y avait pas de relation entre le nombre des centuries et celui des tribus (4 urbaines seulement alors) : *ad institutam ab Servio Tullio summam*, bien que du temps de l'historien (*nunc*) cette relation aît été établie depuis la réforme du système. Peu importe que Tite-Live ait tort, car dès l'origine il y a eu un rapport strict entre centuries et tribus. Tite-Live n'a pas voulu dire qu'entre le système dit servien et le système réformé le total des centuries équestres et des centuries des cinq classes ait varié. Dans ce texte le mot *summa* ne s'applique qu'aux tribus urbaines de Servius Tullius, Tite-Live ne lui attribuant pas la création de tribus rustiques.

Si tout au long de la République le chiffre 188 ($18 + 170$) est resté un invariant, la discussion sur le total des centuries se concentre sur

¹ Staveley *Hist.* 1962 p. 304-306; Gjerstad, *Early Rome* V (1973) p. 165; Gatti, *Ath.* 1973 p. 377-382.

² Ogilvie *Commentary on Livy*, 1965, p. 174-175.

³ Nicholls, *Am. J. Phil.* 1956 p. 242 suiv.; L. Ross Taylor, *Am. J. Phil.* 1957 p. 338.

les 6 centuries hors série, qui votent soit avec telle ou telle classe⁴ (2 centuries de *fabri*, 2 centuries de musiciens, 1 centurie d'*accensi velati*), soit après les 5 classes au moins en principe (1 centurie de *proletarii*, formant aux yeux de Denys d'Halicarnasse ou de sa source une sixième classe)⁵.

Il convient d'éliminer du débat la centurie «*ni qui scivit, sciscito*» (sur ce titre Karlowa R. *Rechtsgeschichte* I p. 401 ; Fest. 184 L ; P. Oxy. 17, 2088), où votaient ceux qui avaient omis de le faire dans celle où ils étaient affectés. Malgré l'exposé confus de Festus, ce n'est pas une centurie surnuméraire, qui s'ajouterait au total des centuries ; c'était une de l'ensemble (peut-être une par classe), où les négligents trouvaient une solution de secours.

Le total des centuries est de $194 = 188 + 6$. Ce chiffre résulte de l'énumération de Tite-Live⁶, qui évite toutefois de l'indiquer en conclusion. Il obéit à une pudeur évidente, puisque pour dégager une majorité un total impair est nécessaire, comme dans les assemblées tributes. Le chiffre pair (30) des curies remonte au temps des rois, qui ignorait le vote populaire : l'assemblée curiate assurait alors simplement la publicité de certains actes (par ex. inauguration des flamines majeurs), mais ne votait rien (ni la loi curiate *de imperio*, ni testament, ni adoption d'un *sui iuris*)⁷.

Cicéron et Denys ramènent le total des centuries à 193 pour respecter le principe de l'imparité. Ils payent chacun un prix élevé pour aboutir à ce résultat : Cicéron raye une des deux centuries de *fabri*, Denys ignore les *accensi velati*.

La science contemporaine est attachée au chiffre de 193, au nom de l'imparité. Force lui est parmi les 6 centuries hors série d'en supprimer une. Par exemple celle des prolétaires (Mommson). Une solution, apparemment habile, tend à faire disparaître 1 des 2 centuries de *fabri* au moment où naîtrait celle des *accensi*⁸. En réalité chacune des 6 centuries hors série est inexpugnable.

Il n'y a rien à dire des 2 centuries de musiciens, qui dans l'antiquité comme de nos jours sont restées hors de tout soupçon.

⁴ Sur le rattachement de ces centuries à telle ou telle classe, les sources ne sont pas concordantes : Mommsen, *Staatsrecht* III p. 293 = *Droit Public* VI, I p. 332.

⁵ Mommsen, *Staatsrecht* III p. 286, I = *Droit public* VI, I p. 324, 2.

⁶ Pour une lecture correcte de Liv. I, 43, 7 voir Ogilvie, *cit.* p. 170 ; et Titi Livi *Ab urbe condita* I, 1974, *Oxford Classical Texts* (Ogilvie) ; Fontan, Emerita 1975 p. 15.

⁷ Orestano, *Fatti di Normazione*, 1967, p. 213.

⁸ Gjerstad, *cit.* ; Gatti, *cit.*

La centurie des prolétaires est inattaquable. Elle est justifiée, malgré son inutilité pratique, par le principe du suffrage universel (Liv. 1, 43, 10; Cic. *rep.* 2, 40)⁹, lequel est en vigueur dès le V^e siècle aussi bien dans les centuries que les curies et les tribus. Les XII tables (I, 4) opposent les *proletarii*, votant après les 5 classes, aux *assidui*, composant celles-ci. On ne peut pas se débarrasser des prolétaires en les identifiant aux *accensi velati*, non seulement parce que les premiers forment une centurie bien attestée, mais parce que les seconds ont une physionomie différente.

Les *accensi*¹⁰ représentent un personnel ajouté au cens, c'est-à-dire à la liste des citoyens répartis selon les principes de la *discriptio classium*, sans qu'il y ait lieu de se demander s'ils forment un supplément au total de la liste prise dans son ensemble ou plus simplement un complément à la cinquième classe, à laquelle ils sont rattachés. Festus (Paul. Fest. 13; 17; 506 L) identifie le personnel de cette centurie unique aux *adscripticii* (ou *adscriptivi*) des légions, qui sont des troupes auxiliaires : 13 L *Adscripticii vel, uti quidam, scripti dicebantur, qui supplendis legionibus adscribebantur. Hos et accensos dicebant, quod ad legionum censum essent adscripti*. Cette identité entre *accensi* et *adscripticii* peut être tenue pour certaine, car des *accensi* (Paul. Fest. 17 L *qui in locum mortuorum militum subito subrogabantur*; 506 L *in mortuorum militum loco*) et des *adscripticii* (Varro 1.1.7, 56 *ascriptivi dicti, quod olim ascribebantur inermes armatis militibus qui succederent, si quis eorum deperisset*), les antiquaires donnent respectivement la même définition : ce sont des soldats sans armement qualifié, dits pour cela *velati* (= *vestiti et inermes*, Paul-Fest. 506 L), recueillant les armes des morts pour combattre à leur place. Cette fonction archaïque (Varro *cit. olim*) s'explique sans peine à une époque où l'armement était rare et coûteux.

Accensi et *adscriptivi* sont sous deux noms distincts le même personnel, et cette dualité de qualification s'explique parce qu'ils figurent dans deux documents complémentaires, l'un civil, l'autre militaire. Dans la liste du cens, selon une arithmétique purement civile des centuries et des classes, ils forment une centurie unique, dont l'effectif dût être assez considérable, dans un système où le mot centurie n'a aucune valeur tactique et aucun rapport avec le chiffre 100. Les Romains ne perdirent jamais de vue que dans leur principe les *accensi* étaient une addition au cens : Paul. Fest. 17 L *Accensi... quia ad censum adiciebantur*. Dans la liste des légions, le même personnel

⁹ Mommsen, *Staatsrecht* III p. 285 = *Droit Public* VI, I p. 323.

¹⁰ Sur les *accensi*, voir les articles des différentes encyclopédies (Dar. Sag.; RE; Diz. Epigr.; Novissimo Dig.; Kl. Pauly) et Fraccaro, *Opuscula* II p. 315-325; Delbrück, *History of the art of war* (trad. 1975) p. 266.

reçoit l'appellation *d'ascriptivi*, parcequ'ils sont ajoutés aux effectifs réguliers. Pour ces derniers on dit techniquement : *legiones scribuntur*. Pour les surnuméraires (Plaut. *Men.* 182 *extra numerum* à propos des *adscriptivi* expressement nommés), on dit *adscribere*, parcequ'ils sont hors cadre. Deux passages de Festus font la synthèse du problème : il déclare les *accensi* d'une part ajoutés au cens civil, *census* tout court (17 L *ad census adiciebantur*), et d'autre part additionnés au *census legionum*, c'est-à-dire aux listes des légions : 13 L *ad legionum census adscripti*. La confusion entre ces deux documents a embrouillé irrémédiablement le problème. On s'interdit de comprendre la double répartition civile et militaire des citoyens, lorsqu'on s'obstine à voir dans la *discriptio classium* le classement de l'armée, alors qu'il ne s'agit que d'unités de vote sans valeur tactique.

Comme il est naturel, c'est parmi ces troupes surnuméraires que sont recrutés les aides techniques et les ordonnances des officiers (Varro *de vita p. R.* 87 Riposati, commenté p. 201; Fest. *optio* 216 L; Non. 82 L; Cato ap. Varr. 1.1.7, 58; Cato ap. Fest. 506 L), de même que le suppléant des licteurs auprès des magistrats supérieurs, appelé *accensus*¹¹. Ce personnel spécialisé conserve dans l'ordre militaire comme dans l'ordre civil la qualification *d'accensi*, qu'il tire du nom de la centurie dont il est issu. De là est né le sens dérivé du mot, qui désigne une catégorie restreinte de citoyens dotés d'une certaine affectation. La recherche s'égare, lorsqu'au mépris de Festus elle prend ce sens second comme point de départ, en se laissant impressionner par Varron (*de vita p. R.* 87) qui le met en vedette et distingue en langage moderne *accensus* et *adscriptivus*¹². La recherche se fourvoie complètement, lorsqu'elle interprète la centurie des *accensi* comme une nouveauté apparue dans le courant de la République, pour répondre à la nécessité d'affecter des soldats au service personnel des officiers. Cet usage est peut-être relativement récent, mais l'utilisation technique d'une fraction des *accensi* n'est pas de nature à priver de son antiquité une centurie dont le nom signifie simplement à l'origine qu'elle est ajoutée au cens à titre de complément. Si le mot *accensi* a acquis en la personne des ordonnances etc. un sens dérivé, cela n'altère en rien les données initiales du problème.

Les deux centuries de *fabri tignarii* et *aerarii* sont fort bien attestées¹³; et lorsque Cicéron raye la deuxième du système centuriate réformé pour ne laisser subsister que la première, il ne s'agit que d'un artifice pour maintenir à tout prix le total impair de 193, qu'obtient Denys par un artifice identique en rayant les *accensi*, tout en

¹¹ Mommsen, *Staatsrecht* I p. 356-358.

¹² Mommsen, *Staatsrecht* III p. 283, 4 = *Droit public* VI, I, p. 321, 3.

¹³ Kornemann, RE *fabri* VI 1918 suiv.

conservant les deux centuries de *fabri*. Qu'on ne dise pas que dans le système réformé ces deux centuries de *fabri* avaient fusionné pour n'en former plus qu'une : l'expression *fabri tignarii*, conservée par Cicéron (*rep.* 2, 39) dans ce système, serait tout à fait impropre pour désigner le résultat d'une telle fusion. Enfin lorsque Cicéron (*Orator* 156) extrait des *tabulae censoriae* les expressions *centuria fabrum* (= *fabrorum*) et *centuria procum* (= *procorum*) à titre de singularité philologique, sans indiquer le titre complet de ces centuries (*centuria procum patricium*, *centuria fabrum tignariorum*, *centuria fabrum aerariorum*), il est évident que ces citations tronquées, bien que faites au singulier, ne contiennent aucune information numérique.

En somme, les 6 centuries hors série ont toujours existé dans le système centuriate, soit à ses débuts, soit après sa réforme; et on aboutit au total aussi certain qu'inacceptable de 194. Le principe de l'imparité exige le chiffre 195. Il est obtenu sans peine en ajoutant la centurie *procum patricium*. Les *proci* = *proceres* = *principes*, d'après l'équation établie par Festus (290 L), sont les consulaires d'après le sens technique aussi bien de *principes* que de *proceres*, conformément à une étude parue dans les *Studi in onore di E. Volterra* (II p. 247-266). Une centurie de consulaires patriciens assurait à ceux-ci une place à part dans le régime centuriate, de même qu'au sénat ils occupaient un rang privilégié. Le total de 195 correspond à une majorité de 98, c'est-à-dire la somme exacte des centuries équestres et de celles de la première classe. Ce chiffre parfait garantit l'authenticité du système.

La centurie *procum patricium* disparut vraisemblablement à l'époque hanniballique, quand selon Salluste (*Hist.* I, 11 Maurenbrecher) la querelle patricio-plebéienne prit fin. Elle s'apaisa sans doute moyennant l'ultime abandon d'un privilège qui ne peut être que celui-là. Le chiffre des centuries tomba à 194, que les anciens tentèrent de ramener au moins théoriquement à 193, pour maintenir un total impair, à l'aide des artifices précédemment indiqués. Le chiffre de 193 ne peut avoir été le total initial car la majorité de 97 est un chiffre imparfait, au lieu de 98.

Appendice

Dans un récent mémoire, savant et ingénieux, Kienast (*Bonner Jahrbücher*, 175, 1975, p. 83-112) propose, à l'aide d'un important matériel archéologique relatif à l'armement, une nouvelle image de la formation du système centuriate. Il est d'accord avec l'opinion largement répandue et fortement établie qui place à l'origine de ce système une *classis clipeata* unique. Pour lui les classes 2, 3, 4 ne font leur apparition qu'au milieu du IV^e siècle sous la pression des nécessités militaires. Cet-

te datation est motivée par l'emploi du *scutum* par ces trois classes (selon D. H.), car l'auteur reprend la thèse que ce type de bouclier aurait été emprunté par les Romains aux Samnites vers cette époque. Ensuite l'armée manipulaire aurait réduit le système centuriate à un rôle purement politique, dépourvu de fonction militaire. Ces intéressantes hypothèses appellent des réserves, malgré l'ampleur de la documentation archéologique. On est en général d'accord pour admettre que l'information des annalistes sur l'armement archaïque du système centuriate ne repose que sur une simple reconstruction d'antiquaire adoptée par eux (Ogilvie, *Commentary on Livy* p. 167-168; Gjerstad *Early Rome* Vp. 177). C'est donc une information à manier avec prudence, même si elle paraît bien inspirée. D'autre part l'histoire du *scutum* est controversée. Pour Gjerstad (*cit.* p. 176) il tire son origine du bouclier oval, tel qu'il est illustré dans une tombe de Bologne du V^e siècle. Laissons aux archéologues le soin de trancher (pour l'armement en Etrurie voir Torelli, *Dial. Arch.* VIII, I, 1974-1975 p. 13-17). Mais l'apparition d'une simple arme défensive, s'il y a bien eu à cet égard innovation de l'armement, n'est pas un argument suffisant pour affirmer la formation de 3 nouvelles classes. Une réforme de l'armement, surtout défensif, n'appelle pas nécessairement de nouveaux contingents. Au point de vue juridique la thèse de Kienast se heurte aussi à une grave difficulté. A l'époque d'une *classis* unique (la future première classe), son vote ne répond pas à l'exigence du suffrage universel, tel qu'il existe au premier âge républicain dans les curies et les comices tributes. Or les XII tables (1, 4 et 10) appellent *assidui* le personnel des différentes classes du système centuriate et connaissent aussi les *proletarii* qui forment une centurie hors classes. Selon cette loi toute la population est groupée dans le système centuriate. Le vote des centuries est attesté dès le V^e siècle à l'occasion de la *lex centuriata* qui investit les censeurs au lieu d'une loi curiate; il n'est pas vraisemblable qu'à cette époque les consuls aient été investis par tout le *populus* réuni en curies, alors que les censeurs n'auraient été investis que par une fraction des citoyens, réunis dans la seule *classis clipeata*. Les XII tables et la loi centuriate des censeurs montrent que au milieu du V^e siècle les centuries groupaient tous les citoyens.

Paris

REMARQUES SUR LA SOCIÉTÉ ROMAINE ARCHAÏQUE

Sommaire. – D'une part, les clients, n'ayant pas à l'origine la capacité d'ester en justice, ne sont pas citoyens. D'autre part, d'après divers textes, les citoyens de la Rome archaïque habitent exclusivement l'urbs, alors que les clients habitent l'ager. A partir de ces données est tentée une nouvelle appréciation du régime des tribus territoriales et du système centuriate à l'époque archaïque.

Au cours du siècle dernier et au début du nôtre, de nombreuses études tentèrent de clarifier les rapports de la plèbe et de la clientèle¹. Cette vaste littérature est aujourd'hui en partie oubliée et l'ardeur des controverses passées a fait place à un certain découragement. Le dossier, comme il arrive souvent, a un aspect contradictoire. Tantôt les anciens identifient la plèbe et la clientèle, tantôt ils les séparent et les présentent comme deux groupes distincts. Il est évidemment trop facile de vouloir diluer la contradiction en prétendant qu'à l'origine toute la plèbe était cliente des nobles, et qu'ensuite de nombreux liens de clientèle s'éteignirent, si bien que les plébéiens étaient désormais les uns indépendants, les autres sujets du patriciat. Depuis longtemps on a cessé de croire à cette évolution. Il faut choisir entre les témoignages opposés.

L'image d'une cité romuléenne dans laquelle tous les plébéiens sont clients des nobles (Cic., *Rep.* 2, 16; D. H. 2, 9; cf. Liv. 6, 18, 6) est une vue de l'esprit qui a été suscitée à Rome par la langue du droit. Il était naturel de rapprocher les *patres* et les *patroni*, le rapprochement est juste, puisque ce sont les nobles qui jouent le rôle de patrons. C'est chez Plutarque (*Rom.* 13) que cette association apparaît avec le plus de clarté. En face des nobles, qui sont à la fois *patres* et *patroni*, il était tentant d'imaginer une plèbe engagée tout entière dans les liens de la clientèle et de présenter les plébéiens non seulement comme les

¹ Momigliano (*L'ascesa della plebe nella storia arcaica di Roma*, *Riv. Stor. it.*, 1967, p. 297-312; *Osservazioni sulla distinzione fra patrizi e plebei*, dans : *Entretiens sur l'Antiquité classique*, t. 13 : *Les origines de la République romaine*, Fondation Hardt, 1966, p. 197-222) a proposé un renouvellement du problème de la société archaïque. D'après lui *populus* et *plebs* seraient à l'origine deux groupes distincts. Pour notre part, nous laisserons à ces deux mots leur sens traditionnel.

clients des *patroni*, mais aussi en quelque sorte comme les enfants des *patres* (Fest., p. 288 L, *perinde ac liberis*; Serv. Aen. 6, 609). La double qualité de *patres* et *patroni* chez les nobles recommandait l'idée que la plèbe dans sa totalité était à la fois cliente et quasi-fille de la noblesse. Il s'agit d'une généralisation².

Plus sérieux paraissent à première vue les textes qui opposent la clientèle à la plèbe; ils appartiennent à l'annalistique, mais le contexte n'est jamais sûr. Les annalistes séparent la clientèle de la plèbe et font souvent intervenir cette distinction en des circonstances invérifiables. Tite-Live (2, 56, 3) exclut en 471 les clients du concile de la plèbe, mais n'éprouve aucune gêne à les y replacer en 391 (5, 32, 8). En 469, d'après lui, les plébéiens refusent de participer à l'élection consulaire; seuls votent alors les patriciens et leurs clients (2, 64, 2). D'après Denys d'Halicarnasse (6, 47; 6, 63), lors de la première sécession de la plèbe, les clients restent sur place. A plusieurs reprises, d'après le même auteur (7, 19; 10, 15; 10, 27; 10, 43), quand la plèbe refuse le service aux armées, les patriciens enrôlent les clients³. Il est impossible de contrôler tous ces renseignements. Il ne s'agit probablement que d'inductions de l'annalistique, parfois assez plausibles. L'inspiration paraît bonne, quand les clients sont exclus du plus ancien concile de la plèbe. Peu importe le détail de ces récits. L'annalistique exploite un thème traditionnel, mais ne lui offre qu'une base chancelante. A côté d'elle, le droit permet de vérifier la distinction archaïque des plébéiens et des clients.

Les Romains se plaisaient à dissenter sur la clientèle; Aulu-Gelle (5, 13) réunit sur ce sujet quelques citations prestigieuses, notamment de Caton et de Massurius Sabinus. Denys d'Halicarnasse (2, 10) ou plutôt sa source⁴ recueille un bref code de la clientèle, peu étudié de nos jours, qu'il range parmi les lois de Romulus. L'étiquette de loi royale est évidemment suspecte. Mais le texte dans sa substance est digne de foi, bien que son origine soit inconnue et qu'il combine des données archaïques à d'autres qui le sont moins. Il n'y a pas lieu de douter de l'obligation faite au client de contribuer à la dot de la fille du patron ou à la rançon de ce dernier. Le devoir du patron d'expliquer le droit au client est confirmé par Horace (*epist.* 2, 1, 104, *clienti*

² Fest., p. 262 L : *Patrocinia appellari coepta sunt, cum plebs distributa est inter patres, ut eorum opibus tuta esset*. On retrouve peut-être un écho de cette conception chez Tite-Live, quand il déclare que la clientèle de Camille formait une grande partie de la plèbe : 5, 32, 8 : *magna pars plebis*.

³ Voir aussi : Liv. 3, 14; 3, 16; D. H. 7, 18; 9, 41; 10, 40. Sur la question : Schwegler, *Römische Geschichte*, I (1884), p. 643, n. 1.

⁴ Sur la source de Denys d'Halicarnasse à propos de la constitution romulienne : Gabba, *Ath.*, 1960, p. 175-225.

promere iura). Denys exclut les actions en justice du patron contre le client et réciproquement; au Digeste (47, 2, 90) cette règle survit au moins quant à l'action *furti*, qui est refusée au patron dans un fragment de Paul. L'interdiction faite au patron de porter témoignage contre le client se retrouve chez Caton (ap. Gell. 5, 13, 4, *testimonium adversus clientem nemo dicit*). L'obligation du client d'aider le patron à payer ses amendes reçoit une illustration au cours de la carrière de Camille (Liv. 5, 32 8). La sacralité qui frappe le patron infidèle, mise au compte de Romulus, n'est pas une invention; elle est prévue par les XII Tables (8, 21)⁵. Dans l'ensemble, ce petit code de la clientèle, reproduit par Denys d'Halicarnasse, est un document sérieux, emprunté vraisemblablement à une source juridique. Sa disposition la plus intéressante définit l'assistance judiciaire que le patron doit au client, que celui-ci soit demandeur ou défendeur⁶. D'après le texte cette assistance est obligatoire. Elle l'est encore dans un passage négligé de Plaute, même si elle est devenue facultative à la fin de la République⁷.

Men 585. :

Eis (les clients) ubi dicitur dies, simul patronis dicitur,
 Quippe qui pro illis loquantur, quae male fecerint.
 Aut ad populum, aut in iure, aut ad iudicem res est.

590. :

Apud aedilis pro eius factis plurimisque pessumisque
 Dixi causam.

A l'époque de Plaute, l'assistance judiciaire n'est qu'une protection dont le client pourrait à la rigueur se passer et qui ensuite perdit son caractère impératif. A l'époque archaïque, elle est une nécessité. Autrefois le client n'avait pas la capacité d'ester en justice; il ne pouvait plaider qu'avec l'assistance de son patron. De même, en 171, à l'aube des procès *repetundarum*, le sénat n'autorise les Espagnols à faire valoir leurs prétentions en justice contre d'anciens magistrats romains qu'avec l'assistance de *patroni* romains choisis par eux-mêmes (Liv. 43, 2)⁸. Sans cette condition, une action ne serait pas recevable. A cette date, les étrangers peuvent depuis longtemps plaider à Rome contre des particuliers, mais ils ne pouvaient pas encore porter plainte contre un ex-magistrat. Ici encore le *patronus* remédie à une incapacité.

⁵ Brecht, *Perduellio* 1938, p. 31-41; Fuhrmann, *R. E.*, Sup. IX (1962), 1225.

⁶ Sur ce point voir aussi Plut., *Rom.* 13, 5. Premierstein (*R. E.*, IV, 47) parle à tort ici de représentation judiciaire, laquelle est rarissime à l'époque archaïque.

⁷ Mommsen, *Droit public*. VI, 1, p. 91.

⁸ Serrao, *St. De Francisci*, II, p. 473-511.

Cette incapacité d'ester en justice qui frappe anciennement le client à Rome ne peut avoir qu'une explication : le client n'est pas citoyen, il ne jouit pas de la protection du droit, mais seulement de celle de son *patronus*. Entre les plébéiens et les clients la distinction est claire et tranchée : le plébéien est citoyen, le client ne l'est pas.

Mommsen (*Droit public*, VI, 1, p. 68), sans même chercher l'appui d'un texte, pressentit que les clients s'appelaient *liberi*, comme s'ils étaient les fils de leur patron⁹. Il fut guidé par le mot *patronus*, qui aux yeux des Romains déjà paraissait indiquer que les clients se trouvaient dans une dépendance en quelque sorte filiale (Serv., *Aen.* 6, 609; D. H. 2, 10, 1). Festus définit cette filiation comme une fiction : p. 288 L, *patres . . . agrorum partes adtribuuerant tenuioribus perinde ac liberis*. La fiction mise à part, les clients sont des *liberi*, hommes libres, mais non des *cives*. La fiction fut favorisée par le fait que les *patroni* sont en même temps les nobles, *patres*, alors que les clients sont des hommes libres non citoyens, *liberi*, pouvant passer aisément grâce à ce mot pour les fils des premiers, les *patres*.

Festus remonte à une époque reculée où les clients n'étaient pas propriétaires de la terre qu'ils cultivaient, mais la tenaient de leurs patrons à titre précaire, à l'image de la concession du pécule au fils de famille (*perinde ac liberis*)¹⁰. Un bref passage de Varron, souvent cité mais laissé dans un trop splendide isolement, utilise le mot *liberi* pour désigner les bénéficiaires d'un partage de terres, dont l'auteur passé sous silence ne peut guère être que Servius Tullius : Nonius, p. 62 L, Varro de Vita Populi Romani lib. I : «*et extra urbem in regiones XXVI agros viritim liberis adtribuit*»¹¹. Varron paraît vouloir dire que ce partage étranger au sol de *l'urbs* (*extra urbem*) intéressa l'ensemble de *l'ager Romanus*, divisé en districts ruraux (*regiones*), antérieurs à la création des tribus rustiques; mais il faut évidemment sous-entendre que cette réforme n'affecta que certaines parcelles du territoire. Pour Tite-Live, Servius ne partagea que des terres conquises (1, 46, 1, *agro capto ex hostibus viritim diviso*). Aux yeux de Denys d'Halicarnasse (4, 9, 8; 4, 13, 1; cf. 4, 10, 3; 4, 11, 2), Servius partagea des terres publiques. Un doute plane sur la nature des terres partagées. Denys d'Halicarnasse définit avec précision les bénéficiaires; ce sont des serfs : 4, 9, 8, ἵνα μὴ θητεύητε ὄντες ἐλεύθεροι (discours de Servius); 4, 13, 1, διένειμε τὴν δημοσίαν χώραν τοῖς θητεύουσι. Ces

⁹ Voir aussi Heurgon, *Rome et la Méditerranée occidentale*, 1969, p. 193.

¹⁰ Premierstein, *R. E.*, IV, 44.

¹¹ Cf. L. Ross Taylor, *Voting Districts*, 1960, p. 5, n. 9; Gabba, *Ath.*, 1961, p. 105; Palmer, *The archaic community of the Romans* 1970, p. 125. Mommsen (*Droit public*, VI, 1 p. 189) pensait trouver dans ce texte la preuve du partage des terres gentilices.

serfs sont évidemment les clients, ceux là-mêmes qui avant la réforme de Servius ne détiennent la terre de leurs patrons, selon Festus, qu'à titre précaire. Les voilà maintenant propriétaires de leur sol, quelle que soit son origine. Malgré certaines incertitudes, la tradition est assez sûre. Les clients cultivaient d'abord des tenures révocables, concédées par leurs patrons. Une réforme, qu'elle soit l'œuvre du bon roi Servius ou que sa date soit postérieure, les fit accéder ensuite à la propriété privée, au détriment soit des terres des *patres*, soit des terres publiques¹². La tradition reste fidèle à elle-même, quand au début de la République, à l'arrivée du fondateur de la *gens Claudia*, Attius Clausus, elle fait état d'une distribution de lots de terres en pleine propriété au profit de ses clients (Liv. 2, 16, 4; D. H. 5, 40, 3; Plut., *Popl.* 21).

Ce qu'il y a de remarquable dans cette tradition, c'est l'emploi du mot *liberi*. Festus l'utilise, quand il décrit les tenures révocables que les clients tenaient de leurs patrons. Le mot revient chez Varron à propos de la réforme servienne qui les rendit propriétaires de leur sol. A l'époque de Proculus on associait encore les mots *clientes* et *liberi* : *clientes nostros intellegimus liberos esse* (Dig. 49, 15, 7, 1). Ces personnages à l'origine ne sont pas des plébéiens, ce sont des hommes libres dépourvus de la citoyenneté, tenus en sujétion par leurs patrons et incapables de plaider en justice sans l'assistance de ceux-ci.

La terminologie permet de remonter assez loin dans l'histoire. La loi des XII Tables (8, 21) emploie les mots *patronus* et *cliens*. Le mot *patronus* suggère une dépendance quasi filiale et c'est bien ainsi que les Romains le comprenaient. Cette quasi-filiation trouve une expression beaucoup plus forte dans les termes *patres* et *liberi* qui désignent également le patron et le client. Les nobles, *patres*, sont ceux qui ont des clients, *liberi*. Le même mot désigne en latin l'homme libre, *liber*, et les enfants, *liberi*¹³. La filiation est la source de la liberté. Le mariage a pour but, selon une formule ancienne, la procréation d'enfants légitimes qui sont des êtres libres : *liberorum quaerundorum causa* (Plaute, Cap. 889)¹⁴. Les clients sont des hommes libres, parce que selon une fiction archaïque ils sont les fils, *liberi*, des *patres* (Fest., p. 228 L, v. *patres*). La noblesse repose sur le patronat. Les

¹² K. J. Neumann, dans un mémoire célèbre (*Die Grundherrschaft der römischen Republik, die Bauernbefreiung und die Entstehung der servianischen Verfassung*, 1900), fait dépendre l'accès des serfs à la propriété privée de la création des tribus rustiques. Sur ce point, voir : Binder, *Plebs*, 1909, p. 221; Beloch, *Römische Geschichte*, p. 273.

¹³ Ernout-Meillet, *Dictionnaire*, 1967, V. *liberi*, p. 355.

¹⁴ Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, 1969, I, p. 324.

patres sont à la fois les patrons et les sénateurs¹⁵. Ils s'appellent de la sorte, parce qu'ils sont réputés être les pères de leurs clients.

* * *

En appelant les clients *liberi*, la langue juridique est d'une grande précision; elle les qualifie d'hommes libres, mais non de *cives*, ce qu'à l'origine ils ne sont pas, bien que l'annalistique par anticipation les tienne habituellement pour tels (par exemple, Liv. 2, 16, 5). Il est inutile à leur propos de parler de demi-liberté, comme on le faisait autrefois. Il est plus exact de dire simplement que ce sont des hommes libres non citoyens. Cette catégorie juridique s'effacera assez vite, quand ils auront acquis le droit de cité, si bien que le droit romain, oublieux du passé, associera étroitement *libertas* et *civitas*. Curieusement, annalistes et antiquaires ont gardé le souvenir de l'accès des clients à la propriété du sol, mais non de leur accès à la citoyenneté. L'histoire des tribus territoriales est peut-être de nature à éclairer ce problème.

A première vue, on pourrait imaginer que les plébéiens-citoyens et les clients non citoyens cohabitaient pêle-mêle dans *l'urbs* et *l'ager*. Ce serait une erreur. Une tradition assez ferme situe tous les citoyens dans la ville, ne laissant implicitement aux clients que la campagne¹⁶. Les uns et les autres sont des cultivateurs, mais les citoyens habitent *l'urbs*, à l'abri de son enceinte. Le droit romain a partie liée avec la topographie. A *l'urbs* et à *l'ager*, il fait correspondre respectivement *l'imperium domi* et *l'imperium militiae*. De même il enferme les citoyens dans la ville: être *civis* c'est habiter *l'urbs*. Les *liberi* non citoyens se contentent de la campagne.

Quand Tite-Live écrit: I, 43, 13, *Quadrifariam enim urbe divisa regionibus collibusque qui habitabantur, partes eas tribus appellavit, ut*

¹⁵ Dans une précédente étude (*Hommages à Jean Bayet, Collection Latomus*, t. 70, 1964, p. 427-473), nous croyons avoir montré que, dans l'adage «*auspicia ad patres redeunt*», les *patres* sont d'anciens magistrats patriciens: en cas d'interrègne c'est à eux que font retour les auspices qu'ils ont détenus pendant leur magistrature. De fait, la liste des interrois, en la personne desquels renaissent de la sorte les auspices, montre qu'ils sont d'anciens magistrats supérieurs. Les *patres* de l'époque royale sont devenus, au premier âge républicain, les magistrats de la cité. Et, comme au cours du V^e siècle toutes les familles patriciennes ont eu accès à la magistrature supérieure, dans l'expression *patres (et) conscripti*, les *patres* sont les nobles qui ont détenu le pouvoir. Il s'agit d'une spécialisation technique du mot.

¹⁶ Ed. Meyer (*Kleine Schriften*, I (1910), p. 365 = *Hermes*, 30, 1895, p. 12) a affirmé vigoureusement cette répartition, sans toutefois recourir aux textes. Ce point de vue a été repris par Kornemann, *Klio*, 1905, p. 90.

ego arbitror, ab tributo, il n'attribue à Servius que la création des quatre tribus urbaines et omet celle des tribus rustiques, qu'il tient à juste titre pour postérieures. Comme l'a noté Lily Ross Taylor (*Voting Districts*, p. 5), Tite-Live, en passant sous silence *l'ager*, concentre tout le *populus* dans *l'urbs*. Le *Liber de viris illustribus* est encore plus explicite : 7, 7, *populum in quattuor tribus distribuit (Servius)*. Denys d'Halicarnasse, ou plutôt sa source, partage la même conception. A ses yeux, la Rome servienne des quatre régions ou tribus urbaines se substitua intégralement à l'ancienne Rome des trois tribus génétiques : 4, 14, 1, τετράφυλον ἐποίησε τὴν πόλιν εἶναι, τρίφυλον οὖσαν τέως; 4, 14, 2, οὐκέτι κατὰ τὰς τρεῖς φυλὰς τὰς γενικάς, ὡς πρότερον, ἀλλὰ κατὰ τὰς τέτταρας τὰς τοπικάς. Il présente les quatre tribus urbaines comme le cadre de la levée des troupes et de la perception de l'impôt. Le remplacement des trois tribus génétiques par les quatre tribus urbaines signifie, selon la tradition recueillie par Denys, comme l'a observé Gabba¹⁷ avec pertinence, que toute la population civile était groupée dans ces dernières.

Le *P. Oxy.* XVII, 2088 est un texte de la même famille. Ce fragment mutilé d'un auteur inconnu décrit les réformes serviennes. Une particularité stylistique du texte, notée par A. Piganiol¹⁸, est d'appeler *pagi* les quatre tribus urbaines. C'est ainsi que la première d'entre elles, car elles ont un ordre, est qualifiée de *primus pagus*. Alors qu'habituellement on distingue dans la ville les *pagi* et les *montes*¹⁹, ce papyrus ne parle que des *pagi* et les identifie aux quatre tribus serviennes. Cette terminologie est moins singulière qu'on ne pourrait le croire, si l'on se rappelle que la tribu urbaine *Suburana* est rattachée par les Romains au *pagus Succusanus* : Fest., p. 402 L, *Suburam Verrius alio libro a pago succusano dictam ait*. Un bout de phrase du papyrus précise que les *cives* habitent la ville répartis dans les quatre tribus ou *pagi* : *in oppido quo quisque pago civis ha(bitabat)*. Ensuite le texte parle de la levée des soldats et de la perception de l'impôt : *exque pagis milites conquirebantur et tributum e] pagis cogebatur*. Ces *pagi* sont les seules tribus urbaines et l'auteur les présente, ainsi que Denys, comme le cadre de la levée et de la perception fiscale. Cette spécialisation du sens du mot, constante dans le texte, ne doit pas être oubliée quand on aborde le passage très mutilé par lequel l'auteur introduit la réforme servienne des circonscriptions territoriales : *u perdito divisit pagosque in tribu*. Il serait arbitraire de vouloir reconnaître ici l'apparition des tribus rustiques, qui d'après la meilleure tradition ne sont pas l'œuvre de Servius, mais une création postérieure.

¹⁷ *Ath.*, 1961, p. 102-103.

¹⁸ *Scritti Nogara*, 1937, p. 376.

¹⁹ *Lugli, Fontes ad topographiam veteris urbis Romae*, I (1962), p. 83.

re. Il faut laisser à *pagosque* le sens que le mot a toujours dans le papyrus et, avec Piganiol²⁰, rétablir le texte comme suit (en se rappelant la formule de Tite-Live 1, 43, 13 : *quadrifariam urbe divisa*) : *Deinde o[mne urbis solum quatr]uper<t>ito divisit pagosque in tribu[um vicem quattuor creavit]*. Ainsi compris le papyrus professe la même doctrine que Tite-Live et Denys d'Halicarnasse; il n'attribue à Servius que la seule création des quatre tribus urbaines ou *pagi*, qui se substituèrent aux trois anciennes tribus génétiques et groupaient tous les citoyens.

Le droit confirme l'annalistique. La compétence des tribuns de la plèbe est limitée à *l'urbs*. Au delà du *pomerium*, ils ne peuvent faire intercession contre un titulaire de *l'imperium militiae*²¹. Quand par suite de l'extension de la ville *l'imperium domi* atteignit la limite de la première borne milliaire, l'intercession tribunitienne contre lui connut la même extension²². Ainsi, selon qu'elle s'exerce à l'encontre de *l'imperium militiae* ou de *l'imperium domi*, la compétence des tribuns de la plèbe va jusqu'au *pomerium* ou jusqu'à la première borne milliaire. A l'origine, dans les deux cas, la limite était le *pomerium*. Cette restriction topographique de la protection des plébéiens contre les magistrats patriciens correspond à la domiciliation de la plèbe à l'intérieur de la ville²³. Les clients, répandus sur *l'ager*, ne sont pas dépourvus de protection; ils ont celle de leurs patrons.

Clients et plébéiens sont deux types différents de cultivateurs. Le plébéien est citoyen et habite *l'urbs*. Le client est le paysan de la campagne, privé de citoyenneté²⁴. Quand, au début de la République, Attius Clausus vint s'établir à Rome, il reçut pour lui-même une demeure dans la ville, alors que ses clients s'installèrent sur *l'ager* (D. H. 5, 40, 5).

²⁰ Le texte du papyrus et sa reconstitution par Piganiol ainsi que celle de M. A. Levi (*Riv. Fil.*, 1928, p. 511) sont reproduits dans : Cavenaile, *Corpus Papyrorum Latinarum*, 1958, p. 120-121; *Lugli, Fontes*, I, p. 74.

²¹ D. H. 8, 87; Ap., B. C., 2, 31.

²² Liv. 3, 20, 7; Dio Cass, 51, 19, 6.

²³ Le lotissement de l'Aventin en 456 ne paraît pas concerner les plébéiens. Cette colline extrapomériale était habitée d'après la tradition par des étrangers, des Latins selon Tite-Live (I, 33), qui y exerçaient le commerce. D'après l'interprétation la plus probable ce furent les bénéficiaires du lotissement (A. Merlin, *L'Aventin*, 1906, p. 87; Ogilvie, *Commentary on Livy*, p. 136, 446). En ce sens va le dépôt du texte de la loi qui ordonna le lotissement dans le temple de Diane fédérale (D. H. 10, 32), ainsi que la présence sur l'Aventin du dieu du commerce, Mercure, depuis 495, et d'un *collegium mercatorum* (Latte, *Römische Religionsgeschichte*, 1960, p. 163).

²⁴ Le client apparaît comme paysan chez D. H. 2, 9; Fest., p. 288 L.

D'après la meilleure tradition, représentée principalement par Tite-Live (1, 43), Servius Tullius ne créa que les quatre tribus urbaines. Les tribus rustiques sont une innovation postérieure au bon roi. Varron, cité par Nonius (p. 62 L), se rattache à cette tradition; il ne connaît à l'époque de Servius, en dehors de *l'urbs*, que des districts ruraux, qu'il appelle *regiones*, bien différents des tribus rustiques qui font leur apparition plus tard. Denys d'Halicarnasse (4, 14), après avoir groupé toute la population civique à l'intérieur des quatre tribus urbaines, éprouve un certain embarras au chapitre suivant (4, 15) pour rendre compte du régime de la campagne. Il cite les opinions contradictoires de divers auteurs, Fabius, Vennonius, Caton, et ne s'y attarde pas²⁵. Il se rallie à une conception semblable à celle de Varron, qui est peut-être sa source, comme on l'admet en général, et pense que *l'ager* était divisé en un certain nombre de districts (4, 15, 2, εἰς ὅποσας δήποτε μοίρας), qu'il paraît identifier avec les *pagi* ruraux (πάγους)²⁶.

Du temps de Servius, la ville et la campagne obéissent à des régimes différents. La ville est divisée en tribus. L'absence de tribus rustiques confirme que les habitants de *l'ager* ont un statut profondément distinct de celui des occupants de *l'urbs*. Quand Rome crée de nouvelles tribus territoriales, elle n'a jamais d'autre but que d'encadrer des citoyens, que ceux-ci soient des Romains transplantés sur des territoires annexés, et dotés de lotissements, ou qu'il s'agisse d'autochtones promus à la citoyenneté²⁷. La tribu est un territoire occupé par des citoyens. Elle est une circonscription administrative mise à leur service. Inversement, quand on constate que *l'ager Romanus antiquus* n'est pas divisé en tribus à l'époque royale, il s'ensuit que ses habitants ne sont pas citoyens. La tradition qui groupe au temps de Servius tout le

²⁵ D'après Fabius, cité par Denys, *l'ager* du temps de Servius était divisé en 26 tribus territoriales. D'après Vennonius en 31 tribus. Ces propositions étaient déjà absurdes aux yeux des Romains, qui ne s'y arrêtaient pas. Une tradition sûre savait que, jusqu'à l'annexion du territoire de Véies, il n'y avait à Rome que 21 tribus, 4 urbaines, 17 rustiques. Toutefois le chiffre de 26 tribus rustiques de Fabius a été converti par Varron (cité par Nonius, p. 62 L) en 26 *regiones* ou districts ruraux, antérieurs à la division de *l'ager* en tribus. Varron a compris l'erreur de Fabius quant à l'existence des tribus rustiques à l'époque de Servius, mais a conservé le chiffre de 26 qu'il interprète autrement.

²⁶ Mommsen, *Droit public*, VI, 1, p. 189; L. Ross Taylor, *Voting District*, p. 5; Gabba, *Ath.*, 1961, p. 105. La relation entre les anciens *pagi* ruraux et les nouvelles tribus rustiques n'est pas claire. On admet parfois que plusieurs *pagi* fournirent une tribu rustique (Mommsen, *loc. cit.*, p. 190; L. Ross Taylor, *loc. cit.*, p. 6). On sait que la tribu *Lemonia* prit son nom d'un *pagus* (Fest., p. 102 L).

²⁷ Mommsen, *Droit public*, VI, 1, p. 184; L. Ross Taylor, *Voting Districts*, p. 66; A. Toynbee, *Hannibal's Legacy*, I (1965), p. 165, 377.

populus à l'intérieur de la ville est en parfait accord avec l'histoire de la division du sol.

La création des premières tribus rustiques, vraisemblablement au V^e siècle, effaça la profonde différence qui opposait jusque-là les plébéiens-citoyens de *l'urbs* et les clients non citoyens de *l'ager*. Désormais, ils sont tous citoyens, répartis à l'intérieur de circonscriptions identiques. Libres, les clients l'étaient déjà. Leur inscription dans une tribu rustique les rend citoyens. La *civitas* s'ajoute pour eux à la *libertas*. Le contraste juridique entre la ville et la campagne est surmonté. Le cultivateur de la campagne est élevé au niveau de celui qui habite la ville. Le droit est le même pour tous. Le concept de cité s'est élargi; il n'est plus limité à *l'urbs*, comme *l'imperium domi*, il s'étend à *l'ager*. La plèbe acquiert aussi une nouvelle dimension; sa composition cesse d'être purement urbaine; devenus citoyens, les clients de la campagne s'ajoutent à elle. Et il faut distinguer à l'avenir une plèbe cliente d'une plèbe libre.

C'est un fait que l'annalistique n'a gardé aucun souvenir de cette réforme, et ce silence pourrait être de nature à faire douter d'elle. Si les Romains ont oublié comment les clients ont été promus à la citoyenneté, la raison en est simple. Cette promotion est liée à la formation des premières tribus rustiques. Or les Romains ignoraient tout de leur naissance. Tout ce qu'ils savaient, c'est que le roi Servius avait créé seulement quatre tribus urbaines et qu'en 387, quand fut organisé le territoire de Véies (Liv. 6, 5, 8), il y avait en tout 21 tribus : 4 urbaines et 17 rustiques. De Servius à 387, 17 tribus nouvelles ont été créées et les Romains n'avaient aucune information authentique sur leur date d'apparition. Quand Tite-Live (2, 21, 7) déclare qu'en 495 le nombre des tribus fut porté à 21²⁸, lui ou sa source ne formule qu'une hypothèse dont le motif est simple. D'après la légende, la première sécession de la plèbe en 494 eut comme théâtre le territoire de Crustumerium; cela supposait que la tribu Clustumina ait été instituée au plus tard l'année précédente²⁹.

En réalité, la tribu Clustumina, située au nord de Fidènes, ne put être créée qu'après la chute de cette ville³⁰ en 426. Avant l'apparition de cette vingt et unième tribu, il y avait en tout 20 tribus, 4 urbaines, 16 rustiques. Les Romains ne sachant rien de sérieux sur la naissance

²⁸ Voir aussi D. H. 7, 64.

²⁹ De Sanctis, *Storia dei Romani*, II, p. 19.

³⁰ Beloch, *Römische Geschichte*, p. 159; Alföldi, *Early Rome and the Latins*, 1963, p. 317. Cf. Kolendo, *Eos*, 1966, p. 311.

de ces dernières, l'accès des clients à la citoyenneté est resté dans leurs annales une chose tue³¹.

Pas la moindre loi n'est mentionnée dans les annales comme acte de naissance des 16 tribus rustiques les plus anciennes. De même, pour les 14 tribus qui furent instituées de 387 à 341, il n'y a pas trace de loi. Le motif est clair : la création des tribus nouvelles n'entre pas dans la compétence des assemblées populaires. Celle-ci, relativement étroite à l'origine, s'est élargie sous la République. L'institution d'une tribu est un acte administratif, elle est étrangère au *ius*, lequel commença par avoir un domaine rigoureusement circonscrit. Créer une tribu est un acte de magistrat³² (Liv. 8, 17, 11, *tribus additae Maecia et Scaptia; censores addiderunt Q. Publilius Philo, Sp. Postumius*). De même, la réforme du système centuriate au III^e siècle ne fut pas réalisée par une loi³³.

L'octroi de la citoyenneté lui-même ne commença pas par dépendre d'un vote populaire. La première loi³⁴ connue de ce type date de 332. L'antique rituel de l'affranchissement *vindicta* à lui seul rend citoyen. De même, il n'est question nulle part d'une loi pour la promotion des clients à la citoyenneté, et il n'y a pas lieu d'en supposer une. Quand furent créées les premières tribus rustiques, ils devinrent citoyens par inscription au cens. Le mécanisme juridique fut le même que celui de l'affranchissement *censu*, quelle que soit la date où se généralisa ce mode d'affranchissement³⁵. La modestie du procédé

³¹ Des 16 tribus rustiques archaïques, la tribu Claudia est la seule pour laquelle une date de naissance soit proposée par l'annalistique : Tite-Live (2, 16, 5) la place en 504. Cette date n'a aucune valeur. On savait que le territoire de cette tribu au nord de l'Anio avait été récemment annexé. Aussi fut-on amené à fixer sa création peu d'années avant que le total des 21 tribus ne fût atteint, disait-on, en 495. Une anticipation en entraîna une autre. Nous renvoyons à : Wissowa, *R.E.*, III, 2650; L. Ross Taylor, *Voting Districts*, p. 37; Alföldi, *Early Rome*, p. 311.

³² L. Ross Taylor (*Voting Districts*, p. 17) suppose à tort que la création des tribus nouvelles exigeait une loi. Ce point de vue relève du préjugé legaliste, largement répandu, qui fait commencer trop tôt à Rome l'idée de souveraineté populaire, laquelle ne commença à s'affirmer qu'après la loi Hortensia. Bien après la formation du total des 35 tribus, à l'occasion de la loi Julia en 90, quand fut envisagée la création de nouvelles tribus, cette opération passa alors seulement pour entrer dans la compétence législative. Cf. L. Ross Taylor, *loc. cit.*, p. 102.

³³ Mommsen, *Droit public*, VI, 1, p. 306.

³⁴ Rotondi, *Leges*, p. 85. Le cas de L. Mamilius Tusculanus en 458 est obscur. A son propos Tite-Live (3, 29) parle plutôt d'un *consensus (ad probantibus cunctis)* que d'un vote.

³⁵ Dans un texte célèbre, Cicéron dévalorise la preuve que le cens apporte de la citoyenneté : *pro Archia* 11, *census non ius civitatis confirmat ac tantummodo indicat eum qui sit census ita se iam tum gessisse*. Cette proposition est commandée

explique qu'il n'ait pas retenu l'attention de l'annalistique, qui, prenant naissance beaucoup plus tard, pensait, selon le droit de son temps, que seul le *populus* pouvait donner la *civitas* à un groupe d'hommes libres.

* * *

Dans le système centuriate réformé, après que le total des tribus eut atteint le chiffre de 35 en 241, la relation entre tribus et centuries est particulièrement évidente pour la première classe : elle comprend 70 centuries, 35 de *iuniores*, 35 de *seniores* (Cic., *Rep.* 2, 39); chaque centurie correspond à une tribu et en porte le nom (par exemple, *Aniensis iuniorum*, Liv. 24, 7, 12). Pour les autres classes, la relation arithmétique entre tribus et centuries n'est pas connue et devait donner lieu à des calculs du même type que ceux qu'a révélés la *Tabula Hebana* pour le début du principat³⁶. La correspondance entre tribus et centuries, dans l'assemblée centuriate réformée, est telle que dans divers textes l'unité de vote est appelée tribu³⁷.

Tite-Live (I, 43, 12-13) est parfaitement averti de cet état de choses, mais pour la période archaïque la relation entre tribus et centuries lui échappe et il n'hésite pas à la nier. Il remarque que le système centuriate des 5 classes ne s'accorde pas avec le total des tribus serviennes : *ad institutam ab Servio Tullio summam non convenire*³⁸. Il a le mérite de poser la question, mais il ne peut y apporter de réponse. Servius n'a institué, comme il le sait fort bien, que quatre tribus urbaines, les tribus rustiques étant apparues postérieurement. Entre ces quatre tribus et le système des 5 classes, il n'y a aucun rapport. Mais Tite-Live pose mal le problème, parce qu'il ne sait pas, comme on le sait aujourd'hui, que le système des 5 classes n'est pas l'œuvre de Servius.

Cependant les réformes serviennes forment un tout. L'institution des quatre tribus urbaines a pour but de servir de base au cens (D. H.

par la chicane, car le recensement d'Archias avait été mis en cause (*census nostros requiris*). D'autre part l'irrégularité du cens depuis 86 rendait problématique son utilisation comme preuve de la citoyenneté. Comme l'a bien vu Last (*J. Rom. St.*, 1945, p. 36), ce texte de circonstance, utilisé abusivement par Mommsen (*Droit public*, IV, p. 52), n'entame pas la valeur du cens pour les temps plus anciens.

³⁶ L. Ross Taylor, *Roman Voting Assemblies*, 1966, p. 89.

³⁷ Pol. 6, 14, 7; Cic., *Leg. agr.* 2, 4; *Sest.* 109; *Planc.* 49; Liv. 29, 37, 13. Sur ce point, Walbank, *Commentary on Polybius*, I (1957), p. 683; Sumner, *Ath.*, 1962, p. 51 et suiv.

³⁸ Sur ce texte : Nicholls, *Am. J. Phil.*, 1956, p. 242; L. Ross Taylor, *Am. J. Phil.*, 1957, p. 338. Dans un autre sens : Sumner, *Ath.*, 1962, p. 64.

4, 14)³⁹. Entre *centuries* et *tribus* la relation est primordiale. Il n'y a pas lieu de mettre en doute que Servius ait créé le système *centuriate*; il a divisé le sol de *l'urbs* en quatre *tribus* pour qu'elles soient le cadre de la levée des *centuries*. Comme le montrent les monuments figurés⁴⁰, au VI^e siècle chez les Étrusques l'armement des hoplites est en vigueur et l'usage de la phalange paraît connu. Plus tard, leurs *rituales libri* conservent la description des *centuries* (Fest., p. 358 L). Or la tradition sait que les Romains ont emprunté aux Étrusques le régime militaire de la phalange⁴¹ (Diod. 23, 2; *Inedit. Vaticanum*, 3 [*Hermes*, 1892, p. 121], Ath. 6, 106 (275). Quel meilleur intermédiaire pour cet emprunt qu'un roi étrusque à Rome? Mais, quand Servius institue le régime *centuriate*, il ne s'agit que d'une organisation rudimentaire et le cens n'est pas encore celui des 5 classes, que les annalistes lui attribuent. Le vrai système *centuriate* de Servius est la réplique des quatre *tribus* urbaines, qui sont la base de son recrutement, à une époque où tout le *populus* est domicilié dans *l'urbs*.

Une particularité terminologique a permis depuis longtemps de reconstituer l'organisation *centuriate* primitive. Les Romains appelaient encore au II^e siècle avant J.-C. la première classe *classis* et *infra classem* l'ensemble des quatre autres (Cato ap. Gell. 6, 13; Fest. v. *infra classem*, p. 100 L). On en a déduit avec raison qu'à l'origine le système *centuriate* ne se composait pas de 5 classes. Au-dessous des *equites*, Servius institua une *classis* unique ou phalange des hoplites, qui possédaient un cens déterminé; ceux qui n'atteignaient pas ce cens formaient *l'infra classem*, c'est-à-dire les troupes légères⁴². Si on accepte la tradition d'après laquelle à l'époque royale tous les citoyens sont domiciliés dans *l'urbs*, il faut s'attendre à ce que la *classis* servienne, recrutée dans les quatre *tribus* urbaines, ait un nombre de *centuries* qui soit un multiple de quatre. Il en est ainsi plus tard dans le système des 5 classes pour la première qui a 40 *centuries* de *iuniores* et autant de *seniores*. Ce chiffre n'est pas fortuit, il est riche d'enseignement. Il montre que le cens postservien des 5 classes a fait de bonne heure son apparition, à une époque où la ville l'emporte encore sur la campagne: en face des clients de *l'ager*, c'est dans *l'urbs* que résident les citoyens les plus fortunés. Aux quatre *tribus* urbaines cor-

³⁹ L. Ross Taylor, *Am. J. Phil.*, 1957, p. 340.

⁴⁰ Snodgrass, *J. Hell. St.*, 1965, p. 118.

⁴¹ L'anecdote, en 431, suspecte aux yeux des anciens eux-mêmes (Liv. 4, 29, 5; Diod. 12, 64), d'un soldat combattant par indiscipline hors de son poste mais avec succès, n'est pas de nature à apporter un repère chronologique sur l'histoire de la phalange chez les Romains, comme l'a pensé Nilsson, *J. Rom. St.*, 1929, p. 24.

⁴² Voir en particulier: Ernst Meyer, *Römischer Staat und Staatsgedanke*, 1961, p. 53; Momigliano, *J. Rom. St.*, 1963, p. 120.

respond, au niveau des fantassins qui peuvent se payer l'armement complet de l'hoplite, un total de centuries qui a ce chiffre pour multiplicateur. Le nombre des centuries de la première classe du régime centuriate postservien procède de celui de la *classis* de Servius, dont elle est le reflet et dont elle a conservé le nom. Ce n'est peut-être pas le même, mais on peut tenir pour assuré que la phalange servienne calculait aussi le nombre de ses centuries à partir des quatre tribus urbaines, qui constituaient le cadre de la levée.

Au-dessous de la *classis* servienne, l'*infra classem* ou infanterie légère se compose de citoyens moins fortunés et sans doute également de clients. Ceux-ci ne peuvent guère être restés étrangers à l'armée servienne. On sait par Denys d'Halicarnasse (voir *supra*) que l'on avait recours à eux, lorsque les plébéiens faisaient obstacle à la levée. Si l'épisode des Fabii près du Crémère vers 477 est authentique, il faudrait même admettre qu'à côté de l'armée régulière les *patres* recrutaient parfois des armées composées de leur *gens* et de leurs clients. La coexistence de ces deux types d'armées⁴³ est difficile à apprécier, à moins que la légende ne s'en mêle. Toujours est-il que d'après la tradition (D. H. 6, 10, 2) à la bataille du lac Régille c'est la phalange qui l'emporta.

Le système centuriate de Servius est purement militaire; à l'époque royale, les centuries ne votent pas. Au contraire, le système des 5 classes, comme on l'a souvent remarqué⁴⁴ (mais une partie de la doctrine ne s'est pas rendue à l'évidence), est purement politique; ces cinq classes ne sont pas l'armée, leurs centuries ne sont pas des unités tactiques mais des unités de vote. Cette organisation n'a pu apparaître que sous la République. L'armée et l'assemblée centuriate sont alors deux choses différentes. A l'armée la centurie est une unité tactique dont l'effectif est vraisemblablement à peu près fixe. Dans l'assemblée politique, la centurie, d'une classe à l'autre, a un effectif éminemment variable. Les centuries de la première classe (40 de *iuniores*, 40 de *seniores*) sont beaucoup moins peuplées que celles des quatre autres classes, dont le nombre de centuries (10 de *iuniores* et 10 de *seniores* pour les classes 2, 3, 4; 15 de *iuniores* et 15 de *seniores* pour la classe 5) est beaucoup plus faible, alors que d'une classe à l'autre le

⁴³ On a pu se demander si l'épisode des Fabii ne marque pas un retour temporaire au type primitif de l'armée gentilice (Momigliano, *J. Rom. St.*, 1963, p. 121) ou bien si l'armée des Fabii n'avait pas utilisé la tactique des hoplites (Snodgrass, *J. Hell. St.*, 1965, p. 120). Cf. Alföldi, *Entretiens sur l'Antiquité classique*, XIII, Fondation Hardt, p. 234.

⁴⁴ Rosenberg, *Untersuchungen zur römischen Zenturienverfassung*, 1911; Ed. Meyer, *Kleine Schriften*, II (1924), p. 269; Kunkel, *Zeit de Savigny Stift*, 1955, p. 318.

total des citoyens va en croissant, à mesure que le taux de la fortune s'abaisse.

La première classe fournit 40 centuries de *iuniores*. Les quatre autres classes fournissent un total de 45 centuries de la même catégorie. Une armée dans laquelle les citoyens les plus fortunés (cavalerie mise à part) constitueraient environ la moitié des unités tactiques serait une absurdité. A s'en tenir à la phalange, laquelle est fournie par les trois premières classes (Liv. 1, 43), il serait extravagant que la première classe avec ses 40 centuries en représente les deux tiers, alors que les classes 2 et 3, chacune avec ses 10 centuries, ne contribueraient respectivement à l'infanterie de ligne que pour un sixième. On ne voit pas pourquoi les Romains ne feraient pas appel, quand besoin est, à la totalité des contingents d'hoplites que peuvent fournir les deuxième et troisième classes, alors qu'ils sont beaucoup plus nombreux que ceux de la première classe. En réalité, le système des 5 classes est purement civil et ses centuries qui sont des unités de vote sont autre chose que les centuries-militaires⁴⁵. Le mot *centurie* de l'assemblée populaire a perdu sa signification première; d'une classe à l'autre il recouvre des effectifs fort différents que l'on est dans l'impossibilité d'évaluer. Il est vain à partir des 5 classes du cens de tenter d'apprécier le total de la population.

L'utilisation militaire des centuries de *seniores* est très rare⁴⁶. Théoriquement elles sont la réserve. Ces centuries ont un effectif sensiblement plus faible que celui des centuries de *iuniores*. Ce sont avant tout des unités de vote et la voix d'un homme âgé pèse plus que celle d'un homme jeune mobilisable. On a raison d'admettre que les centuries de *seniores* n'existaient pas encore à l'époque de Servius,

⁴⁵ Fraccaro (*Opuscula*, II, p. 287-306), en deux études qui ont eu un retentissement considérable, rapproche le total de 60 centuries de *iuniores* des trois premières classes (40 + 10 + 10) avec les 60 centuries de la légion manipulaire (Gell. 16, 4, 16), qui apparaît plus tard. Ce rapprochement est fallacieux; il confronte des centuries civiles avec des centuries militaires. D'autre part, rien ne permet d'affirmer que parmi les 60 centuries de l'infanterie lourde de l'armée manipulaire, 40 se recrutent dans la première classe, 10 dans la seconde et 10 encore dans la troisième. Les sources disent même le contraire: les *hastati*, les *principes*, les *triarii* se distinguaient non par le cens, mais par l'âge (Pol. 6, 21; Liv. 8, 8); voir De Sanctis, *Storia dei Romani*, II (1960), p. 187. Enfin, avant d'arriver à l'armée manipulaire écrite par Polybe on est passé, dans une phase de transition, par une légion manipulaire dont la composition était différente (Liv. 8, 8) et qui n'a pas été bien éclaircie: voir Toynbee, *Hannibal's Legacy*, I, p. 517; Sumner, *J. Rom. St.*, 1970, p. 69.

⁴⁶ Liv. 10, 21, 4; Mommsen, *Droit public*, VI, 1, p. 297. Dans la formule: *pube praesenti omni populo* (Plaute, *Pseud.* 126), la jeunesse en état de porter les armes est distinguée de l'ensemble du *populus*: J.-P. Morel, *Rev. Ét. lat.*, 42, 1965, p. 375-388.

dont la *classis* ne réunissait que les hommes en état de porter les armes⁴⁷. Elles font leur apparition dans le système des 5 classes pour permettre aux hommes âgés de porter leurs suffrages en des unités de vote qui leur soient propres et les favorisent.

De même, les centuries de musiciens ne sont pas des centuries militaires, ce ne sont que des centuries de vote. A l'armée, les musiciens sont répartis entre les diverses unités tactiques⁴⁸.

L'arithmétique du système des 5 classes est une arithmétique politique, comme l'a noté Kunkel; elle favorise les citoyens les plus fortunés et les plus âgés. Ce n'est pas une arithmétique militaire. L'aristocratie s'appuie délibérément sur les éléments les plus riches de la cité. A elle seule, la première classe a un total de centuries presque égal à celui des quatre autres classes. Tout concourt à donner à cette première classe le sentiment de sa supériorité et de sa distinction⁴⁹. Seuls ses membres s'appellent *classici*; ceux des autres classes sont dits *infra classem* (Gell. 6, 13). Encore à l'époque de Polybe (6, 23, 15), ils se distinguent par leur armement; ils portent alors une cuirasse spéciale, *lorica hamata*⁵⁰.

Si le système des 5 classes n'est pas l'armée, du moins il sert de base à son recrutement. La centurie est le cadre de la levée⁵¹ (D. H. 4, 19). Cela permet de proportionner l'équipement au niveau de la fortune. Mais il serait absurde de supposer qu'à une centurie civile correspondît une centurie militaire. S'il en était ainsi, l'armée reproduirait trait pour trait la répartition des centuries civiles de *iuniores*. Il faut admettre, au contraire, que, au moins pour les deuxième et troisième classes, qui concourent avec la première à la formation de l'infanterie de ligne, leur taux très faible de centuries civiles, 10 de *iuniores* pour

⁴⁷ Fraccaro, *Opuscula*, II, p. 299.

⁴⁸ Rosenberg, *Zenturienverfassung*, 1911, p. 7.

⁴⁹ Rosenberg, *loc. cit.*, p. 17.

⁵⁰ Walbank, *Commentary on Polybius*, I p. 706. L'hypothèse d'après laquelle les clients figuraient dans les classes élevées de cens (L. Ross Taylor, *Voting Districts*, p. 298; cf. Momigliano, *Riv. Stor. It.*, 1967, p. 306) attend sa démonstration; elle est peu conforme à l'image assez modeste que les Romains présentent de la clientèle (Cic., *Inv.* I, 109 : *servis, libertis, clientibus*).

⁵¹ Le cadre de la levée n'est pas le même dans le régime servien de la *classis* et dans le système des 5 classes. La *classis* servienne se recrute uniquement dans les quatre tribus urbaines (D. H. 4, 14). Au contraire, ensuite l'armée a pour base de recrutement les centuries des 5 classes (D. H. 4 19). Plus tard dans l'armée que décrit Polybe (6, 19-20), l'ensemble des tribus territoriales est le cadre de la levée. Il en est ainsi selon Gabba (*Ath.*, 1951, p. 251-256) à partir du milieu du III^e siècle. Antérieurement les tribus n'étaient le cadre de la levée qu'à titre exceptionnel (Liv. 4, 46, 1; Vat. Max. 6, 3, 4). Dans le même sens, Walbank, *loc. cit.*, I, p. 699. Dans un sens différent, L. Ross Taylor, *Am. J. Phil.*, 1957, p. 342.

chacune, était compensé par un chiffre sensiblement plus élevé de centuries militaires. Ainsi on connaît le régime civil du cens, mais on ignore totalement le nombre d'unités de l'armée archaïque⁵².

* * *

De la *classis* servienne au système des 5 classes, le cens a élargi son assise : l'*ager* a été divisé en tribus rustiques et les clients qui l'habitaient sont devenus citoyens. Cette unification de la ville et de la campagne a entraîné une réforme du régime censitaire. Du temps de Servius, la *classis* se recrutait seulement, à un certain niveau du cens, dans les quatre tribus urbaines qui groupaient tous les citoyens; l'*infra classem* réunissait les citoyens moins riches de l'*urbs* et les clients de l'*ager*. Une fois que l'*ager* fut divisé lui aussi en tribus et que ses habitants furent promus à la citoyenneté, on institua une nouvelle répartition du cens, qui groupa en 5 classes ce nouveau corps civique.

Cependant, cette profonde réforme laissa intacte la supériorité économique de ceux des citoyens de l'*urbs* qui à l'époque de Servius constituaient la *classis*. Ils restèrent, les *equites* mis à part, la couche la mieux nantie de la population et formèrent la première classe du cens, qui conserva le nom de *classis*. Avec ses 40 centuries de *iuniores* et 40 centuries de *seniores* correspondant respectivement aux quatre tribus urbaines, la première classe était destinée à avoir un poids décisif dans le comput des votes. Alors qu'au niveau le plus élevé du cens des fantassins elle ne réunissait que des citoyens habitant dans l'*urbs*, les quatre autres classes avaient un personnel à la fois urbain et campagnard.

Les classes 2, 3 et 4 ont 10 centuries de *iuniores* et 10 de *seniores*. La cinquième classe a 15 centuries des premiers et 15 centuries des seconds. Ce chiffre, discordant par rapport aux précédents, n'est pas originaire; c'est le résultat d'une extension de la cinquième classe correspondant à un abaissement du cens, comme on l'a justement

⁵² Selon une hypothèse déjà ancienne, reprise par Sumner (*J. Rom. St.*, 1970, p. 731), le nombre des tribuns consulaires permettrait de calculer l'effectif de la légion, si à chaque tribun consulaire correspond un effectif de 1.000 hommes. Cette hypothèse a été définitivement réfutée par Fraccaro (*Opuscula*, II, p. 305 et suiv.): les tribuns consulaires ne commandent pas des fractions de la légion, mais ont vocation pour la commander tout entière, comme les consuls (Liv. 6, 6, 12). Il est souvent rappelé par Tite-Live (par exemple, 4, 45, 7) que l'un d'eux reste à Rome.

noté⁵³. Cette classe commença par comporter sans doute, à l'image des trois autres qui s'étagent immédiatement au-dessus d'elle, 10 centuries de *iuniores* et 10 centuries de *seniores*. A l'époque où le total des tribus était de 20, la relation entre tribu et centurie était simple pour les quatre classes au-dessous de la première. Chaque centurie, soit de *iuniores*, soit de *seniores*, correspond à deux tribus. Seule la première classe se recrute exclusivement dans les quatre tribus urbaines; les quatre autres ont un recrutement qui s'étend sur l'ensemble des tribus urbaines et rustiques.

Quand, avant la création de la tribu Clustumina qui est postérieure à 426, le total des tribus est de 20, ce chiffre décimal en harmonie avec les chiffres également décimaux du cens n'est certainement pas le fruit du hasard. L'ajustement des classes du cens avec les 20 tribus ne peut être que le résultat d'un acte politique mûrement délibéré qu'il est possible de dater approximativement grâce aux savantes études d'A. Alföldi sur *l'ager Romanus*⁵⁴.

Parmi les 16 tribus rustiques archaïques, certaines ne font leur apparition au V^e siècle qu'après les XII Tables. Grâce à la disposition de cette loi qui ordonne la vente *trans Tiberim* du débiteur insolvable, on sait que ce fleuve est alors la frontière du territoire romain et de l'Étrurie. Il s'ensuit que les tribus Galeria et Romilia sur la rive droite du fleuve ont été créées après 450. Pour la tribu Romilia, qui occupe *l'ager Vaticanus* nouvellement conquis, cela est confirmé par l'accès relativement tardif de la *gens* du même nom à la magistrature supérieure, en 455 au consulat, en 451 au decemvirat *legibus scribundis*. On est d'accord pour admettre qu'une *gens* ne peut avoir donné son nom à une tribu qu'à partir du moment où elle compte des titulaires de *l'imperium*. Cette remarque reçoit d'autres applications. La création de la tribu Papiria se trouve rejetée après les années 444-441, qui marquent l'arrivée des Papirii au consulat. De même, les Sergii, en dépit d'un consulat que Denys d'Halicarnasse (9, 16, 1) attribue à l'un d'eux en 478 par confusion avec un Servilius⁵⁵, n'accèdent à cette magistrature qu'en 437 et comptent déjà en 450 un membre du deuxième collège decemviral, dont il ne faut pas oublier qu'il est suspect. La tribu Sergia a donc elle aussi une origine postérieure aux XII Tables.

A ces considérations s'en ajoute une autre. Les 16 tribus rustiques archaïques portent soit des noms topographiques (Camilia, Galeria,

⁵³ Toynbee, *Hannibal's Legacy*, I, p. 511-513. Il y eut divers abaissements du cens de la cinquième classe : de 12.500 as (D. H. 4, 17-18), on passa à 11.000 (Liv. 1, 43), puis à 4.000 (Pol. 6, 18, 2) et finalement à 1.500 (Cic., *Rep.* 2, 40).

⁵⁴ *Early Rome and the Latins*, p. 296-318.

⁵⁵ Broughton *Magistrates* I, p. 26 n. 1 et 2.

Lemonia, Pollia, Papinia, Voltinia), soit des noms gentilices (Horatia, Menenia, Voturia, Claudia, Fabia, Cornelia, Aemilia, Sergia, Romilia, Papiria). Celles qui portent des noms gentilices correspondent à des *gentes* qui sont au pouvoir au temps des XII Tables et dans les années suivantes⁵⁶.

On n'a certes pas le droit de placer vers cette époque la naissance du total des 16 tribus rustiques, mais tout concourt à faire admettre que la très grande majorité des tribus portant des noms gentilices ont été créées alors. L'acte politique qui a ajusté les 5 classes du cens avec le total de 20 tribus, urbaines et rustiques, date du milicu ou, plus exactement, de la deuxième moitié du V^e siècle. C'est une phase capitale de l'histoire conjointe du système centuriate et des tribus territoriales. Mais ce serait une erreur de croire que c'est postérieurement aux XII Tables que le système des 5 classes et l'ensemble des tribus rustiques font leur apparition. Il faut compter avec une phase antérieure qui réalisa un autre ajustement des centuries avec les tribus rustiques les plus anciennes.

En 443, quand d'après l'annalistique apparaissent les premiers censeurs, leur loi d'investiture n'est pas une loi curiate à la manière des consuls, mais une loi centuriate (Cic., *Leg. agr.* 2, 26). L'assemblée centuriate était donc en vigueur à cette époque. La loi des XII Tables fournit un repère légèrement plus ancien. On sait qu'elle distingue les *assidui* et les *proletarii* (I, 4). Ces derniers sont, d'après Ennius (ap. Gell. 16, 10, 1) et Cassius Hemina (21 Peter), les citoyens trop pauvres pour s'armer eux-mêmes et auxquels, le cas échéant, la cité fournit un équipement. Ce sont les citoyens au-dessous des 5 classes; celles-ci sont peuplées, au contraire par les *assidui*, les gens « établis⁵⁷ ». Par ce mot archaïque, les XII Tables apportent le témoignage le plus ancien sur le régime centuriate. Antérieur à cette loi, il commença par s'articuler sur un total de tribus sensiblement inférieur à 20, puisque ce chiffre ne fut atteint qu'après elle grâce à la création de la plupart des tribus portant des noms gentilices.

Tribunus étant dérivé de *tribus*, le tribunat de la plèbe est de nature à apporter quelque éclaircissement sur les tribus les plus anciennes. Dans le fatras des hypothèses que font vainement les

⁵⁶ Beloch *Römische Geschichte*, p. 334.

⁵⁷ Rosenberg, *Zenturienverfassung*, p. 41. Wicacker (*Entretiens sur l'Antiquité classique*, Fondation Hardt 13 p. 305) rapporte justement aux *assidui* la remarque de Festus, p. 91 L : « *hortus* » *apud antiquos omnis villa dicebatur quod ibi qui arma capere possint, « orirentur »*. – La prétendue disposition des XII Tables sur le *comitatus maximus* n'est pas à verser au débat, parce que ce texte est postérieur aux decemvirs (Magdelain, *Praetor maximus et comitatus maximus*, Iura, 1969, p. 257-286).

anciens sur les origines du tribunat, le seul témoignage digne de foi est, selon Mommsen⁵⁸, celui de Diodore de Sicile (11, 68, 8), d'après lequel en 471 les tribuns de la plèbe étaient au nombre de quatre (τότε πρώτως κατεστάθησαν δήμαρχοι τέτταρες). Le texte dit même, selon Ed. Meyer⁵⁹, non qu'à cette date le nombre des tribuns fut porté à quatre, mais qu'alors fut créé le tribunat de la plèbe avec autant de titulaires⁶⁰. Si on fait abstraction de l'incertaine date d'origine du tribunat, qui a pu donner lieu à diverses traditions le texte de Diodore est le seul qui permette de comprendre la relation entre *tribunus* et *tribus* : quatre tribuns de la plèbe correspondent aux quatre tribus urbaines. Quand une autre tradition ne dénombre à l'origine que deux tribuns, elle perd de vue cette relation, qui a de bonne heure échappé aux Romains, et ne formule qu'une hypothèse, qui prend modèle sur la collégialité consulaire, comme la remarque en a été souvent faite⁶¹.

En 471, les tribuns au nombre de quatre, un par tribu urbaine, n'exercent leur protection que sur la population de la ville. Cette indifférence à l'égard des habitants de l'*ager* laisse entendre qu'à cette date les clients qui y résident ne sont pas encore citoyens et que les tribus rustiques n'ont pas encore été créées. En 457, le nombre des tribuns fut élevé à 10 (Liv. 3, 30; D. H. 10, 30). Ce chiffre est bien établi : quand en 449 le tribunat, suspendu pendant le décemvirat, est restauré, ce sont 10 tribuns qui sont élus de nouveau⁶² (Liv. 3, 54; 3, 65, 4; Diod. 12, 25; Cic., *Pro Cornelio* ap. Asc. 77 C.). A la même date une loi Valeria Horatia (Liv. 3, 55, 7) fait état de *iudices decemviri plébcins*, dont on ignore la compétence⁶³. Leur nombre égal à celui des tribuns montre l'importance du chiffre 10 pour la plèbe au milieu

⁵⁸ *Droit public*, III, p. 317.

⁵⁹ *Kleine Schriften*, I, p. 359, 368.

⁶⁰ Cf. Beloch, *Römische Geschichte*, p. 282.

⁶¹ En particulier, Beloch, *loc. cit.* – D'après une autre hypothèse que l'on trouve chez Varron (*Lingua*, 5, 81) et qui trouve chez Tite-Live (3, 51) un écho à propos de la seconde sécession, les *tribuni plebis* seraient ainsi appelés parce qu'ils auraient commencé par faire fonction de *tribuni militum* au moment de la retraite armée de la plèbe. Cette confusion verbale est d'autant plus absurde que les chefs de la plèbe n'ont certainement pas choisi le nom d'officiers subordonnés aux consuls.

⁶² Diodore et Cicéron, notamment dans le *de Republica*, omettent la réforme de 457 et donnent l'impression trompeuse que le chiffre de 10 tribuns est une innovation en 449. Sur ce point, Ed. Meyer, *Kleine Schriften*, I, p. 358. Quand Tite-Live (3, 30) déclare que les 10 tribuns sont élus à raison de deux pour chacune des 5 classes du cens, on est d'accord pour reconnaître là une fantaisie annalistique en contradiction avec la pratique constitutionnelle qui ne pose pas ces conditions.

⁶³ Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, p. 139-151.

du V^e siècle. Quand les tribuns, de quatre, deviennent dix, cela ne peut s'expliquer que par un accroissement considérable de la population plébéienne. Les habitants de *l'urbs* ne s'étant pas multipliés dans cette proportion, il ne peut s'agir que de la promotion des clients de *l'ager* à la citoyenneté. Ils sont désormais absorbés dans la plèbe et c'est pour eux que l'on crée six tribuns de plus.

Tant qu'il n'y eut de citoyens que dans *l'urbs*, le nombre des tribus n'était que de quatre, toutes urbaines. Quand les clients deviennent citoyens, on crée pour eux des tribus rustiques en vertu de cette règle fondamentale que le cens des citoyens s'opère en fonction des tribus. On crée pour eux six nouveaux tribuns de la plèbe. La relation entre *tribunus* et *tribus* restant semblable à elle-même, cela signifie qu'aux quatre tribus urbaines, auxquelles correspondaient quatre tribuns de la plèbe, s'ajoutent six tribus rustiques, auxquelles correspondent les six tribuns nouvellement institués.

Le total de 10 tribus, 4 urbaines, 6 rustiques, est la base sur laquelle fut édifié alors le système centuriate des 5 classes. La première classe, avec ses 40 centuries de *iuniores* et autant de *seniores*, se recrute tout entière dans les 4 tribus urbaines, où résident les citoyens les plus fortunés. Les 4 autres classes, à raison de 10 centuries de *iuniores* et 10 centuries de *seniores* pour chacune d'elles (telle étant à l'origine aussi la composition de la cinquième classe), se recrutent dans l'ensemble des 10 tribus : chaque centurie correspond à une tribu. Il existe alors une harmonie parfaite entre le nombre des tribus et celui des centuries. Quand dans la deuxième moitié du V^e siècle seront créées 10 nouvelles tribus rustiques, cette harmonie sera encore respectée et, pour les quatre classes au-dessous de la première, chaque centurie correspondra à deux tribus.

Le nombre des tribuns de la plèbe ayant été porté à 10 en 457, on est amené à penser que la réforme qui institua conjointement un total de 10 tribus territoriales et le système des 5 classes date du cens précédent, qui fut l'œuvre de deux collègues consulaires en 460 et 459⁶⁴. Une loi ne fut pas plus nécessaire pour créer les 6 premières tribus rustiques que pour instituer toutes celles qui font leur apparition jusqu'en 241. De même, une loi ne fut pas plus nécessaire pour organiser le système des 5 classes que pour le réformer plus tard au III^e siècle. Tout cela fut acte de magistrat et l'annalistique ne retint que le cens, dont elle ne mesurait plus la portée.

Alföldi a démontré que sur la rive gauche du Tibre, la seule romaine jusqu'à l'époque des XII Tables, les 5 tribus rustiques qui portent des noms topographiques à l'exemple des tribus urbaines

⁶⁴ Liv. 3, 22, 1 ; 3, 24, 10 (cf. Weissenborn, *ad loc.*) ; D. 2. 11, 63 ; Suohlati, *Roman Censors*, 1963, p. 159-162.

(Politia, Camilia, Lemonia, Voltinia, Papinia) sont les plus anciennes et ceinturent le *pomerium*⁶⁵. Reste à préciser le nom de la sixième tribu. La tribu Galeria à nom topographique est exclue, étant sur la rive droite, laquelle est alors en territoire étrusque. Sur l'ensemble des 16 tribus rustiques, le choix ne peut plus porter que sur des tribus à noms gentilices. L'auteur de la réforme qui créa les 6 premières tribus rustiques donna son nom à l'une d'elles. D'après les membres des collèges consulaires de 460-459, il ne peut s'agir que de la tribu Claudia ou Fabia ou Cornelia. La tribu Fabia paraissant être sur la rive droite du Tibre, la tribu Claudia au nord de l'Anio étant de création relativement récente, on peut songer à la tribu Cornelia de localisation incertaine.

Si le total de 20 tribus atteint dans la deuxième moitié du V^e siècle a pu faire songer à une imitation de la réforme de Clisthènes en 507, date où il divisa l'Attique en 10 tribus⁶⁶, à plus forte raison peut-on penser que le consul qui éleva à 10 le nombre des tribus territoriales romaines avant les XII Tables avait dans l'esprit le même modèle. A cette époque l'influence grecque sur Rome est bien connue⁶⁷. Les vases attiques y sont importés au même rythme que dans les principales cités d'Étrurie⁶⁸ jusque vers 450. Dans la première moitié du siècle sont fondés à Rome plusieurs temples d'inspiration grecque : en 495 de Mercure, en 493 de Cérès, en 484 de Castor. Pour ces différents cultes, le prototype est grec⁶⁹, encore qu'il y ait lieu pour chacun d'apprécier dans le détail son degré de romanisation. Bien que le contenu des XII Tables soit pour l'essentiel national, le principe même de codification est emprunté à la Grèce, et, si on discute depuis longtemps l'idée romaine d'une influence solonienne, on n'en a pas moins démontré que le style de la loi et le choix de certaines expressions renvoient à des modèles grecs⁷⁰. Les restrictions décemvirales sur le luxe funéraire présentent des similitudes frappantes avec le droit grec⁷¹. Le chiffre décimal des tribus romaines fait, sans doute, partie lui aussi des emprunts à la Grèce, bien qu'on ignore pour celui-ci comme pour bien d'autres la voie qu'il a suivie.

⁶⁵ Alföldi, *Early Rome*, p. 307-310; Paul-Fest., p. 102 L, *Lemonia tribus a pago Lemonio appellata, qui est a porta Capena via Latina*.

⁶⁶ A. J. Toynbee, *Hannibal's Legacy*, I, p. 172.

⁶⁷ Pugliese-Carratelli, *Parola del Passato*, 1968, p. 321-347.

⁶⁸ Gjerstad, *Early Rome*, IV, 2, 1966, p. 517.

⁶⁹ Latte, *Römische Religionsgeschichte*, 1960, p. 161, 163, 173.

⁷⁰ Wieacker, *Entretiens sur l'Antiquité classique*, XIII, Fondation Hardt, p. 330-353.

⁷¹ Wieacker, *Studi Volterra*, III, p. 772-782.

En conclusion, qu'il suffise de remarquer que paradoxalement il était plus facile, grâce à des critères juridiques précis, de constater l'ancienne prépondérance de *l'urbs* sur *l'ager* qu'il ne le serait de décrire ensuite l'effacement progressif de la ville devant l'extension du territoire, faute de critères du même ordre. De l'époque où le total des tribus était de 20 à 241, où il atteint le chiffre de 35, la relation entre les 5 classes du cens et les tribus n'est plus perceptible.

LE SUFFRAGE UNIVERSEL À ROME AU V^e SIÈCLE AV. JÉSUS-CHRIST,

Les Romains parlent peu du suffrage universel¹, parce que pour eux c'est une évidence. Être citoyen, c'est voter (Liv. 45, 15, 3-4). Cela se résume dans l'expression asyndétique *populus Romanus Quirites*, qui met d'abord en tête le tout, le *populus*, et ensuite les individus, les *Quirites*. Le *populus* est la somme des *Quirites*; autrement dit l'assemblée populaire est un total de citoyens qui votent; et il n'est pas concevable qu'un citoyen n'en fasse pas partie, avant l'apparition de la catégorie inférieure des *cives sine suffragio*. Le fondement du suffrage universel n'est pas la souveraineté populaire, qui ne se manifeste qu'à l'époque médio-républicaine. C'est dès le début de la République la citoyenneté. Le concile de la plèbe expulse les patriciens, parce qu'il est un État dans l'État. Inversement pour lui faire pendant, il n'existe pas d'assemblée populaire purement patricienne.

Le suffrage universel est commun aux trois types de comices : curiates, centuriates et tributes. Dans ces trois assemblées siège *l'universus populus*, moyennant un mode de répartition différent. Dans le système centuriate, la centurie des prolétaires assure, de façon au moins théorique, la participation des plus pauvres. Selon un raisonnement qui se veut impeccable, dans cette assemblée les meilleurs emportent la décision, parce qu'ils sont les plus riches. Au contraire dans les curies, qui sont d'origine plus ancienne, il n'y a pas de hiérarchie, et chaque voix a le même poids, *eadem vis* (Liv; I, 43, 10); selon Denys d'Halicarnasse (4, 20, 2) les citoyens y sont ἰσόψηφοι. L'idée que les curies auraient commencé par être réservées aux patriciens, n'est pas romaine. Il n'y a pas trace de lutte pour que les plébéiens entrent dans cette assemblée². Au point de vue sacré, l'universalité des curies se laisse aisément vérifier : la fête curiate des *Fornacalia*, fête de la torréfaction des grains, appartient au petit groupe des *popularia sacra* qui ont pour définition d'être célébrés par *omnes cives* (Fest;

¹ Cic. *rep.* 2, 40; *leg. agr.* 2, 16 sq.; *Sest.* 137; P. Oxy 17, 2088; Liv 1, 43, 10; Capito ap. Gell. 10, 20, 5, Fest. 184, 11 L, Gaius 1, 3.

² RE IV 1917; Last, *JRS*, 1945, p. 30.

298 L). Cela est si exceptionnel que pour les *Fornacalia* les retardataires, qui ont omis de prendre part au culte de leur curie, ont ensuite un rite compensatoire (*stultorum feriae*) le 17 février aux *Quirinalia*³.

Longtemps les historiens ont refusé le témoignage des sources. Au siècle dernier, s'est imposée l'idée qu'à Rome la République n'avait pas été une conquête brutale, mais le produit d'une assez longue histoire, ayant simplement comme point de départ l'annalité de la magistrature au lieu d'un pouvoir viager. Aussi le suffrage universel vit-il pour chaque type d'assemblée reculer la date de son apparition. Les curies auraient été réservées d'abord aux patriciens, avant de s'ouvrir aux plébéiens. La centurie des prolétaires n'aurait pas existé; le total des 5 classes serait le résultat d'additions successives. Les comices tributes auraient commencé par ne compter que des propriétaires terriens. On est heureusement revenu de cette dernière erreur. Il reste à dénoncer les autres. Il faudra bien qu'on se fasse à l'idée que, quand les Romains se sont mis en République, le nouveau régime ne fit pas des débuts larvaires mais radicaux. Le magistrat tient son pouvoir du peuple en vertu d'une loi qui est la pièce la plus républicaine de la nouvelle constitution : la *lex curiata de imperio*. C'est le peuple tout entier qui la vote. De bonne heure le pouvoir législatif de la jeune République exige le vote des citoyens; et si la loi des XII Tables fait exception à la règle, c'est que les décemvirs avaient reçu du peuple le mandat de *scribere leges*. L'examen des mécanismes comitiaux révèle que dès le Ve siècle le suffrage universel fut une conquête rapidement acquise. Et, paradoxalement, dans les curies ce qui fit difficulté, ce ne fut pas le vote des pauvres mais celui des sénateurs, les *patres*, car il ne parut pas d'emblée naturel qu'ils siègèrent à la fois au sénat et aux comices.

La grande nouveauté qu'apporta la République aux assemblées populaires, ce fut le droit de vote, qu'elles ne possédaient pas sous les rois. La loi curiate des rois est une invention de l'annalistique. Et l'adoption curiate à l'origine n'était pas votée, pas plus que le testament comitial. Le nombre pair des 30 curies n'a pas été conçu en vue du vote et se prête à un partage égal des voix. Au Ve siècle les curies comme les centuries deviennent une assemblée délibérante.

* * *

³ Dumézil, *Religion romaine archaïque*, 1974, p. 170-171.

Le problème se pose avec plus de simplicité pour les centuries⁴. Sous les rois étrusques, une *classis* unique est la phalange. Sous la République, l'assemblée censitaire a une arithmétique purement politique, qui n'a rien à voir avec celle des unités tactiques. Les centuries politiques ne sont que des unités de vote. Leur total est d'après Cicéron (*rep.* 2, 39-40) et Denys d'Halicarnasse (4, 16-20) de 193, mais pour aboutir à ce chiffre impair, indispensable pour éviter le partage égal des voix, ils éliminent chacun arbitrairement une centurie, Cicéron l'une des *fabri*, Denys celle des *accensi velati*. Tite-Live dans son énumération aboutit au total de 194, qu'il laisse au lecteur le soin de calculer, par pudeur d'indiquer un total pair. Si on ajoute la centurie *procum patricium*, disparue avec la plupart des privilèges patriciens, on aboutit pour le premier âge républicain au total de 195, qui est un chiffre parfait, car il donne comme majorité absolue 98, ce qui est la somme exacte de la première classe et des 18 centuries équestres. Au contraire, le total spécieux de 193 a une majorité absolue de 97, laquelle est un chiffre imparfait.

Le total de 195 contient la centurie des prolétaires, grâce à laquelle le suffrage universel est respecté, même si le déroulement du vote n'a guère de chances de l'atteindre. Ce nombre, minutieusement calculé, est donc aussi ancien que cette centurie qui entre dans le comput. Or la loi des XII Tables, au milieu du V^e siècle, connaît aussi bien le personnel des 5 classes sous le nom *d'assidui* que les prolétaires eux-mêmes, auxquels elle renvoie à propos du *vindex*. A cette date, le suffrage universel des centuries est donc chose acquise. On peut le confirmer. La centurie *procum patricium*⁵, qui groupe les consulaires patriciens, fait elle aussi partie du total de 195. Elle est sûrement antérieure à 367, quand le consulat s'ouvre aux plébéiens. Ce privilège patricien n'aurait pas pu naître après cette date sans avoir pour réplique une centurie de consulaires plébéiens, qui n'a jamais vu le jour. Ainsi au V^e siècle le total des 195 centuries contient aussi bien la fine fleur de la société, les consulaires patriciens dans une centurie qui leur est propre, que l'immense masse des prolétaires qui eux aussi forment une centurie, sans que cette disproportion étonne les Romains.

Alors que les consulaires patriciens dans leur centurie privilégiée sont séparés du reste des sénateurs, ceux-ci votent dans les centuries équestres (Cic. *rep.* 4, 2)⁶. C'est que dans le système censitaire sous la

⁴ Pour une vue d'ensemble du système centuriate, nous renvoyons à nos remarques dans *REL*, 49, 1971, p. 115 sq., sur le total des centuries, *Historia*, 1978, p. 492 sq.

⁵ Sur cette centurie, voir *Studi Volterra*, II, p. 247-266.

⁶ A. Alföldi, *Historia*, 1968, p. 454.

République les centuries équestres ne sont plus que des unités de vote. Elles ont cessé d'être des unités tactiques⁷. C'est d'ailleurs ce qu'exprime pour les plus prestigieuses d'entre elles, les *Ramnes*, *Titienses* et *Luceres*, *priores* et *posteriores*, la qualification de *sex suffragia*⁸. Les unités tactiques de la cavalerie sont les turmes de 30 hommes, composées de 3 décuries portant les mêmes noms prestigieux⁹. Cette dénomination prouve l'antiquité de ces petites unités, comme le fait aussi leur présence dans le *lusus Troiae*¹⁰. Les anciens chefs des centuries équestres, les *tribuni celerum*, n'ont plus d'activité militaire après la royauté. Avec la République, ils ont été réduits, comme le roi lui-même, *ad sacra*¹¹. Valerius Antias les appelle centurions (ap. D. H. 2, 13, 2-3)¹². Et ce grade, qu'il leur donne, doit être mis en relation avec le titre mystérieux de *centurio equitum Romanorum*, apparu sur des inscriptions récemment découvertes, lequel se rapporte à l'encadrement des turmes¹³.

Mises à part les centuries équestres et les centuries hors classe, chacune des 5 classes a un total en étroite relation avec celui des tribus territoriales. Celles-ci ont été créées pour servir de base au cens, tant au point de vue militaire pour la levée qu'au point de vue fiscal, dans la mesure où l'impôt est déjà perçu à l'époque archaïque¹⁴. Quand les tribus sont au nombre de 20, cette décimalité répond à celle des centuries de *iuniores* et *seniores* dans chacune des 5 classes, sauf pour la 5^e où le nombre de 15 se prête cependant à une facile commutation. Or les tribus sont au nombre de 21 au moment de la prise de Veies. On a justement dénoncé l'erreur de la tradition qui veut que ce total soit atteint en 495¹⁵. La 21^e tribu, la *Clustumina*, n'a pu être créée qu'après 426, quand tombe Fidènes, puisque *Crustumium* est au nord de cette ville. Ainsi au V^e siècle la décimalité des 5 classes et celle des tribus vont de pair. Les tribus fournissent un nouveau repère pour dater la *descriptio classium*. Une fois atteint leur total de 21, il ne croîtra ensuite qu'en restant toujours impair, si bien

⁷ Mommsen, *Droit public*, VI, I, p. 118-121.

⁸ Sur cette expression, Gjerstad, *Early Rome*, V, p. 159-161.

⁹ Varro, *lingua lat* 5, 91; Fest. 484 L.

¹⁰ Virg. *Aen.* 5, 550; Suet. *Caes.* 39, 2; *Aug.* 43, 2; *Tiber.* 6, 4.

¹¹ Mommsen, *Droit public*, VI, I, p. 120.

¹² Sur ce texte aujourd'hui négligé, il convient de revenir à Mommsen, III, p. 202, n. 5; VI, I, p. 120, n. 1.

¹³ AE 1952, n. 232; 1972, n. 176; sur la question, Le Bohec, *REA*, 1975, p. 108-124.

¹⁴ D. H. 4, 14, 2; cf Nicolet, *Tributum*, 1976, p. 39 (aussi p. 27); Gabba, dans *Armée et fiscalité dans le monde antique* (colloques du CNRS), p. 13 sq.

¹⁵ Liv. 2, 21, 7; Alföldi, *Early Rome and the Latins*, p. 317.

que c'est seulement au V^e siècle que les différentes classes censitaires avaient un motif d'être décimales.

D'autre part, l'importance des assemblées populaires dès le V^e siècle se manifeste par la lettre C du calendrier pour désigner les jours comitiaux. Il est inexact que ce sigle n'apparaisse qu'assez tard dans le cours de la République. Le jour de *l'Allia*, 18 juillet, *dies religiosus* s'il en fut, par quoi commença la catastrophe gauloise, porte dans les *Fasti Antiates Maiores* la lettre C à côté de la mention *dies Alliensis*. Un tel jour tenu pour maudit n'a pas reçu après cette défaite la qualité de comitial, qui remonte donc à la codification décemvirale du calendrier.

* * *

S'il est vrai qu'au V^e siècle l'assemblée centuriate groupe tous les citoyens, il faut s'attendre aussi bien à retrouver le suffrage universel dans les 30 curies. C'est ce que confirme une tradition unanime qui de tout temps place dans cette assemblée les plébéiens et dispense du fastidieux travail de les y faire entrer plus tard selon une péripétie superflue de la science contemporaine. Elle a imaginé aussi cet autre expédient de laisser les plébéiens dans les curies mais de leur ôter le droit de vote qu'elle leur octroie ultérieurement. Voilà des préjugés bien coûteux, ils privent la plèbe de ses droits dans une assemblée que l'on veut à tout prix aristocratique. Mais les familles patriciennes, qui ne sont que quelques dizaines¹⁶, eussent été bien incapables de garnir à elles seules une assemblée curiate. En réalité, il faut renverser les termes du problème : il n'y a aucun motif de déloger les plébéiens des curies, et il faut se demander plutôt si les sénateurs patriciens y figuraient.

L'annalistique sépare les curies du sénat¹⁷ et leur attribue respectivement un personnel différent. De même que c'est un thème littéraire d'opposer la jeunesse, qui combat, aux *senes*, qui délibèrent¹⁸, au point de vue civil pour l'ère préservienne la tradition sépare le *populus* des curies et les *patres* ou *principes* du sénat, comme deux catégories politiques contrastées. Cette tradition est notamment restée intacte dans le *de Republica* de Cicéron (2, 14; 23; 26; 30), qui la

¹⁶ Voir le dénombrement des *gentes* patriciennes chez Ranouil, *Recherches sur le Patriciat*, 1975, p. 183 sq.

¹⁷ Mommsen VI, I, p 102, n. 1, voir aussi Alföldi, *Der frühromische Reiteradel*, 1952, p. 104.

¹⁸ Florus, I, 1; Ovide *Fast* V 59-62; Macrobe *Sat.* I, 12, 16; Morel, *Mél. Heurgon*, II, p. 677 (1976).

conserve avec fidélité jusqu'à l'avènement de Servius Tullius. Il y a mieux à faire qu'à vouloir étouffer ce témoignage¹⁹. Autre chose est le sénat, qui a une fonction de conseil, autre chose le *populus* qui élit les magistrats et vote les lois. La diversité des rôles justifie celle de la composition. Et il y a lieu de se demander si l'assemblée curiate plus archaïque que l'assemblée centuriate, n'a pas maintenu plus longtemps qu'elle la séparation de ces deux personnels.

Topographiquement, l'assemblée des 30 curies jouxte le local de réunion du sénat, dit lui aussi curie au sens matériel du mot. Dans la Rome archaïque, le *populus* et les *patres* siègent côte à côte et séparément. Cela se vérifie au *comitium* auquel est attenant la *curia Hostilia* et au Capitole où le peuple est convoqué à côté de la *curia Calabra* réservée au sénat²⁰. A ces deux niveaux, le double personnel des *patres* et des curies tiennent des séances concomitantes en deux espaces distincts mais étroitement voisins. Dans un cas comme dans l'autre, les curies siègent à l'intérieur du *pomerium*, de même que le magistrat dit le droit (*ius dicere*) à l'intérieur de *l'urbs*; ce sont là des manifestations de la compétence *domi* par opposition à la compétence *militiae*, extrapomériale. Les curies sont liées indissolublement au sol inauguré de la ville, et c'est ce qui déconseilla après la catastrophe gauloise le transfert du peuple à Veies²¹. A cet espace béni correspondaient des compétences spéciales, indéracinables.

La *curia Calabra* tire son nom, semble-t-il, de *calare*²², «appeler, proclamer, convoquer», soit en raison des comices calates auxquels elle est associée, soit en raison de la proclamation qui s'y faisait des dates religieuses de chaque mois²³ : elle serait alors «la curie aux proclamations»²⁴, à moins que d'après une autre opinion²⁵ il ne faille rattacher ce mot au fleuve Calabros dans le Bruttium. En vue des proclamations religieuses mensuelles, le peuple est convoqué auprès de la *curia Calabra*²⁶. On omet habituellement de remarquer que le sénat est convoqué, en même temps que le peuple, pour siéger dans la *curia Calabra* elle-même, comme le précisent Servius auctus (*Aen.* 8, 654 *ut ibi patres vel populus calarentur*) et Lydus (*de mens.* 3, 10). Ain-

¹⁹ Mommsen, *R. Forsch.*, I, p. 146, n. 24, p. 169.

²⁰ Mommsen, *Droit public*, VII, p. 107 sq.

²¹ Liv. 5, 52; Mommsen, VI, I, p. 434, n. 5.

²² Varro, *lingua latina*, 5, 13.

²³ Walde-Hofmann, *Lat etym. Wörterbuch*, I, p. 141.

²⁴ Collart, Varron *De lingua latina*, livre V, p. 11.

²⁵ Heurgon, *Rome et la Méditerranée Occidentale*, 1969, p. 216.

²⁶ Macrobe, *Sat I*, 15, 10 *calata, id est vocata, in Capitolium plebe iuxta curiam Calabram, quae casae Romuli proxima est*, I, 15, 11 *hinc et ipsi curiae ad quam vocabantur Calabrae nomen datum est, et classi, quod omnis in eam populus vocaretur*.

si, en vue de la même cérémonie, peuple et sénat siègent simultanément, le sénat dans la *curia Calabra*, le peuple à côté.

Il ne faut pas douter qu'aux calendes cette assemblée du peuple ne soit de véritables *comitia calata*, c'est-à-dire, selon une tradition très ferme, une assemblée curiate non délibérante, ainsi désignée selon son mode particulier de convocation, car le terme *calare* technique pour cette réunion du premier du mois ne laisse place à aucune ambiguïté²⁷. Il ne faut pas douter non plus qu'il s'agisse de véritables comices du fait que la proclamation des nones est faite non par le *rex sacrorum* mais par un *pontifex minor*²⁸. Le peuple est convoqué sous l'autorité du *rex* et le pontife mineur n'agit que par délégation²⁹. Le tout se déroule selon l'expression consacrée : *in Capitolio in curia Calabra* (*Fast. Praen.* au 1^{er} janvier ; Varro *lingua lat.* 6, 27), c'est-à-dire dans la partie sud de la colline par opposition à l'*arx*, située au nord. C'est ce que confirme l'affinité topographique entre la *curia Calabra* et la *casa Romuli* de l'*area Capitolina*³⁰.

Aux nones, qui ont été annoncées aux calendes, sont proclamées devant le peuple les fêtes du mois par le *rex sacrorum* lui-même, qui se réserve cet honneur sans le déléguer à quiconque. Servius auctus (*Aen.* 8, 654) laisse entendre que cette procédure entre les mains du roi (*a rege sacrificulo idem fiebat*) se déroule aussi devant les *patres* et le *populus*³¹ dans les mêmes lieux, et c'est précisément la *curia Calabra* qui est à l'origine de ces remarques. Lorsque Varron (*lingua lat.* 6, 28) jumelle cette proclamation royale à des *sacra nonalia in arce* mal connus, il ne s'ensuit nullement que ce soit à l'*arx* et non au *Capitolium* lui-même que ces *comitia calata* sont assemblés³². L'*arx* est *extra pomerium*, le *Capitolium* est *intra pomerium*³³. Les curies attachées à la zone *domi* ne peuvent être réunies qu'au *Capitolium*.

La *curia Calabra* n'est mentionnée qu'à propos des publications du calendrier³⁴. Festus ne lui reconnaît qu'une destination sacrale (42, 16 L *ubi tantum ratio sacrorum gerebatur*). On ignore si tel fut son

²⁷ Macrobe, *Sat.* I, 15, 10 *calata... plebe*; Plut. QR 24, Kübler RE v. *calata comitia*, III, 1332.

²⁸ *Fast Praen.* au 1^{er} janvier (cf. Varro, *lingua lat.* 5, 27 *a pontificibus*); Liv. 22, 57, 3 *scriba pontificis, quos nunc minores pontifices vocant*.

²⁹ Macrobe, *Sat* I, 15, 9 *pontifici minori haec provincia delegabatur*; Weinstock RE v. *nonalia sacra*, XVII, p. 862.

³⁰ Vitruve 2, 1, 5; Platner-Ashby, *Topog. Dict.*, p. 102.

³¹ Weinstock, *op cit*, n. 29.

³² Sur la qualité de *comitia calata* de cette réunion, Wissova, *Religion und Kultus der Römer*, p. 512, n. 3. Sur la localisation à l'*arx* à tort : Mommsen, *Droit public*, III, p. 45; Altheim, *R. Geschichte*, II, p. 55.

³³ Sur ce point nous renvoyons à nos remarques *REL*, 54, 1976, p. 94.

³⁴ Mommsen, *Droit public*, VII, p. 108, n. 1.

statut initial³⁵ ou s'il s'agit du résultat d'une décadence au profit du temple de Jupiter Capitolin, plus spacieux pour contenir les sénateurs. Aussi bien, en dehors des comices calates réunis aux calendes et aux nones à des fins purement religieuses, les assemblées politiques des curies au Capitole sont gravement suspectes³⁶, tant celle de 449 qui permet après l'intermède du décemvirat une nouvelle élection des tribuns de la plèbe sous la présidence du Grand Pontife³⁷ (c'est un artifice juridique de l'annalistique à défaut de la présidence d'un tribun en fin de charge) qu'au moment de la catastrophe gauloise le vote sur le retour d'exil de Camille et sur son investiture de dictateur³⁸, car il s'agit d'une dictature notoirement légendaire.

Auprès du forum, on retrouve la même association du sénat et des curies : un même ensemble architectural réunit le *comitium*³⁹ et la *curia Hostilia*, qui passent pour avoir été délimitées par le même roi, Tullus Hostilius⁴⁰. Ils forment un même complexe, et dans le texte des sénatusconsultes républicains cela se manifeste par la mention *in comitio*, qui signifie que la séance sénatoriale s'est tenue dans la curie voisine⁴¹. Les archéologues⁴² discutent pour savoir si le *comitium* date du temps des rois ou du premier siècle de la République. Mais il faut résister à la tentation de tenir l'emplacement des curies comme une création républicaine⁴³, liée au jeune développement de la compétence populaire. Le *comitium* figure dans les XII Tables et, avant elles, dans le calendrier, dont personne ne doute qu'il ait été codifié sous la royauté sauf peut-être quelques retouches décenvirales. Non seulement le *comitium* joue un rôle dans la célébration du *Regifugium*⁴⁴, mais il est l'espace où se déroule l'acte de *comitiare* accompli par le roi selon le sigle QRCF : *quando rex comitiavit fas*. Quelle que soit la teneur mal connue de cet acte, il est évident qu'il

³⁵ Gjerstad, *ANRW*, I, 1, p. 158-159.

³⁶ Gjerstad, *Early Rome*, V, p. 298, n. 4.

³⁷ Asc. Cic. *Corn* 69 (77 C); Liv. 3, 54 (Aventin); L. Ross Taylor, *R. voting Assemblies*, 1966, p. 5.

³⁸ Liv. 5, 46, 10; pour un bref état du problème, voir nos *Recherches sur l'imperium*, 1968, p. 29, n. 2.

³⁹ Varro, *lingua lat*, 5, 155.

⁴⁰ Cic. *rep.* 2, 31 *fecitque idem et saepsit de manubiis comitium et curiam*.

⁴¹ *FIRA*, I, n. 31, 34, 35; sous le principat on trouve la formule : *in comitio in curia Iulia*. Voir *FIRA*, I, n. 47; RE IV 1823; Palmer, *The King and the comitium*, 1969, p. 44.

⁴² Gjerstad, *Early Rome*, V, p. 298; Coarelli, *Parola del passato*, 1977, fasc. 174, p. 166-238.

⁴³ Brown, dans *Origines de la République romaine*, Fondat. Hardt, 13, 1966, p. 59.

⁴⁴ Plut. QR 63.

n'est pas une nouveauté de la royauté des sacrifices; il commença, avant de se perpétuer sous la République, par être une manifestation comitiale des monarques qui régnèrent sur Rome.

En somme, que ce soit au Capitole ou au *comitium*, aux temps royaux le sénat siège à côté des curies, qui alors ne votent pas encore et se bornent à prêter leur assistance à certains actes, comme le testament comitial ou l'inauguration du nouveau roi⁴⁵. Les curies assurent la publicité; et le rôle des *patres* est de conférer leur *auctoritas*, qui est une confirmation charismatique. Tel paraît être le début de *l'auctoritas patrum*, qui pour être rituelle semble n'en être pas moins muette, comme *l'auctoritas* de l'aliénateur dans la mancipation. Le même acte est de façon concomitante présenté aux curies, qui en assurent une publicité universelle, et aux *patres*, qui apportent leur homologation.

Au point de vue sacré, il se peut qu'on retrouve cette séparation des *patres* et du *populus*. La fête des *Fordicidia* (sacrifice des vaches pleines) est célébrée à la fois au Capitole⁴⁶, avec la participation des pontifes, et dans chacune des 30 curies. On a coutume d'expliquer ce dualisme de la cérémonie par la combinaison d'un rite préurbain purement curiate avec un rite étatique au Capitole. Il est plus simple de reconnaître dans le sacrifice capitolin celui des *patres* (peut-être à la *curia Calabra*) par opposition à ceux des 30 curies⁴⁷.

La distinction des *patres* et des curies permet de comprendre la règle, restée énigmatique, d'après laquelle en vertu du plébiscite ovinien, peu antérieur à 312, le sénat devait être recruté *curiatim*⁴⁸ (Fest. 290, 14 L). Cela ne signifie pas que la liste sénatoriale devait suivre l'ordre des 30 curies. Cet ordre ne fut pas alors le sien. Cela ne signifie pas non plus qu'à la fin du IV^e siècle on envisageait de recruter les 300 sénateurs à raison de 10 par curie. Cette symétrie parfaite est antihistorique. En réalité, les censeurs, qui sont chargés à l'avenir par ce plébiscite de la *lectio senatus*, doivent faire leur choix uniquement parmi les 30 curies, sans qu'à chacune soit attribué un contingent fixe de sénateurs. Le plébiscite ovinien, à côté de la nouvelle compétence des censeurs, contient une disposition qui, malgré l'intention du légis-

⁴⁵ N'oublions pas que les comices ne peuvent se tenir que dans un *templum*, où aura donc lieu ce rite inaugural.

⁴⁶ Ovid. *Fasti* 4, 635, *arce Jovis* doit s'entendre d'après la terminologie flottante du poète comme le Capitole : Bömer, *Die Fasten*, 1958, p. 263, p. 87.

⁴⁷ Sur le sens religieux du rite, Dumézil, cit. p. 376-378.

⁴⁸ Sur ce mot *curiatim* du plébiscite. Mommsen, *Droit public*, VII, p. 40; 152; R. Forsch, I, p. 261; Willems, *Sénat*, I, p. 170; De Francisci, *Primordia Civitatis*, p. 596, Palmer, *Archaic community of the Romans*, 1970, p. 254; Richard, *Origines de la plèbe romaine*, 1978, p. 97, n. 76, Ferenczy, *From the patrician state to the patricio-plebeian state*, 1976, p. 159.

lateur, resta de circonstance : la *lectio* devait écarter les *patres* de la liste sénatoriale antérieure, parce qu'ils ne faisaient pas partie des curies. En pleine lutte des classes, il s'agissait de substituer un recrutement démocratique du sénat à son recrutement nobiliaire, comme le confirme la clause *ex omni ordine* de la loi, quelle que soit la teneur exacte de tous ces *ordines*. Le mot *curiatim* d'apparence anodine appartient au meilleur style législatif de tous les temps qui sait à l'occasion formuler dans une langue d'apparence neutre des réformes brutales.

On sait que la première *lectio senatus* faite en vertu du plébiscite fut en 312 celle du grand réformateur Appius Claudius Caecus. Il appliqua les nouveaux principes, sans que l'on sache au juste s'il le fit de façon radicale ou modérée. Un lot d'anciens sénateurs fut exclu et parmi les nouveaux on compta même des fils d'affranchis⁴⁹. Les exclus passaient pour supérieurs, *potiores* (Liv. 9, 30, 2), aux élus. La nouvelle liste fit scandale. La violence des critiques survit chez Tite-Live qui parle de *infamis atque invidiosa senatus lectio* (9, 29, 7) ou *sine recti pravique discrimine ad gratiam ac libidinem facta* (9, 30, 2). Ces accents anticiaudiens ne dévalorisent pas le témoignage de Tite-Live, que confirme indirectement celui de Diodore de Sicile qui est philo-claudien⁵⁰ : en affirmant qu'il n'y eut pas de *praeteriti*, Diodore ne fait que rejeter une tradition plus ancienne qui le gêne. En réalité, le scandale demeure : les consuls de 311 cassèrent⁵¹ comme immorale la liste d'Appius Claudius, dont le collègue préféra abdiquer ; et ce fut l'ancienne liste qui telle quelle resta en vigueur.

Après la censure d'Appius Claudius, il ne fut plus question de rejeter massivement au nom de la loi hors du sénat les anciens *patres*, qui y avaient siégé. Ils avaient sans doute trouvé la riposte aisée de s'intégrer dans les curies, qui désormais contiennent tous les citoyens, même les sénateurs patriciens. Le mot *curiatim* du plébiscite perdit son venin et pouvait être cité comme une chose naturelle par Festus, alors que, en raison de son insignifiance, Tite-Live et Diodore l'ignorent, comme d'ailleurs le plébiscite lui-même. Ainsi il avait fallu une péripétie constitutionnelle pour introduire les sénateurs patriciens dans les curies.

Cela eut de graves conséquences pour *l'auctoritas patrum* consécutive aux votes curiates. Dans le système ancien, on l'a vu, les curies

⁴⁹ Diod. 20, 36, 3 ; Liv. 9, 46, 10.

⁵⁰ Mazzarino, *Pensiero storico classico*, II (1973), p. 312.

⁵¹ Liv. 9, 30, 1-2 ; 9, 46, 11 *eam lectionem nemo ratam habuit*, sur cette cassation, qui a peut-être simplement pris la forme d'une mise à l'écart, voir Willems, I, p. 185 ; Mommsen, *Droit public*, IV, p. 102, n. 1 ; p. 107, Ferenczy. p. 161 Ce fut la *lectio* de 312 qui fut tenue pour nulle comme immorale, non le plébiscite ovien.

et les *patres* siégeaient côte à côte au *comitium* et à la *curia Hostilia* ou au Capitole et à la *curia Calabra*. Les *patres* donnaient leur *auctoritas* d'homologation aussitôt après le vote des curies (D. H. 2, 14, 3). Cette concomitance ne fut plus possible à partir du moment où les *patres* siégeaient dans les curies et non plus à côté d'elles. Après un vote curiate, l'*auctoritas patrum* tomba en désuétude à une époque où parallèlement à l'occasion des votes centuriates elle était en pleine décadence. A propos des résolutions des curies, il n'est plus question d'elle que de façon théorique⁵², sans qu'on en possède un seul exemple concret ni à propos de l'adrogation⁵³ ni au sujet de la loi curiate des magistrats, malgré une relative abondance de témoignages sur ces deux thèmes. Par anticipation arbitraire, la loi curiate des rois, d'ailleurs purement légendaire fut privée elle aussi d'*auctoritas patrum*, mais non cependant leur prétendue élection pour la période pré-étrusque⁵⁴.

Pendant les deux premiers siècles de la République, jusque vers 312, les *patres* du sénat sont seuls à ne pas figurer dans les curies, qui groupent autrement tout le *populus*. Les autres patriciens siègent dans cette assemblée : ainsi la cavalerie, qui est l'arme où servent les patriciens, est recrutée dans les curies⁵⁵. A l'origine les clients des *patres*, privés du droit d'ester en justice⁵⁶, n'étaient pas citoyens. Ils étaient serfs⁵⁷. Ils devinrent citoyens, quand au début de la République on créa les tribus rustiques⁵⁸, destinées, comme c'est la règle pour ces districts territoriaux, à encadrer des citoyens inscrits au cens. A partir de ce moment, la présence des clients dans les curies ne souffre aucun doute.

* * *

Il faut tenir comme une conquête de la République la présence de tous les citoyens dans les curies à la seule exception des *patres* du Sénat, parce qu'ils siègent à côté de l'assemblée curiate dans leur local propre. Mais sous la royauté et tout au début de la République, la composition des curies est beaucoup plus réduite. Avant la création

⁵² Cic. *domo*, 38; Liv. 6, 41, 10; D. H. 2, 14, 3.

⁵³ Sur cet aspect négatif du problème à propos de l'adrogation, voir notre *Loi à Rome*, 1978, p. 85.

⁵⁴ Par exemple pour Numa : Cic. *rep.* 2, 25; Liv. 1, 17, 9; D. H. 2, 60, 3. Voir nos *Recherches sur l'imperium*, p. 31.

⁵⁵ Fest. 48, 4 L v. *celeres*; D. H. 2, 13, 1; Serv. *Aen.* 9, 368.

⁵⁶ D. H. 2, 10; voir *REL*, 49, 1971, p. 105.

⁵⁷ D. H. 4, 9, 8; 4, 13, 1.

⁵⁸ Liv. 2, 21, 7; *REL*, 49, p. 113.

des tribus rustiques, les clients ne sont pas citoyens et ne peuvent pas prendre part à une réunion du *populus*. Même au point de vue du culte ils ne participent pas encore aux *sacra* des curies, parce qu'on sait que les habitants de l'*ager* commencèrent par avoir un culte propre avant l'unification culturelle que Denys d'Halicarnasse (5, 2, 2) place sous Servius Tullius⁵⁹. D'autre part la cavalerie patricienne, avant d'avoir un recrutement curiate sous la République, commença par se recruter directement dans les trois tribus génétiques, *Ramnes*, *Titien-ses*, *Luceres*, soit sous la forme des turmes composées de 3 décuries correspondantes⁶⁰, soit sous l'aspect de 3 centuries équestres, ensuite dédoublées, qui avaient reçu le rite d'inauguration sous le nom même de chacune des 3 tribus⁶¹.

Dans ces conditions, il apparaît que sous la royauté et les premières années de la République dans les curies ne figuraient ni patricien, sénateur ou non, ni client. Au V^e siècle, c'est le suffrage universel qui introduit patriciens (sauf les sénateurs) et clients dans l'assemblée curiate. Auparavant, les curies étaient purement plébéiennes, c'est-à-dire composées de citoyens non nobles, qui n'étaient pas engagés dans les liens de la clientèle. A ce point de la démonstration, on arrive à un renversement complet de l'hypothèse classique, qui veut que les curies aient d'abord été réservées aux patriciens. Contre cette hypothèse, qui n'a pour elle que le prestige d'un préjugé illustre, il ne suffit pas de remarquer qu'il n'y a pas trace de lutte plébéienne pour conquérir le droit de vote dans cette assemblée. On peut relever aussi des critères qui excluent à l'origine les nobles des curies.

On connaît le nom de certaines d'entre elles⁶². Quelques uns sont formés sur des toponymes, comme *Veliensis* (*Velia*), *Foriensis* (*Forum*). Ceux qui sont gentilices, sont typiquement plébéiens. Tel est le cas de la *curia Acculeia*, de la *curia Faucia*, de la *curia Titia*⁶³. On ne retiendra pas la *curia Pinaria* purement conjecturale à partir d'un passage mutilé de Festus (264 L). Ce nom mis à part, aucun consul patricien ne correspond à ces gentilices, qui ne peuvent pas être tenus comme ceux d'anciennes familles nobles éteintes, puisque dans les temps historiques ils ont été portés par des roturiers. Qu'on ne connaisse aucun nom patricien de curie, mais seulement des noms

⁵⁹ Sur ce texte, Hahn, *Oikumene*, I, 1976, p. 68, n. 108.

⁶⁰ Fest. 484 L v. *turmam*; Varro, *lingua lat* 5, 91; De Francisci, *Primordia Civitatis*, p. 704.

⁶¹ Liv. 1, 36, 3; 1, 43, 9; Catalano, *Diritto Augurale*, 1960, p. 550, 570.

⁶² Richard, p. 207-209; Palmer, *Archaic Community*, p. 75-79.

⁶³ On ne discerne pas de relation claire entre la *curia Titia* et les mystérieux *sodales Titii*. Voir Poucet, *Recherches sur la légende sabine*, 1967, p. 396; Alföldi, *Struktur des voretruskischen Römerstaates*, 1974, p. 177.

plébéiens, voilà qui est significatif. La *curia Velitia* n'apporte aucune lumière, car on ignore si son nom a une origine topographique ou familiale.

A un autre point de vue, la composition exclusivement plébéienne des curies se fait jour encore au début de la République. C'est seulement à partir de 471 que les tribuns de la plèbe sont élus dans un concile par tribus, tel qu'il fût créé à cette date par la *lex Publilia Voleronis*. Auparavant ils étaient élus par les curies, et Denys d'Halicarnasse a conservé le souvenir que l'assemblée curiate était à cet effet strictement roturière, non seulement sur le Mont sacré lors de la première sécession (D. H. 6, 89), mais aussi par la suite (D. H. 9, 41; 9, 44)⁶⁴. Cette tradition recueillie également par Cicéron (ap. Asc. *Corn.* 68, p. 76 Clark) n'est sûrement pas une simple induction destinée à forger aux tribuns de la plèbe un régime électoral provisoire jusqu'en 471. Cette tradition embarrasse les anciens encore plus que les modernes, tant il est difficile de la mettre en accord avec leur conviction que les curies groupaient tout le *populus*. De cet embarras de l'annalistique, on trouve la preuve dans son désir de soumettre cette assemblée curiate plébéienne à la même exigence des auspices⁶⁵ que les curies qui réunissent tout le corps civique, alors que les auspices sont chose étrangère à la plèbe. Mais cette maladresse est transformée en habileté pour libérer ensuite l'élection des tribuns de toute condition auspicielle dans le nouveau régime institué par Publilius Volero⁶⁶, sans parler de l'élimination du *probouleuma* que Denys tenait pour nécessaire jusque-là. Ces gauches efforts des annales pour harmoniser l'élection curiate des tribuns avec le fonctionnement habituel des 30 curies mettent en évidence l'authenticité d'un souvenir constitutionnel⁶⁷ qui ne causait chez les Romains que la perplexité.

L'élection curiate des tribuns ne fut abolie que parce que les curies cessèrent de bonne heure d'être une assemblée strictement plébéienne. Au nom du suffrage universel, elles s'ouvrirent aux patriciens (sauf aux sénateurs avant 312) et aux clients dès qu'ils accédèrent à la citoyenneté par la création des tribus rustiques à une date précoce de la République⁶⁸. La situation devint alors intolérable pour les plébéiens. Précisément, Tite-Live (2, 56, 3; 2, 60, 5) donne pour

⁶⁴ Mommsen, *R. Forsch.*, I, p. 184, note; *Droit public*, VI, I, p. 170, n. 1.

⁶⁵ Cic. *cit.*

⁶⁶ D. H. 9, 41.

⁶⁷ Ce problème a causé chez les modernes également un très grand embarras : Schwegler, *R. Geschichte*, II, p. 542-546; Mommsen, *R. Forsch.*, I, p. 183-187 (en particulier les notes des p. 184 et 186), *Droit public*, VI, I, p. 169-170; Momigliano, *Quarto contributo*, p. 308 sq., Richard, p. 559 sq.

⁶⁸ Sur la date annalistique de 495 voir *supra*; *REL*, 49, 1971, p. 113, 121 sq.

motif politique de la loi *Pubilia Voleronis* le besoin d'écarter de l'élection des tribuns les suffrages des nobles et de leurs clients. Il fallait recréer une assemblée purement plébéienne, ce que l'on fit sous une forme tribuite.

A d'autres points de vue, la composition plébéienne des curies se laisse vérifier pour leur état le plus ancien. On exige des curions placés à vie à leur tête, non la qualité de patricien, mais une certaine fortune et une naissance simplement distinguée⁶⁹. Une naissance patricienne est seulement requise pour le *curio maximus* en raison de ses hautes fonctions sacrales⁷⁰, à l'imitation des prêtres. Encore s'agit-il, comme le souligne Tite-Live⁷¹, non d'une règle religieuse impérative, mais d'un simple usage, dont on se débarrasse en 209 en élisant un plébéien, sans que comme pour d'autres sacerdoces le législateur ait eu à intervenir.

Autre preuve de l'origine plébéienne des curies. Le régime des immigrés à Rome, sous la royauté et dans les premières années de la République, établit des correspondances rigoureuses entre les classes sociales romaines et étrangères. Parmi ces étrangers, les nobles sont accueillis dans le patriciat et même au sénat, alors que la plèbe entre dans les curies. Les annales enregistrent divers exemples⁷² de cette répartition, en particulier après la chute d'Albe⁷³. Certes, chaque cas, notamment celui d'Albe, peut être soumis à discussion. Mais il n'est pas douteux que, d'une manière générale, ce schéma juridique de l'immigration est authentique jusqu'à la clôture du patriciat. La plèbe étrangère va rejoindre la plèbe romaine dans les curies, tandis que la noblesse attire la noblesse. Les jeunes nobles servent dans la cavalerie⁷⁴. Le chef de clan sabin *Attius Clausus*, fondateur de la *gens Claudia* à Rome, fut reçu au sénat (Liv. 2, 16, 5 *inter patres lectus*). Ce qui reste dans l'ombre, c'est la nature des actes juridiques qui procédè-

⁶⁹ D. H. 2, 21, 3, les place parmi les *πρῶχοντες*, c'est-à-dire les *primores*, notion qui n'implique pas le patriciat : cf. *Hommages à J. Bayet*, p. 458-459; Richard, p. 381, 391.

⁷⁰ D. H. 2, 64, 1. Sur l'aspect religieux du curionat, Varro, *lingua lat.* 5, 83.

⁷¹ Liv 27, 8, 2 *quia nemo ante eum nisi ex patribus id sacerdotium habuisset*. Sur la valeur non impérative de cet usage, Palmer, *Archaic Community*, p. 275. Comme l'élection du grand curion portait sans doute sur un autre curion, on vérifie par là que dès avant 209 ces derniers étaient normalement plébéiens.

⁷² D. H. 3, 29, 7; voir aussi 2, 35, 6; 2, 46, 2 associé à 2, 47, 1; 2, 55, 6.

⁷³ Alföldi, *Early Rome*, p. 236 sq.; Momigliano, *Quarto Contributo*, p. 495; D'Anna, *Problemi di letteratura latina arcaica*, 1976 p. 134 sq.

⁷⁴ Liv. 1, 30, 3.

rent à ces intégrations. Quels que soient ces actes⁷⁵, le règlement de l'immigration jusqu'au début de la République conserve une image purement plébéienne des curies, qui a d'autant plus de chances d'être vraie qu'elle est en désaccord avec celle que s'en faisaient autrement les annalistes⁷⁶.

La logique institutionnelle veut que les curies à leur début n'aient pas juxtaposé patriciens et plébéiens, mais aient commencé par ne grouper qu'une seule de ces deux catégories. La science du siècle passé, en optant pour une composition exclusivement patricienne des curies, a fait un mauvais pari qu'elle a perdu. Tous les indices convergent vers une composition plébéienne. C'est la République naissante, en instaurant le principe du suffrage universel, qui a ouvert les curies aux patriciens (sauf les sénateurs) et donné naissance au paradoxe d'une assemblée patricio-plébéienne. C'est un paradoxe républicain que le nouveau régime répète dans les comices centuriates et tributes. Mais la plèbe est fidèle au passé et rebelle au suffrage universel lorsqu'en 471 elle recrée sous une forme nouvelle un concile purement plébéen, fermé aux patriciens et à leurs clients.

Dans sa conception républicaine, le peuple est la somme de tous les citoyens, nobles, non nobles, plébéiens sans patron et clients. Et cet *universus populus*, où se côtoient toutes les classes sociales, est au V^e siècle une nouveauté. La royauté et encore la République tout au début séparent les catégories sociales; et celles-ci correspondent trait pour trait à des catégories institutionnelles au nombre de trois : les *patres*, les plébéiens et les clients. Les plébéiens sont les citoyens ne dépendant d'aucun patron; ils forment les curies sous l'autorité du roi, qui les protège contre les nobles. Les clients sont des hommes libres non-citoyens, dits *liberi*⁷⁷, c'est-à-dire libres et fils selon le sens premier du mot : leur liberté dépend d'une pseudo-filiation par rapport à leurs patrons qui sont leurs *patres* ou pères fictifs. Le mot en ce sens n'existe pas au singulier et on a forgé *patronus*. Les *patres* sont les chefs de clan, dont dépendent une masse de clients formant à l'occasion des armées privées, comme cela s'est encore vérifié au Crémère dans l'expédition des *Fabii*. Les chefs de clan sont les membres de droit du sénat; et ainsi s'explique que le mot *patres* désigne à la fois les maîtres des clients et les sénateurs réunis sous la présidence du roi. C'est le même personnel. Un patron plébéen serait une contradiction dans les termes en ce temps là. Le sénat est l'organe

⁷⁵ Il est parfois question de *cooptatio*. Sur ce thème, Mommsen a varié : *R. Forsch.*, I, p. 173, 277; *Droit public*, VI, I, p. 31 sq., VII, p. 25; Altheim, *R. Geschichte*, II, p. 175, 199.

⁷⁶ Schwegler, *R. Geschichte*, II, p. 621-622.

⁷⁷ *REL*, 49, 1971, p. 106 sq.

central de la cité où se concertent le roi, qui est le chef des plébéiens des curies, et les *patres*, qui sont les chefs des clients. Les plébéiens sont citoyens. Les clients ne le sont pas encore.

Voilà la société qu'a désorganisé pour la recomposer autrement le suffrage universel, qui généralise le droit de cité au premier siècle de la République. Les clans se désagrègent pour faire place à de nouveaux aspects, plus politiques, de la noblesse et de la clientèle. Les clients entrent dans les assemblées populaires, et finissent même par pénétrer dans l'exclusiviste concile de la plèbe (Liv. 5, 32, 8). Le titre de noblesse des *patres* est désormais moins d'être à la tête d'un groupe de clients que d'avoir géré le consulat ou d'avoir un ancêtre consulaire, c'est-à-dire quelqu'un ayant disposé des mêmes *auspicia maxima* que Romulus. Paradoxalement, la magistrature républicaine supérieure, en conférant à ses titulaires des auspices identiques à ceux des rois, donne à la noblesse une marque divine qu'elle n'avait pas sous la monarchie. De leur côté les plébéiens, privés de la protection du roi se créent de nouveaux protecteurs en la personne de leurs tribuns. Le passage de la royauté à la République n'offre pas l'image de la continuité, il réalise en quelques années un renversement total des institutions.

* * *

M. Jacques Heurgon a chargé M. Louis Robert de lire les observations suivantes :

Je voudrais que mon confrère et ami Seston et M. André Magdelain me pardonnent de n'avoir pu présider pour raison de santé une communication dont j'avoue que j'avais pris l'initiative. Je souhaitais que M. Magdelain, ancien élève de Jean Bayet et qui parmi les romanistes de nos Facultés de Droit est l'un des rares qui s'intéressent aux institutions romaines archaïques, montrât ici combien notre connaissance des origines de Rome et spécialement de la République romaine s'est modifiée et renouvelée depuis la guerre. Dans cette reprise des problèmes, M. Magdelain a joué lui-même, à côté de Momigliano, de F. De Martino, Robert Werner, L. R. Ménager et J. Cl. Richard, un rôle de premier ordre, où son indépendance s'affirme avec autorité. On a vu aujourd'hui qu'à la différence de ce qu'on a longtemps cru l'histoire de la Rome primitive n'est pas celle d'un patriciat à qui la plèbe arrache lentement l'égalité des droits. On sait maintenant que le patriciat n'est qu'une formation secondaire de l'histoire romaine, et M. Magdelain a démontré aujourd'hui en pleine clarté que le suffrage universel avait, au V^e siècle, régné dans les trois types de comices populaires, curiates, centuriates ou tributes. Seuls les *patres*, qui avaient leur assemblée à part, le Sénat, n'y sont entrés qu'avec peine.

M. Magdelain fait dater l'institution du suffrage universel de l'avènement de la République. Car il pense que le nouveau régime ne fit pas «des débuts larvaires mais radicaux». On aura admiré dans sa communication d'aujourd'hui, outre le calcul des unités de vote dans les comices, outre le très beau développement sur le plébiscite ovinien et la *lectio senatus* d'Ap. Claudius Caecus, beaucoup de remarques originales : le jour de l'Allia, qui le 18 juillet marqua la prise de Rome par les Gaulois, resta dans les Fastes d'Anzio jour comitial, où les assemblées pouvaient se réunir : c'est que la définition des jours comitiaux, marqués par un C, était antérieure à la catastrophe, et remontait sans doute à la définition décemvirale du calendrier.

LA PLÈBE ET LA NOBLESSE DANS LA ROME ARCHAÏQUE

La plèbe n'est pas un sujet simple¹. A Rome, elle a des institutions qui lui sont propres, ses tribuns, ses édiles, son concile, qui s'opposent à celles de l'Etat. Ce système est original, à Sparte les éphores dans leur action contre les rois ne développent pas une idéologie comparable. On a pu parler «d'Etat dans l'Etat» ou de «révolution institutionalisée». L'interdiction très provisoire des mariages mixtes a suscité l'idée de cité double (Liv. 4, 4, 10). Cette idéologie a sa grandeur, les faits sont plus modestes. Il n'y eut pas de guerre civile, les sécessions furent brèves, elles étaient armées, les familles restaient à Rome, il ne fut pas sérieusement question de fonder ailleurs une autre cité. Les lois sacrées mises à part, les plébiscites n'avaient pas pour but d'élaborer la charte d'une communauté séparée, mais de légiférer pour tout le corps civique (*omnes Quirites tenere*). Les tribuns commencèrent simplement par interposer leur personne (*inter-cedere*) entre le citoyen menacé et le licteur du magistrat. Aussi étaient-ils intouchables (*sacrosancti*), mais cette protection était limitée à la ville de Rome et ne s'étendait pas aux armées. Les maîtres du récit historique ont embelli par le drame les maigres notices que leur livrait la chronique pontificale. Le drame culmine dans le tribunal révolutionnaire de la plèbe qui de la chute des rois aux XII tables condamne les patriciens réactionnaires. Il n'a pas résisté à la critique historique.

On n'en finit pas de se demander qui est plébéen à Rome. Mais la plèbe est introuvable dans une cité que l'historiographie contemporaine tient depuis le siècle dernier pour un tissu et, à l'origine, pour une fédération de *gentes* nobles. A ce compte, les

¹ Sur la plèbe archaïque : Wieacker, *Labeo*, 1977, 59-69 (brillante synthèse); Richard, *Les Origines de la plèbe romaine*, 1978 (fondamental). Voir aussi : Momigliano, *Quarto contributo alla storia degli studi classici*, 1969, 377-454; Guarino, *La rivoluzione della plebe*, 1975; *Social struggles in archaic Rome*, ouvrage collectif édité par Raaflaub; Hölkeskamp, *Die Entstehung der Nobilität*, 1987; Franciosi, *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, I, 1984, 121-179.

magistrats, le sénat, les comices centuriates sont patriciens. Mais la tradition n'a jamais dit cela des comices. La plupart des rois ont des noms plébéiens. Peu importe, le système est en place. Son point faible c'est la plèbe. On a renoncé à voir en elle d'anciens clients sortis du vasselage. Restent alors les marchands, les artisans, les immigrants, ils prolifèrent sous la plume des savants. On a pensé aussi aux cultivateurs des terres conquises. Eux mis à part, paradoxalement on ne sait d'où vient le cultivateur plébéien, qui formera longtemps l'ossature de la cité et de son armée. On ne répond pas à cette question, quand on croit reconnaître depuis peu à l'époque des rois étrusques la plèbe dans l'*infra classem*, autrement dit dans le groupe des citoyens insuffisamment fortunés pour entrer dans la *classis*, la phalange, équipée à ses frais. Il reste à expliquer comment la plèbe en serait ensuite venue à faire la somme des citoyens, patriciens mis à part.

De fausses évidences ont conduit à l'impasse. Quand on voit dans la Rome naissante un agrégat de gentes nobles, dotées de leurs clientèles, de prime abord tout paraît simple; et selon un schéma qui conserve encore aujourd'hui un certain attrait, on passe sans trop de peine de la famille et du clan à la cité suivant une démarche proche d'Aristote (Pol. I, 1, 7-8, 1252^b). Il n'y a qu'un malheur, c'est la plèbe. Elle ne peut entrer dans ce système que par effraction. On n'a pas osé dire par pudeur à quel point elle est dérangeante. Les origines de la plèbe sont un problème que les Romains ne posent même pas. Cette interrogation est le produit artificiel d'une philosophie de l'histoire qui depuis Niebuhr a bien vieilli. Après la deuxième guerre mondiale on a parfois songé à rajeunir cette énigme qui a près de deux siècles. Au lieu de faire venir la plèbe de l'extérieur sous forme d'immigrants, certains savants préfèrent la découvrir sur place à la suite d'une différenciation sociale au sein d'une communauté d'abord égalitaire. Une aristocratie se serait imposée avec le temps en rejetant au dessous d'elle la masse des moins favorisés. Les origines de la plèbe deviennent ainsi internes sans apports venus de l'étranger. Ce nouveau système a pour point de départ une société sans classes. Autrement dit, on remplace une philosophie par une autre. Dans les deux cas, on ne doit rien à la méthode historique, elle a simplement pour mission d'adapter les textes à des harmonies préconstituées. L'archéologie a été mise à contribution pour tenter de retrouver d'une tombe à l'autre l'apparition de la richesse. Mais elle reste muette sur la définition juridique du patriciat.

Il serait peut-être temps de ne plus philosopher. Ce que les sources offrent de plus clair sur la société romaine archaïque, c'est son droit. C'est lui qu'il convient d'interroger librement sans le plier à des postulats qui remontent au siècle passé.

I

POPULUS ET PLEBS

L'histoire économique n'apporte sur les temps dits obscurs que des renseignements ponctuels. L'inventaire du mobilier funéraire est contrarié par les restrictions du luxe des sépultures, qui se manifestent aussi bien sur le terrain que dans les XII tables. La meilleure chance que l'on possède de comprendre la société archaïque réside dans la coïncidence, propre aux cités naissantes, entre les catégories sociales et les catégories juridiques. Un roi, un sénat, un peuple. Le sénat s'appelle *patres* et le peuple *populus*, mot dont on ignore l'étymologie. On a fait peu de cas des récits qui racontent comment fut réparti le peuplement de Rome, après que Jupiter eut autorisé le tracé de la ville. Selon l'heureuse formule de Mommsen, aux yeux des Romains ce n'est pas la cité qui fit le roi, c'est le roi qui fit la cité. Romulus anoblit les meilleurs qui devinrent les *patres* et formèrent le sénat². Au dessous d'eux, il distribua le *populus* en trois tribus et trente curies³. Ce partage institutionnel entre le sénat des *patres* et le *populus* des trente curies correspond à la division des nobles et des non-nobles. Tant de clarté offensa les partisans d'une cité entièrement patricienne à ses débuts, à la seule exception des clients. Pour ces savants, les nobles étaient partout, aussi bien au sénat que dans les curies. De tels récits furent traités par le mépris.

On n'élimine pas d'un tour de main ou par le silence un développement parfaitement cohérent du patrimoine historique des Romains, sans remarquer à quel point sa logique est sans faille. La noblesse est concentrée au sénat en la personne des *patres*, et le *populus* est identifié avec la plèbe. L'identification est expresse. Chez les auteurs latins et grecs, *populus*, *plebs*, *multitudo*, *pléthos* ne font qu'un dans la Rome romuléenne. Le propos est délibéré. Ces auteurs savaient que le mot *plebs* à l'époque monarchique n'appartient pas encore au vocabulaire officiel, où il ne pénètre que sous la République avec les *tribuni* et le *concilium plebis*. Mais il importait de présenter le *populus* comme la masse des non-nobles au temps des rois. Pour ce faire, on n'hésita pas à tenir *populus* et *plebs* pour synonymes. Sous la République, ces deux ensembles ne coïncident plus. S'ensuit un vrai problème, posé par nos sources, à la place d'une énigme fabriquée par l'historiographie contemporaine.

² Liv. 1, 8, 7; 1, 35, 6; Cic. *rep.* 2, 14; 2, 35; Plut. *Rom* 13; Fest. *senatores*, 454L; *Hommages J. Bayet*, 1964, 471, 473.

³ Cic. *rep.* 2, 14; Liv. 1, 13, 6; D. H. 2, 7, 2.

Au chapitre 8 du livre 1, Tite-Live montre d'abord comment le fondateur commua *in populi unius corpus* la *multitudo* qui assura le peuplement de la ville nouvelle, puis à la fin du chapitre apparaissent les sénateurs ou *patres*, établis peu après. D'un côté la roture, de l'autre la noblesse. Elles se coulent séparément dans les cadres institutionnels de sénat et du peuple. Plutarque est encore plus clair, parce que il s'adresse à un public moins au courant des grands thèmes de l'histoire romaine. Dans sa vie de Romulus 13, 2, il fait naître simultanément peuple et sénat et leur fait correspondre trait pour trait plébéiens et patriciens. «La plèbe (*pléthos*), dit-il, reçut le nom de *populus*». Comme Tite-Live, Plutarque veut montrer comment Romulus changea une masse informe en peuple organisé. *Populus* chez ces deux auteurs, par opposition à *multitudo* ou *pléthos*, a une pleine valeur institutionnelle⁴.

Chez Plutarque, la suite du chapitre porte sur l'originalité du mot *patres*, qui désigne comme une seule et même chose l'aristocratie et le sénat. L'insistance de l'auteur est salutaire, parce qu'elle compense le développement succinct de ce thème dans la littérature latine. Cicéron tient comme une évidence, ne méritant aucun commentaire, que *populus* et *plebs* sont identiques, quand à quelques lignes de distance dans le *de Republica* (2, 14; 16) il associe d'abord l'un ensuite l'autre au sénat, qui apparaît sous le nom de *principes* ou *patres*. Dans ces deux paragraphes voisins, la cité romuléenne a les mêmes composantes, sénat c'est-à-dire noblesse, *populus* c'est-à-dire *plebs*⁵. Avec une régularité parfaite d'un auteur à l'autre, l'aristocratie et la plèbe reçoivent une définition juridique qui en fait, sous l'autorité du roi, les deux principaux organes de la cité.

Il en va de même chez Denys d'Halicarnasse, avec cette réserve que au livre II aux chapitres 7 et suivants il avance une série de propositions qui ne s'accordent pas toujours entre elles. La composition plébéienne des curies est fortement affirmée là (2, 7) et ailleurs (2, 14, 3; 3, 29, 7; 4, 12, 1), bien que en 2, 12 il laisse transparaître une com-

⁴ Il ne saurait être question de dévaloriser le témoignage de Plutarque en supposant que *populus* a ici le sens banal de masse (Ampolo, *Plutarco, Le vite di Teseo e di Romolo*, 1988, 304) : la transposition de la masse, *pléthos* ou *multitudo*, en *populus* serait alors perdue. Plutarque dans le même texte entend *populus* comme corps civique par opposition à l'armée, selon une optique qui n'appartient pas à la tradition la plus ancienne.

⁵ Cic. *rep.* 2, 14 *in regium consilium delegerat principes (qui appellati sunt propter caritatem patres) populumque . . . in tribus tris curiasque triginta discripserat*; 2, 16 *et habuit plebem in clientelas principum discriptam*.

position patricio-plébéienne⁶. Au chapitre 8, au milieu d'une variété d'opinions souvent contraires, il illustre le contraste entre aristocratie et plèbe par une remarque de procédure constitutionnelle : alors que les nobles sont convoqués individuellement, les *demotikoi* le sont en masse au son de la trompette. Ainsi est opposée la convocation du sénat, tel qu'il la décrit ailleurs (9, 63; 11, 4) à celle du peuple⁷, sous la forme que lui reconnaît Properce (carm. 4, 1, 13 *bucina cogebat priscos ad verba quirites*) pour les temps les plus anciens et qui a toujours cours pour les centuries. Les *patres*, décrits tout au long du chapitre sous des traits souvent variés, retrouvent leur place dans un sénat entièrement noble, qui leur est réservé, tandis que l'assemblée du peuple ne groupe que des plébéiens. Parmi d'autres thèses, Denys a accueilli lui aussi cette doctrine classique.

* * *

La science contemporaine⁸ a raison d'occulter une solution qui explique sans peine ce qu'elle laisse sans réponse. Si la constitution archaïque avait été patricienne, c'est de haute lutte que la plèbe eût obtenu le droit de vote dans les curies, comme ce fut la règle pour toutes ses conquêtes. Or rien de tel. Relisons le *de viris illustribus* : 2, 12 (Romulus) *plebem in trigintas curias distribuit*. Convaincue que les curies furent à l'origine exclusivement plébéiennes l'annalistique n'a pas eu à résoudre un problème qui n'a laissé aucune trace. Plus net encore, les noms des curies, quand on les connaît, sont formés sur des toponymes, comme *Veliensis* (*Velia*) ou *Foriensis* (*Forum*), ou bien

⁶ Sur ce texte Willems, *Sénat* 1, 24; Mommsen, *Römische Forschungen*, I, 261; voir aussi Schwegler, *Römische Geschichte*, I, 621, 629, 659, 5. Dans ce passage d'inspiration démocratique, les curies choisissent dans leur sein les patriciens qui siégeront au sénat. Doctrine originale, au lieu de la nomination habituelle des sénateurs par le roi : p. ex. Fest. 290, 7 *L ut reges sibi legebant, sublegebantque, quos in consilio publico haberent*.

⁷ Sur la convocation du sénat chez D. H. voir Mommsen, *Staatsrecht* I 364, 7 = *Droit public* I, 418, 4; 414. Mommsen a bien compris D. H. 2.8 comme opposant la convocation du sénat à celle du peuple, mais a tort de ne songer qu'aux centuries (*Staatsrecht* III, 388, 1 = *Droit public*, VI, 446, 5). Richard, *Origines*, 221 pense à des assemblées spécifiquement patriciennes, mais il n'en existe pas de telles, comme l'a montré Mommsen, *R. Forschungen* I, 167.

⁸ Richard, *Origines*, 79 suiv. a le rare mérite d'évoquer ce qu'il appelle « le témoignages des anciens », mais l'identité de la plèbe avec le peuple (et les curies) au temps des rois ne retient pas son attention, et il rejette sans discussion (92, 99) l'équation que formule Plutarque.

sont gentilices comme : *curia Acculeia, Fautia, Titia*⁹. Aucun de ces noms n'est patricien, ce qui est incompréhensible si cette assemblée est aristocratique. Rien de plus normal, si elle est plébéienne. Au début du V^e siècle, avant la création du concile de la plèbe, ce sont les curies qui élisent les tribuns de la plèbe¹⁰. Il n'y a alors aucune autre assemblée apte à le faire. Les centuries, graduées selon la fortune pour assurer le recrutement de l'armée, ne sont pas assez démocratiques et vont à peine commencer leur carrière d'assemblée politique. Cette compétence des curies va de pair avec leur composition purement plébéienne encore au début de la République et ne peut embarrasser que ceux qui ignorent la démonstration des anciens, parfaitement d'accord avec eux-mêmes. Le vrai problème n'est pas que les curies élisent les tribuns de la plèbe mais pour quelle raison, comme on le verra, elles ont ensuite cessé de le faire.

Dans la constitution archaïque, sénat et curies forment un ensemble qui correspond au complexe architectural de la *curia Hostilia* et du *comitium*, attribué au roi Tullius Hostilius (Cic. *rep.* 2, 31 *fecit idem et saepsit de manubiis comitium et curiam*). Les archéologues¹¹ en ont repéré les traces, et le calendrier ne laisse aucun doute sur son origine royale. La cérémonie du *Regifugium* se déroule au *comitium* (Plut. Q. R. 63), et le roi y préside les comices selon le sigle QRCF : *quando rex comitiavit fas*. Le sénat et les curies siégeaient côte à côte dans ce complexe, qui avait pour but de permettre cette concomitance. Les *patres* réunis dans la *curia Hostilia* assistent, à côté des comices curiates groupés au *comitium*, aux mêmes actes de la vie publique. A partir du moment où la *lex publica* remplace sous la République la *lex dicta* du roi, les curies et le sénat apportent successivement à la proposition du magistrat l'*auctoritas populi* (Gaius 1, 98-99)¹² et l'*auctoritas patrum*. Un même complexe architectural avait été conçu pour rapprocher mais tenir séparées ces deux instances. Initialement les *patres* ne font pas partie du *populus*¹³. Voilà ce qu'enseignent à la fois le droit et l'archéologie. Ces deux groupes collaborent mais restent distincts dans la Rome archaïque. Le *populus Romanus Quirites* a

⁹ CRAI, 1979, 709; on ne sait pas à quelle catégorie appartient la *curia Velitia*.

¹⁰ Cic. *ap. Asc. Corn.* 68 p. 76 Clark; D. H. 6, 89; 9, 41; 9, 44.

¹¹ Coarelli, *Il Foro Romano*, I (1983), 119 suiv.

¹² Gaius a ici en vue un vote curiate (adoption d'un *sui iuris*).

¹³ Pour les *sacra curiarum*, on a dans le cas des *Fordicidia* une indication d'une participation séparée des *patres* : Ovide *Fast.* 4, 635, voir CRAI, 1979, 705 suiv. Le *curio maximus* en raison de son rôle sacré est un patricien selon un usage non impératif qui prend fin en 209 sans loi; une loi fut nécessaire pour permettre aux plébéiens l'accès aux grands sacerdoce : CRAI 1979, 710.

commencé par être le peuple des trente curies (*vos Quirites* dit la formule de l'adrogation qui leur est présentée, Gell. 5, 19, 9); *populus* a ici un sens civil par opposition aux emplois militaires du mot, les *Quirites* sont les *co-virites* comme la *curia* est la *co-viria*. Dans cette asyndète vient d'abord le tout, le *populus*, puis les parties, les *Quirites*. Peuple et sénat, autrement dit *Quirites* et *patres*, constituent la cité sans se fondre dans une même unité : Hor. *carm.* 4, 14, 1 *quae cura patrum quaeve Quiritium*... Le roi puis le consul au premier âge républicain les convoque simultanément dans un local qui leur assigne des places séparées. Cette division matérielle reçoit un sens très précis dans l'image que se font les Romains de la cité archaïque : les *patres* sont l'aristocratie et les *Quirites* la plèbe.

Jusqu'à présent, tout paraît donner raison à la théorie romaine. Elle interprète en termes de noblesse et de roture le sénat et le peuple, ce qui est une formule heureuse, mais elle éprouve de la peine à trouver aux clients une place dans la cité au moment de sa formation. Dans la communauté romuléenne, cette troisième composante ne parvient pas à naître d'un acte démiurgique du fondateur. Tite-Live se tait, il n'expose pas l'aventureuse hypothèse qui répartit peuple et plèbe, confondus en même tout, dans la clientèle des nobles en vertu d'un ordre de Romulus. Les *principes* que mentionne à ce sujet Cicéron (*rep.* 2, 16 *habuit plebem in clientelas principum discriptam*) sont les mêmes qu'il appelait *patres* peu avant : 2, 14 *principes, qui appellati sunt propter caritatem patres*. Et d'une phrase à l'autre, *populus* et *plebs* recouvrent le même personnel : 2, 14 *populumque... in tribus tris curiasque triginta discripserat*. Tout au long du chapitre 13 de la vie de Romulus, Plutarque associe les termes *patres* et *patroni* dans un exposé, non-dénué d'embarras, qui entrelace les uns et les autres au point de les identifier, comme cela apparaît plus clairement chez Festus : 262 L *Patrocinia appellari coepta sunt, cum plebs distributa est inter patres, ut eorum opibus tuta esset*. Un point est certain : l'aristocratie du sénat avait des clients¹⁴, *patronus* vient de *patres*, mais autre chose est la plèbe, autre chose la clientèle de la Rome des rois. L'annalistique distingue ces deux catégories¹⁵ avant que la première absorbe la seconde. A l'origine, le client n'est pas quirite : ne disposant que d'une tenure révocable (Fest. 288, 16L *patres... quia agrorum partes adtribuerant tenuioribus*)¹⁶, il n'est pas propriétaire *ex iure Quiritium*; d'autre part, il n'a pas la capacité d'ester en justice, il ne peut

¹⁴ D. H. 2, 9-10 après avoir rappelé l'origine de la clientèle expose le code qui la régit.

¹⁵ REL, 49, 1971, 104.

¹⁶ Premierstein, RE, IV, 44.

le faire qu'avec l'assistance de son patron (D. H. 2, 10, 1; Plut. Rom. 13, 8), plus tard facultative (Plaut. *Men.* 585).

A l'époque royale, les clients forment une masse vassale des *patres*, le *populus* des Quirites dépend directement du roi. *Populus* et *plebs* sont sans doute la même chose, comme le veulent les anciens, mais il est impossible de les suivre quand ils font coïncider plèbe et clientèle, ne serait ce que sous Romulus. La logique de cette légende n'est pas celle de l'histoire. La vérité est que les Romains ne savaient d'où faire sortir la clientèle. Elle ne s'intègre pas dans l'assemblée des Quirites avant d'acquérir le droit de la cité.

Dans la Rome royale, il existe une division topographique des citoyens concentrés dans l'*urbs* et des clients répandus sur l'*ager*. Le citoyen, à l'exemple de Cincinnatus (Liv. 3, 26) n'a sur son champ qu'une hutte (*tugurium*), les XII tables ignorent le mot *villa* (Plin. N. H. 19, 4, 50), sa maison (*domus*) est à l'abri des murs. Le client est à demeure sur sa tenure. En cas d'alerte, on rentre le bétail dans l'*urbs* (Liv. 2, 11, 3 *pecus quoque omne in urbem compelletur*), dont le périmètre est assez vaste pour le contenir. En temps de sécession, la ville est déserte (Liv. 3, 52, 5), alors que les clients restent à leur place (D. H. 6, 47; 6, 63), prêts à défendre Rome contre l'étranger. C'est à eux qu'on fait appel, quand la plèbe refuse le service militaire (D. H. 7, 19; 10, 15; 10, 27; 10, 43).

Ce partage des citoyens dans l'*urbs* et des clients sur l'*ager* reçoit une formulation juridique particulièrement simple. Le corps civique est enfermé dans les quatre tribus urbaines, créées par Servius Tullius, il s'y trouve dans sa totalité conformément à une tradition parfaitement ferme : Liv. 1, 43, 13 *quadrifariam enim urbe divisa regionibus collibusque, qui habitabantur, partes eas tribus appellavit*; D. H. 4, 14, 1-2; P. Ox. XVII 2088 *in oppido quo quisque pago civis habitabat*; vir. ill. 7, 7 *populum in quattuor tribus distribuit*. Dans l'*Ab urbe condita*, le bon roi ne créa que les quatre tribus urbaines, Denys d'Halicarnasse y rassemble tous les citoyens répartis jusque là dans les trois tribus génétiques, *Ramnes*, *Tities*, *Luceres*. Les autres sources admettent le même regroupement intra-urbain du *populus*¹⁷. Les tribus rustiques n'existaient pas encore. Chez Tite-Live (2, 21, 7) elles n'apparaissent que sous la République. Le langage du droit est clair. Le propre de la tribu territoriale est de servir de cadre aux citoyens. Les tribus urbaines furent d'abord seules à remplir cette fonction, parce qu'elles faisaient la somme du corps civique. On attendit que les clients deviennent citoyens à leur tour pour créer des tribus rustiques. Auparavant des districts ruraux, d'étendue plus réduite, s'appe-

¹⁷ REL, 49, 1971, 109 suiv. Le papyrus d'Ox. appelle exceptionnellement *pago* la tribu territoriale.

laient simplement *regiones* ou *pagi* (Varro ap. Non. 62, L; Fest. 102, 20L, D. H. 4, 15, 2).

Il appartenait au régime de la *libertas* de conférer la citoyenneté aux clients. Ils entrent alors seulement dans les comices, où votent désormais côte à côte des citoyens libres de toute allégeance et d'autres engagés dans les liens de la vassalité. La situation devint vite intolérable dans les curies qui élisaient les tribuns de la plèbe, les patriciens faisant passer par les voix de leurs clients (Liv. 2, 56, 3 *per clientium suffragia*) les tribuns de leur choix. La riposte fut la création par la loi Publilia Voleronis, en 471, du concile de la plèbe. A cette date, la plèbe contenue tout entière dans les quatre tribus urbaines élit quatre tribuns (Diod. 11, 68, 7). Ce chiffre est transparent, en attendant qu'on passe un peu plus tard à celui de dix. Alors, la plèbe restée urbaine ne se confond plus avec le *populus*, qui a absorbé les habitants de l'*ager*; déjà entrée dans la voie de la révolution par la création de ses tribuns, elle se donne peu après à l'aide d'une assemblée autonome le moyen de s'institutionnaliser.

La clientèle se transforma au sortir de l'ère archaïque¹⁸, elle se dépouilla de son aspect vassalique et au IV^e siècle la nouvelle noblesse plébéienne eut aussi ses clients. Après ce rajeunissement, il n'y eut plus d'obstacle à ce que la clientèle entrât dans le concile de la plèbe, ce qui est attesté assez tôt, en 391 chez Tite-Live (5, 32, 8). La plèbe n'exclut plus alors que le seul patriciat¹⁹. Lui mis à part, elle rassemble tous les citoyens. Les clients ne sont plus une catégorie distincte.

Tout autre est l'histoire du *populus*. Au temps des rois, selon les maîtres du récit historique il s'identifiait à la *plebs* et se distinguait des *patres*. Avec la République, au nom du suffrage universel les *patres* entrèrent dans les comices pour y voter en même temps que la plèbe. Le cens, établi par Servius Tullius amorça ce processus, *patres* et plébéiens étaient inscrits ensemble sur ses listes. Au milieu du V^e siècle, les XII tables connaissent déjà l'assemblée centuriate, ses *assidui* et ses prolétaires. Les *patres* votent sous le nom de *proci patricii*²⁰. Le *populus* autrefois identique à la plèbe et séparé des *patres* fait maintenant la somme des deux, c'est l'*univer-*

¹⁸ Sur l'évolution de la clientèle, Hölkeskamp cit. 253 suiv.

¹⁹ Gaius 1, 3 *plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur*; Capito ap. Gell. 10, 20, 5; Fest. *populi* 264L; *scitum populi* 442L; Laelius Felix ap. Gell. 15, 27, 4; Zon. 7, 17; Mommsen, *Staatsrecht*, III, 4; 149, 1 = *Droit Public*, VI, I, 2; 167, 1.

²⁰ Voir section II.

*sus populus*²¹. La plèbe a préservé son autonomie en créant son concile.

L'assemblée archaïque des curies fut beaucoup plus lente à adopter le suffrage universel. En 471, quand fut présentée la loi Publilia Voleronis, la noblesse trouble le vote des curies mais n'y prend pas part²². A cette date comme à l'époque royale, les *patres* sont en dehors de cette assemblée. L'explication est simple. La procédure constitutionnelle est toujours la même, *patres* et curies siègent côte à côte à la *curia Hostilia* et au *comitium*. Au contraire, au champ de Mars les centuries additionnent les *proci patricii* et la masse des autres citoyens. A la fin du IV^e siècle une mesure démagogique d'une extrême violence tend à exclure les *patres* du sénat : le plébiscite Ovinien prescrit que à l'avenir ses membres seront recrutés dans les curies (Fest. 290L *curiatim*), dont précisément les *patres* sont absents. Ils n'eurent d'autre recours que d'y entrer. Aussi ne siègent-ils plus à côté d'elles à la *curia Hostilia*, mais avec elles au *comitium*. Ainsi prit fin l'*auctoritas patrum* pour les résolutions curiates, toujours requise en principe, mais toujours défailante en pratique²³. Après cette péripétie constitutionnelle, curies et centuries ont le même personnel.

L'identité des *Quirites* fut affectée par ces variations. Le Quirite est d'abord le membre des curies ou *populus Romanus Quirites*, il se distingue alors des *patres*, qui siègent séparément à côté d'elles. Ensuite, *patres* et *Quirites* forment un tout, quand ils votent ensemble dans les curies au *comitium*, comme dans les centuries au champ de Mars. S'adressant aux unes ou aux autres, le magistrat président

²¹ Laelius Felix ap. Gell. 15, 27, 4 *is qui non universum populum, sed partem aliquam adesse iubet non comitia, sed concilium edicere debet*; voir CRAI 1979, 698.

²² Liv. 2, 56, 10 *Occupant tribuni templum postero die; consules nobilitasque ad impediendam legem in contione consistunt. Summoveri Laetorius iubet, praeterquam qui suffragium ineant*; D. H. 9, 41; 9, 44. Comme Mommsen l'a bien vu (*Römische Forschungen*, I, 184 note; 186, 17; *Staatsrecht*, III, 151, 3 = *Droit public*, VI, I, 170, 1) ce sont les curies qui votent cette loi; jusque là la plèbe n'a pas d'autre mode de réunion. C'est en vain que l'on a déformé ces textes en introduisant la noblesse dans les curies de 471 (cf. Weissenborn ad loc. Premierstein, RE IV, 50). Comme l'a observé J. Bayet (Liv. tome II, 91, 2), Tite-Live n'a pas une doctrine cohérente sur la naissance du concile de la plèbe, réuni *tributim* : en 2, 56, 3 il le fait naître en excluant les clients; en 2, 60, 5 (*patres ex concilio summovendo*) en écartant les *patres*. Cette deuxième thèse correspond à la définition classique de la plèbe, qui groupe tous les citoyens sauf le patriciat.

²³ Sur tout ceci CRAI, 1979, 706 suiv.

appelle indifféremment *Quirites* les votants²⁴, sans distinguer s'ils sont nobles ou plébéiens.

II

PATRES

Il est aussi légendaire de faire naître les *patres* d'un anoblissement royal que de rechercher le peuple Romain dans les compagnons de Romulus. L'expression asyndétique *patres conscripti* (Fest. 304 L *qui patres, qui conscripti*) est technique. Les *conscripti* se sont agrégés aux *patres*. Ceux-ci furent le noyau du sénat et à l'origine sont seuls à le composer.

Comme il a été montré ailleurs²⁵, le roi réunit en son conseil un groupe de nobles, *patres*, dont les clients sont appelés *liberi*²⁶. *Liberi*, ils le sont parce qu'ils sont réputés être les fils des *patres*, selon une fiction qui ne fut jamais oubliée (Fest. 288, 17L *perinde ac liberis*; Serv. Aen. 6, 609... *patroni quasi patres, tantumdem est clientem, quantum filium fallere*) et confère à cette dépendance un aspect filial²⁷. Une seule et même fiction rend compte des deux qualifications complémentaires, *patres* et *liberi*. Les nobles sont appelés *patres* comme s'ils étaient les pères de leurs clients. A ce titre, les clients sont des hommes libres. Filiation et liberté sont conjointes dans le mot *liberi*. Les deux choses n'en font qu'une. La filiation est la source de la liberté. Dans l'histoire de la langue latine, le même mot désigne à la fois les enfants et les personnes libres, comme deux catégories qui se confondent²⁸. Le client est libre, mais non citoyen, il n'est pas quirite et n'entre pas dans les curies. Cette restriction s'exprime aussi dans *liberi*, qui reconnaît la liberté sans la citoyenneté.

Denys d'Halicarnasse (2, 10) a conservé le code de la clientèle, attribué à Romulus, aujourd'hui peu commenté. Les Romains aimaient à dissenter sur cette somme de droits et devoirs qui liaient

²⁴ Brissonius, *De Formulis* II, 1; Mommsen, *Staatsrecht*, III, 312, 2 = Droit Public, VI, 1, 355, 3.

²⁵ REL, 49, 1971, 104, 106, 108; CRAI, 1979, 712.

²⁶ Varro ap. Non. 62 L *et extra urbem in regiones XXVI agros viritim liberis adtribuit*; Proc. D. 49, 15, 7, 1 *clientes nostros intellegimus liberos esse*.

²⁷ D. H. 2, 10, 1; Plut. Rom 13.

²⁸ Benvéniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, 1969, I, 324.

patron et client dans un rapport de *fides*²⁹. Sous la République, les magistrats tirent profit de cette dépendance pour assurer les frais de leur charge (D. H. 2, 10, 2). A l'époque archaïque, ces liens sont ceux de la vassalité. Le noble doit protection et assistance judiciaire à son client. Celui-ci apporte à son seigneur une contribution financière pour doter sa fille, payer sa rançon ou verser ses amendes. Ce dernier point trouve une illustration au cours de la carrière de Camille (Liv. 5, 32, 8). Les clients forment des armées privées sous la direction des *patres*, et ce sont elles qui assurent la sauvegarde de Rome, quand la plèbe fait la grève du service militaire. Dans les annales, ces milices sont l'aspect le plus remarquable de la vassalité. Vers 477, près du Crémère les Fabii et leurs clients³⁰ périrent dans un désastre national qui prit la forme d'une guerre privée (Liv. 2, 49, 1 *Veiens bellum in privatam curam, in privata arma versum*)³¹.

Lorsque le chef Sabin Attius Clausus, fondateur de la *gens Claudia*, immigra à Rome au début de la République, il vint avec sa troupe en armes de clients (D. H. 5, 40, 3). En 460, une autre incursion sabine vers Rome prit une forme violente, le chef Herdonius avec ses clients (D. H. 10, 14, 1) fit un coup de main sur le Capitole³².

Il existait une certaine mobilité de ces bandes de clients avec un noble à leur tête. Bon gré mal gré, on en voit s'agréger à Rome. Les clients d'Attius Clausus furent installés sur l'*ager*, tandis que lui prit demeure dans l'*Urbs*³³ et fut admis au sénat (Liv. 2, 16, 5 *inter patres lectus*; Plut. Pop. 21). Ce n'était pas une nouveauté. Les chefs albains, à la chute de la ville, y étaient déjà entrés (Liv. 1, 30, 2 *principes Albanorum in patres... legit-Tullius Hostilius*; D. H. 3, 29, 7). La forme juridique de cette «*cooptatio*» nous échappe et l'annalistique ne propose sur ce point que des hypothèses : Liv. 4, 4, 7 *nobilitatem istam vestram, quam plerique oriundi ex Albanis et Sabinis non genere nec sanguine sed per cooptationem in patres habetis, aut ab regibus lecti aut post reges exactos iussu populi*. Les Claudii sont la dernière famille

²⁹ Cato et Masurius Sabinus ap. Gell. 5, 13.

³⁰ D. H. 9, 15, 2; Fest. *scelerata porta* 450 L *cum clientium millibus quinque*; Serv. Aen. 6, 845 *cum servis et clientibus suis*; sur ces clients, Richard, *Lat.* 1988, 545.

³¹ Sur l'absence de commandement officiel de l'expédition des Fabii: Mommsen, *Staatsrecht*, I, 695, 2 = *Droit Public*, II, 379, 2; Latte, *Kleine Schriften*, 348-349; Richard, *Lat.* 1988, 551.

³² Tite-Live (3, 15, 5) réduit l'affaire à un simple mouvement servile; cf. Capozza, *Movimenti servili nel mondo romano in età repubblicana*, 1966, 39-64; Ampolo dans *Popoli e Civiltà dell'Italia Antica*, VIII, 1986, 459.

³³ Liv. 2, 16, 4-5; D. H. 5, 40, 5; Plut. *Popl.* 21.

étrangère à être reçue de la sorte dans la noblesse patricienne³⁴. Cette noblesse passablement ouverte du temps des rois se referme vite sur elle même sous la République. Quand des nobles d'autres peuples ont accès au sénat, l'aristocratie romaine ne se borne pas à témoigner sa solidarité à l'égard de pairs venus d'ailleurs. Par crainte ou par intérêt, on ouvre la porte à des chefs de bandes armées de clients³⁵.

Ces apports jettent une lumière crue sur le sénat archaïque. C'est une cour féodale. Le roi dispose de son peuple, réparti en curies, et de l'armée qu'il y recrute; autour de lui les *patres*, dits aussi plus tard *principes*³⁶, sont ses barons, ils ont pour vassaux leurs clients installés sur l'*ager*, qui cultivent des tenures en précaire et forment des armées privées³⁷. Ce qui a obscurci le tableau de cette société féodale, c'est la chimère d'une royauté constitutionnelle dans une cité conçue anachroniquement sous les traits d'une République : le roi nommé par le peuple collabore avec le sénat et les comices, c'est une sorte de magistrat viager. Son investiture par Jupiter est dévalorisée au profit de celle qu'il est réputé recevoir des curies. L'annalistique a complètement faussé les institutions les plus anciennes et assimilé la Rome des rois à une *polis* où le peuple est déjà souverain³⁸. Le souvenir des principaux aspects d'une société féodale avait été conservé, mais on se gardait bien de les recomposer dans un tout. Une Rome féodale ne doit pas surprendre, l'Iliade et l'Odyssée décrivent ce type de société. Le roi homérique est entouré de princes subalternes, qui forment un conseil de *basileis*, sans qu'aucun ne porte individuellement le titre de *basileus*³⁹. De la même manière à Rome les *patres* ne sont jamais appelé *pater* à titre personnel en qualité de membre du sénat⁴⁰.

³⁴ Altheim, *Römische Geschichte*, 1953, II 1, 177.

³⁵ Il faut laisser aux spécialistes le soin de voir si les célèbres condottieres étrusques (*Macstarna*, *Vibenna*) sont comparables aux chefs sabins ou latins suivis d'une clientèle armée. Les *sodales* du *lapis Satricanus*, récemment découvert, posent un problème analogue. Sur les milices privées en Etrurie, voir les hypothèses de Jannot, *Ktema*, 10, 1985, 129 suiv.

³⁶ Liv. 1, 30, 2; Cic. *rep.* 2, 14; 16.

³⁷ Comme on l'a vu, Denys mentionne souvent les milices armées formées de clients, tandis que Tite-Live observe à cet égard une réserve pudique, notamment en 2, 16 et 49 à propos d'Attius Clausus et des Fabii.

³⁸ Sur cette souveraineté, Mommsen, *Staatsrecht*, III, 300 = *Droit Public*, VI, I, 341, qui la croit primordiale

³⁹ P. Carlier, *La royauté en Grèce*, 1984, 145-150, 508 suiv.; R. Drews, *Basileus*, 1983, 129-131; Koepfler, REG, 1986, 335 suiv.; sans oublier Glotz, *La cité Grecque*, 1928, 46-50.

⁴⁰ Mommsen, *Staatsrecht*, III, 2, 840-4 = *Droit-Public*, VII, 8, 1. *Pater conscriptus* chez Cic. *Phil.* 13, 28 est ironique.

Vraisemblablement, le *pater patratus* avant de devenir un prêtre a commencé par être le roi : le *pater patrum* ou seigneur des seigneurs, *patratus* (génitif *-us*)⁴¹ étant synonyme de *senatus*, qui l'a remplacé. Tite-Live (1, 24, 6-7) ne comprend plus le mot, qu'il prend pour le participe de *patrare*. C'est que le *pater patratus*, n'est plus le roi ou premier des *patres*, dans les relations internationales c'est un fétial qui a pris son nom et sa place par une fiction, qui l'identifie à lui. Cette fiction, sans doute fort ancienne autorise une sorte de représentation. Le fétial conclut les traités et déclare la guerre comme s'il était le roi. Cette fiction était nécessaire pour permettre à un simple prêtre d'engager au regard de Jupiter et de l'étranger la responsabilité de la cité. La compétence des prêtres est limitée au culte, à la routine dont la plus grande part est dans le calendrier. Seul un titulaire de l'*imperium* peut accomplir les actes du droit sacré qui sont considérés comme des actes de souveraineté : les *vota publica*, la *devotio*, la *dedicatio* d'un temple, les *auspicia publica* par opposition aux *auguria*, la clavi-fixion des ides de Septembre etc. Les traités appartiennent à cette catégorie. C'est seulement parce que le fétial est assimilé au roi qu'il peut le conclure à sa place. A l'époque historique, la concurrence entre la magistrature et le sacerdoce dans les relations internationales correspond à la distinction de la *sponsio* du général en chef et du *foedus* du *ius fetiale*. Ce concours de la compétence sacerdotale avec celle du magistrat est exceptionnelle : le magistrat prend seul les auspices publics, l'augure n'est que son assistant (*in auspicio esse*) et ne peut pas se substituer à lui, ses *auguria* sont autre chose, ils appartiennent au culte.

* * *

Sous la République, la noblesse ne dépérit pas, elle prospère, les nobles prennent la place du roi à la tête de la cité. Le consulat s'est substitué à la royauté, les consuls disposent à deux de l'*imperium* monarchique : *regio imperio duo sunt*, déclare Cicéron, *leg. 3*, 8, dans sa constitution idéale. *Praetor maximus* selon sa qualification première, le consul est titulaire des *auspicia maxima*, qui sont la suite républicaine des auspices royaux. Les auspices romuléens détenus successivement par les rois passent aux consuls, et cette

⁴¹ Sur *patratus* comme substantif, F. Müller, *Mnemosyne*, 55, 1927, 386 suiv. – Dans le culte de Mithra, dans la hiérarchie des officiants le *pater patratus* (gen.-i) dit aussi *pater patrum* est à la tête des *patres* (Wissova, *Religion und kultus der Römer*, 1912, 370 et note 5, Dessau 4209, 4224), mais ici *patratus* n'est pas un substantif. Voir Latte R. *Religionsgeschichte*, 1960, 352, 2.

multiplication des titulaires apporte à la noblesse un lustre qu'elle n'avait jamais possédé sous la royauté. En ce temps là, elle tirait sa force de ses terres et de ses clientèles. A présent, les nobles sont pendant leur année de charge l'égal des rois, ils ont reçu la même bénédiction jupitérienne.

Le charisme conféré au roi pour la vie ne s'éteint pas au bout d'une année de charge, quand il passe aux consuls. L'annalité ne limite que l'exercice du pouvoir, l'élection jupitérienne est ineffaçable. La preuve en est que en cas de vacance du consulat les auspices renaissent en la personne de leurs anciens titulaires : *auspicia ad patres redeunt*. Ils étaient simplement en sommeil après le temps d'exercice. Si personne ne les exerce à nouveau, la constitution est alors en suspens, c'est ce qu'on appelle l'inter règne. Pendant ce retour provisoire à la royauté, en l'absence de consuls, les principes républicains n'ont plus cours, surtout le plus républicain d'entre eux, l'annalité du pouvoir. Issu d'entre les consulaires, un interroi a pour mission de tirer la constitution du point mort, en procédant à de nouvelles élections⁴².

C'est le « retour » des auspices aux *patres* qui permet à la République de se rétablir. Ce ne sont plus tout à fait les mêmes nobles qui siégeaient au conseil du roi. Ils ont quelque chose de plus, le consulariat. Désormais, le mot *patres* désigne deux choses que cumulent ces personnages : une clientèle et la qualité de consulaire. Comme le montrent les fastes, de la chute de la royauté au lendemain des XII tables, toutes les familles patriciennes ont accédé au consulat⁴³. Le sénat avait commencé par être autour du roi une cour de seigneurs ; au premier âge républicain sous la présidence des consuls il réunit les nobles qui les ont précédés dans cette charge. Ces personnages considérables ratifient les votes populaires, ce sont les *patres auctores*⁴⁴. Dans l'assemblée centuriate, de tels hommes ne cotoient pas n'importe qui, une centurie spécialisée leur est réservée, la centurie *procurum patricium*⁴⁵. Par *proci* ou *proceres*, on désigne les consulaires, il n'a été nécessaire d'indiquer leur naissance noble qu'après l'accès de la plèbe au consulat.

⁴² Sur le retour des auspices aux consulaires, Hom. J. Bayet, 1964, 427-473. Tous les interrois connus sont des consulaires ou assimilés.

⁴³ Voir le dénombrement de Ranouil, *Recherches sur le patriciat*, 1975, p. 113-119, 184-185.

⁴⁴ Plus tard, l'*auctoritas patrum* sera fournie par l'ensemble des sénateurs patriciens, quand le sénat se sera élargi au-delà du cercle des anciens magistrats : Iura, 33, 1982 (1985), 25-45.

⁴⁵ *Studi Volterra*, 1969, II, 247-266.

Dans l'ancien droit, les *patres* sont tous consulaires. Leurs fils ou descendants sont les *patricii*⁴⁶. Les nobles sont soit *patres*, s'ils ont eu accès au consulat, soit *patricii* dans le cas contraire. *Patricius* est formé sur *pater* comme *aedilicius* sur *aedilis* et *tribunicius* sur *tribunus*. Le noble descend d'un consul qu'on appelle *princeps gentis* ou *princeps nobilitatis*⁴⁷. Autre chose est le *pater gentis*, qui est un produit de la science contemporaine. La *gens* est un groupe trop fluide pour avoir un chef unique. Plusieurs membres de la même grande famille peuvent être simultanément consulaires et siéger ensemble au sénat. En 480 Tite-Live (2, 46) en donne un exemple à propos des Fabii. Il est plaisant de croire que chacun des *patres* est un *pater gentis*⁴⁸.

Grâce au consulat, une caste s'est formée, dont les fastes permettent de dénombrer les membres, en remontant jusqu'au premier. L'ancienneté est un titre de gloire. La formation d'une caste n'est pas concevable sans une politique des mariages. Ce n'était pas une pure affaire privée. Les XII tables interdisent aux plébéiennes d'épouser des *patres* : Cic. *rep.* 2, 63 *conubia ut ne plebi cum patribus essent*; Liv. 4, 4, 5 *ne conubium patribus cum plebe esset*. Peu importait qu'un plébéen épousât une patricienne, ses enfants restaient dans la rotture⁴⁹. Les décemvirs n'eurent en vue que le mariage des consulaires qui formaient le sénat. Dans la loi le mot *patres* garde son sens pur⁵⁰. On s'y est trompé de nos jours comme parfois dans l'antiquité, en croyant que le législateur avait interdit tous les mariages mixtes (D. H. 10, 60, 5). L'interdiction était tout autre et, comme le veut une ferme tradition (Cic. *rep.* 2, 63; Liv. 4, 4, 5; D. H. 10, 60, 5), c'était une nouveauté⁵¹. Gaius sait encore qu'elle n'avait visé que les consulaires. Dans son commentaire des XII tables, au livre VI qui porte sur les dernières, il oppose la plèbe au sénat : D. 50, 16, 238 «*plebs*» est *ceteri cives sine senatoribus*; dans cette définition à la place de *senatoribus* il faut lire *patribus* (Lenel Pal), rayé par les compilateurs de Justinien. Ceux-ci avaient reconnu dans les *patres* de l'ancien code le sénat d'antan.

⁴⁶ Cic. *rep.* 2, 23 *patriciosque eorum liberos*; Liv. 1, 8, 7; D. H. 2, 8; sur le mot *patricii*, Mancuso, *Annali Palermo*, 33, 1972, 227-262.

⁴⁷ Hom. J. Bayet, 466.

⁴⁸ Les antiquaires ont imaginé par pure induction 136 sénateurs patriciens au début de la République (Fest. 304 L; cf. Momigliano, *Quinto Contributo*, I, 320). Dans cette imagerie, plusieurs sénateurs peuvent appartenir à la même gens.

⁴⁹ Sur l'anecdote d'une jeune plébéienne d'Ardée courtisée par un patricien (Liv. 4, 9) : Ogilvie, *Early Rome and the Etruscans*, 1976, 131, 182; Watson, *Rome of the XII tables*, 1975, 166.

⁵⁰ Mommsen a fondé tout son système du patriciat sur le mot *patres*, dans les XII tables, comme s'il désignait les patriciens en général : *Staatsrecht*, III, 13 suiv. = *Droit public*, VI, 1, 13 suiv. VII, 3.

⁵¹ Sur ce point, Linderski dans *Social struggles in archaic Rome*, 253.

Dans l'esprit des décemvirs, il ne fallait pas que les *patricii*, fils des *patres*, appelés à être consuls à leur tour, aient un sang pollué par une mère plébéienne. A propos de la loi Canuleia, qui leva l'interdiction quelques années plus tard, il est souvent question de la pureté du sang, requise pour le maniement des auspices⁵².

Un dénombrement récent des familles nobles⁵³ dans les fastes a révélé que la caste s'est fermée temporairement en 480, c'est alors un groupe compact qui bloque l'accès au consulat jusqu'en 471. La caste reste ensuite au pouvoir, mais de cette date à 433 les fastes enregistrèrent la montée de quelques autres familles nobles, beaucoup moins nombreuses. Certaines ne feront que passer et ne compteront qu'un seul consul, comme les Numicii, Volumnii, Romilii. D'autres se maintiendront plus longtemps, comme les Papirii ou les Sergii. Il ne faut pas douter que ces familles détenaient elles aussi des clientèles avant d'accéder à la magistrature supérieure. Pour être patricien, ces deux conditions sont aussi indispensables l'une que l'autre au premier siècle de la République. Peu après la chute des rois, on observe dans les fastes plusieurs noms plébéiens, qui inquiètent beaucoup les historiens. Pareillement après 400 quelques roturiers accèdent au tribunat consulaire. A un siècle de distance environ, ces personnages sont restés dans la plèbe : la détention de l'*imperium* n'a pas suffi à les anoblir, il manquait aux uns et aux autres une clientèle.

Les nobles arrivés au pouvoir après la clôture provisoire du patriciat en 480 brillent alors du même éclat que ceux qui les ont précédés. Ils n'avaient pas attendu cette promotion pour participer aux sacerdoces. Aux Quinctii correspondent les *Luperci Quinctiales*. Les Papirii passent pour une vieille famille sacerdotale.

Au V^e siècle, les Romulii, les Papirii, les Sergii acquièrent un titre de gloire assez rare, ils donnent leur nom à trois tribus territoriales. Cela n'est pas concevable avant leur accès, relativement tardif, au consulat⁵⁴. Pour se distinguer de la sorte, il fallait la consécration des auspices, comme c'est le cas pour les autres tribus ayant des noms gentilices. Cela demande réflexion. Sous la royauté, la meilleure tradition ne connaît que les quatre tribus urbaines, elles portent des noms toponymiques. Six tribus rustiques viennent s'y ajouter plus tard, elles portent également des noms de lieux⁵⁵ : Camilia, Galeria, Lemonia, Pollia, Pupinia, Voltinia. Le total de dix n'est pas fortuit, cet ensemble est homogène. Décimal est également le système centuriate. Les deux choses sont liées, puisque les tribus servent de base au cens. Cette

⁵² Liv. 4, 4; 4, 6, 2; 6, 41, 6; 7, 6, 11; 10, 8, 9.

⁵³ Ranouil, *Recherches sur le patriciat*, 1975, 127 suiv.

⁵⁴ REL, 49, 1971, 122.

⁵⁵ Alföldi, *Early Rome and the Latins*, 1963, 307-310, 316.

harmonie a été établie peu avant les XII tables qui classent les citoyens en *assidui* ou prolétaires.

Chronologiquement, vient ensuite une série de dix tribus rustiques, dont les noms sont tous des gentilices. Cette série est unique dans le total des 35 tribus, dont les dix premières portent des noms de lieux; et cela redevient vrai de la vingt-et-unième, la Clustumina⁵⁶, datant de la fin du V^e siècle à la dernière (sauf une, la Publilia)⁵⁷. Dans l'intervalle, le bloc des dix tribus à noms gentilices a un total conçu de nouveau pour s'adapter aux chiffres décimaux du système centuriate des cinq classes. On n'a aucune peine à dater ces tribus⁵⁸, leurs noms sont ceux de familles qui ont eu en commun d'être au pouvoir au milieu du siècle et peu après les XII tables: Horatia, Menenia, Voturia, Claudia, Fabia, Cornelia, Aemilia, Sergia, Romilia, Papiria. Dans cette série, se cotoient des gentilices devenus illustres dans les fastes soit avant soit après 480, au cours des deux étapes de la formation du patriciat. Malgré les degrés d'ancienneté, on ne faisait aucune différence au moment où ces deux groupes se partageaient le pouvoir.

A la même époque, sont interrois un Quinctius en 444 et un Papius en 420. Ensuite, on ne voit jamais accéder à cet honneur des membres de familles arrivées au consulat après celles qui forment la base de la noblesse. A l'avenir, ce sont les familles illustres dès le début de la République qui sont seules à exercer cette fonction. De même, celle de *princeps senatus* leur est réservée⁵⁹ dès que l'on connaît certains de ces dignitaires à partir du IV^e siècle. Ce surcroît d'honneur des vieilles familles patriciennes, au détriment des plus récentes, s'observe sans peine quand on compare trois dénombrements établis de nos jours séparément: le tableau des *gentes* patriciennes d'après leur date d'accès au consulat⁶⁰; la liste des interrois connus⁶¹; enfin celle des *principes senatus*, dont les noms ont été conservés⁶².

⁵⁶ Mommsen, *Staatsrecht*, III, 167 = *Droit public*, VI, I, 187; Alföldi, 317; REL, 49, 121.

⁵⁷ L. Ross Taylor, *Voting Districts*, 1960, 51.

⁵⁸ Beloch, *Römische Geschichte*, 333-334; sur la Claudia, REL, 49, 114, l. Beloch dresse le tableau de ces dix tribus avec l'indication des consulats des familles correspondantes au milieu du V^e siècle.

⁵⁹ Un Valerius dictateur en 494 aurait été *princeps senatus* d'après son *elogium*; la falsification a été démontrée depuis longtemps, voir Suohlati, *Arctos*, 1972, 217, 1.

⁶⁰ Ranouil, *Recherches sur le patriciat*, 113-119; 184-185.

⁶¹ Palmer, *The archaic community of the Romans*, 1970, 301 (Willems, *Sénat*, II, 10-12).

⁶² Suohlati, *Arctos*, 1972, 216 (Willems, *Sénat*, I, 112-115).

La hiérarchie des familles patriciennes, d'après l'ancienneté de leur entrée dans les fastes, s'est affirmée d'autant plus rapidement que diverses des plus récentes ne surent s'y maintenir. Le vieux fond patricien, plus nombreux, l'emporta en prestige. Ce clivage entre familles plus ou moins anciennes d'après un critère républicain correspond, sans doute, à la distinction entre *maiores* et *minores gentes*, que les Romains faisaient par anticipation en fonction d'un critère monarchique : Romulus aurait anobli les premières, Tarquin l'Ancien les secondes (Cic. *rep.* 2, 35; Liv. 1, 35, 6). Mais la légende n'est même pas d'accord avec elle-même : selon une autre version les *minores gentes* dateraient de l'an I de la République (Tac. *Ann.* 11, 25). La seule *gens* que nos sources désignent comme *minor* (Cic. *fam.* 9, 21, 2), la Papiria, est entrée dans les fastes seulement en 444. Dans le seul cas où c'est possible, on vérifie la date tardive que l'on attend. Une hiérarchie républicaine a été parée de couleurs royales. Les privilèges des *maiores gentes* ne se manifestent qu'après le V^e siècle, dans la liste des interrois ou des *principes senatus*. Aussi bien, les membres de ces familles étaient interrogés les premiers au sénat (Cic. *rep.* 2, 35)⁶³.

Lorsque Cicéron déclare que sous Tarquin l'Ancien la création des *patres minorum gentium* double l'effectif du sénat (*rep.* 2, 35), il se met dans l'impossibilité d'expliquer comment on passa de 100 à 300 membres, selon les chiffres que retient la tradition pour l'époque royale. Et personne dans l'antiquité n'y est parvenu. Un chiffre fixe de *patres* est un non sens. Celui de 100 sous Romulus fit renoncer les Romains à répartir le sénat en Ramnes, Tities et Luceres. C'eût été plus facile quand le chiffre de 300 eût été atteint, mais on ne savait au juste ni quand ni comment. On voit avec intérêt les modernes tenter une répartition tenue pour impraticable par les anciens⁶⁴. Un total fixe de sénateurs, nécessairement arbitraire, n'a pu être établi qu'à partir du moment où les *conscripti* vinrent s'ajouter aux *patres*. Les *patres* sont membres de droit, les *conscripti* n'ont pas d'autre titre à siéger que d'avoir été eux aussi inscrits sur la liste (Fest. Paul. *adlecti* 6 L).

Annalistes (Liv. 2, 1, 10-11) et antiquaires (Fest. *qui patres* 304 L) attribuent cette adjonction au premier collègue consulaire en 509. C'est trop tôt. Les *conscripti* suivirent les *patres minorum gentium* dans l'esprit des Romains, selon un ordre de succession sans doute vrai,

⁶³ Ce privilège leur revenait comme le premier nom de la liste sénatoriale, les deux choses vont ensemble ; Cicéron fait remonter au temps des rois cette priorité dans l'interrogation, ainsi que la hiérarchie de ces deux groupes de *gentes*.

⁶⁴ Le recrutement du sénat *curiatim* expliquerait commodément le chiffre de 300 du sénat. On a vu plus haut que ce mode de recrutement est une réforme opportuniste de la loi Ovinia.

mais postérieur à la clôture définitive du patriciat en 433, quand la dernière *gens minor* entre dans les fastes (Folii). Les *conscripti* furent recrutés *ex equestri ordine* (Fest. 6, 23; Fest. Paul. 36, 16 L; Liv. 2, 1, 10), autrement dit dans les centuries équestres⁶⁵. Ces centuries étaient faites de patriciens aussi bien que de plébéiens. Grâce à l'apparition de cette nouvelle catégorie de sénateurs, on comprend comment ont pu faire leur entrée dans la haute assemblée les *patricii*, descendants des consulaires, sans être eux-mêmes anciens magistrats. Voilà un point qui restait à élucider. Le consulariat n'est plus une condition pour siéger au sénat. Aux *patres* viennent s'ajouter les *patricii*, si bien que le sénat se compose de nobles consulaires et d'autres qui ne le sont pas. Les *conscripti* auxquels les anciens prêtèrent le plus attention sont les chevaliers plébéiens, qui à leur tour s'agrégèrent au sénat à une date inconnue, vraisemblablement antérieure aux lois Liciniennes (Fest 304 L *ex plebe adlegit*; Plut. Q. R. 58). La présence des *patricii* au sénat paraissait une chose banale, n'appelant pas de commentaire. L'arrivée de plébéiens frappa si bien les esprits qu'on en fit une conquête de la République en sa première année.

III

EQUITES

Aucune des centuries équestres n'était réservée à la noblesse, elles étaient ouvertes aux deux ordres. La vaine doctrine d'une cité entièrement patricienne s'est exténuée à démontrer le contraire⁶⁶. Le seul commencement de preuve tombe dès que les *proci patricii* se voient reconnaître leur véritable identité de consulaires. Les catalogues de privilèges patriciens (Cic. *de domo* 38; Liv. 6, 41) ignorent l'*equitatus*. S'il avait jamais appartenu au seul patriciat, on n'aurait pas manqué de dire quand apparut et disparut ce privilège. La tradition était fort attentive à ces choses, et on aimait à répertorier les avantages que conservait la noblesse.

L'histoire de la cavalerie sous les rois n'offre de mystère que dans l'historiographie contemporaine. Les trois premières centuries équestres remontent à Romulus et portent les noms des tribus génétiques. Tarquin l'Ancien voulut en ajouter de nouvelles, mais pour des motifs auguraux laissa subsister ce chiffre et doubla simplement les effectifs, si bien qu'à l'intérieur de ces trois mêmes centuries on dis-

⁶⁵ Kübler, RE, *equites*, VI, 283; Nicolet, L'ordre équestre, I, 163 suiv.

⁶⁶ Voir la réfutation de Momigliano, JRS, 1966, 16-24.

tinguait des *Ramnes*, *Tities*, *Luceres*, *priores* et *posteriores* (Liv. 1, 36, 7 *neque tum Tarquinius de equitum centuriis quicquam mutavit : numero alterum tantum adiecit ut mille et octogenti equites in tribus centuriis essent; posteriores modo sunt iisdem nominibus qui additi erant appellati sunt*; Cic. rep. 2, 36 *numerumque duplicavit*). L'état des manuscrits de Cicéron et Tite-Live ne permet pas d'évaluer avec certitude le total des cavaliers qui fut alors atteint⁶⁷.

Ce fut Servius Tullius qui fit passer de trois à six le nombre de ces centuries : Liv. 1, 43, 9 *sex item alias centurias, tribus ab Romulo institutis, sub iisdem quibus inauguratae erant nominibus fecit*. A partir de ce doublement, il y eut sous leurs noms archaïques six centuries, qu'on appela aussi pour simplifier *sex centuriae* ou *sex suffragia* : Liv. 1, 36, 8 *quas nunc, quia geminatae sunt, sex vocant centurias*; (Fest. *sex suffragia* 452L). Une histoire aussi simple est incompatible avec les idées qui ont cours aujourd'hui. Servius Tullius fonde ensemble noblesse et plèbe dans le système centuriate, pour qu'elles combattent dans la même armée sans distinction de naissance.

Les unités tactiques étaient constituées en fonction du cens et la cavalerie était elle aussi soumise à ce principe (Cic. rep. 2, 39 *censu maximo*; D. H. 4, 18, 1). Impossible donc de prêter à ce roi la création de nouvelles centuries patriciennes. Aussi attribue-t-on à Tarquin l'Ancien le doublement de l'ancienne cavalerie, pour lui conserver un recrutement nobiliaire. Et l'embarras reste grand si le cheval public est un avantage accordé aux nobles⁶⁸, quand le fantassin peine pour s'équiper lui-même.

A côté des six centuries nommées de cavaliers, Servius Tullius en créa douze autres innommées (Liv 1, 43, 8). Une tradition différente fait remonter ces douze centuries à Tarquin l'Ancien, auxquelles Servius Tullius ajouta les *sex suffragia*; invariablement c'est lui qui doubla les centuries romuléennes, sur ce point la tradition est immuable : Fest. 452L *sex suffragia appellantur in equitum centuriis, quae sunt adiectae ei numero centuriarum, quas Priscus Tarquinius rex constituit*⁶⁹. Entre les centuries nommées et innommées de cavaliers il existe une hiérarchie, qui n'est pas celle qu'on attend, quand on prête aux *sex suffragia* une composition patricienne. Les douze centuries innom-

⁶⁷ Kübler, RE, *equites*, VI, 274.

⁶⁸ Sur les différentes thèses relatives à ce privilège, Ilari, Riv. it. sc. giurid. 1971, 149.

⁶⁹ Le sens littéral de ce texte ne fait pas de difficulté : Mommsen, *Staatsrecht*, III, 108 note = *Droit Public*, VI, I, 120 note; R. Forsch. 1, 139; Rosenberg, *Zenturienverfassung*, 1911, 46. Depuis le texte a été inutilement torturé : ponctuation de Lindsay; Hill, *The roman middle class*, 1952, 208-211; cf. Nicolet, *Ordre équestre*, I, 127. Voir l'exacte ponctuation de Bruns, *Fontes*, II, 39.

mées sont appelées *centuriae equitum* par excellence, et ce sont elles qu'on met en tête comme « plus distinguées » selon une priorité reconnue par Mommsen (*Röm. Forsch.* 1, 135-137) : Cicéron (*rep* 2, 39) dans sa célèbre description du système servien parle de *equitum centuriae cum sex suffragiis*, Tite-Live observe la même gradation, il fait naître d'abord les douze centuries innommées de Servius Tullius pour ajouter : 1, 43, 9 *sex item alias centurias . . . fecit*. Cet ordre est respecté dans la procédure de vote du système centuriate réformé dans les derniers siècles de la République. Un fractionnement s'est opéré. Les douze centuries innommées ne votent pas avec les *sex suffragia* rejetés après la première classe⁷⁰. Avant la réforme du système centuriate, quand les dix-huit centuries équestres précèdent la première classe⁷¹, Mommsen a raison de penser que déjà existe la priorité des centuries innommées sur les *sex suffragia*. Mais cette priorité n'a pas renversé l'ordre naturel antérieur qu'il présume. L'annalistique la fait remonter au temps des rois.

Quand on imagine que les trois centuries romuléennes de *Ramnes* etc. formaient un corps aristocratique, on se trompe aussi bien sur elles que sur la composition archaïque du *populus*. Cette cavalerie royale se recrutait *ex curiis* (Fest. 48, 4L), à une époque où celles-ci sont exclusivement plébéiennes⁷². Toute l'armée du roi, cavaliers et fantassins, est roturière. Autre chose est la cavalerie noble, composée de *patricii* au service des *patres*, qui peuvent à leur gré la mettre à la disposition du roi. Servius Tullius intégra cette cavalerie indépendante dans l'armée nationale. Pour ce faire, il créa les douze centuries innommées, dont le chiffre élevé s'explique par cette destination.

Alors que il n'est jamais fait allusion à une origine patricienne des centuries nommées, Tite-Live est le dépositaire de l'excellente tradition qui place la fine fleur de la jeunesse dans les douze centuries innommées : 1, 43, 8 *equitum ex primoribus civitatis duodecim scripsit centurias* (Servius Tullius). Le mot *primores* est bien choisi ; comme souvent ailleurs il embrasse les nobles et la haute plèbe (Liv. 10, 6, 3 *primores civitatis, patricos plebeiosque*). Le système servien recompose dans une seule armée les forces vives de la cité. Les centuries équestres n'étaient pas les unes nobles, les autres plébéiennes dans

⁷⁰ Liv. 43, 16, 14 *cum ex XII centuriis equitum octo censorem condemnassent*; Mommsen, *Staatsrecht*, III, 331 = *Droit Public*, VI, I, 292; contra Richard, *Mel. Willeumier*, 317-323.

⁷¹ Liv. 1, 43, 11 *equites enim vocabantur primi octoginta inde primae classis centuriae*; Mommsen, *Staatsrecht*, III, 293 = *Droit Public*, VI, I, 332.

⁷² Il est faux que les centuries nommées de cavaliers se recrutent directement dans les tribus génétiques. Ce contresens vient des turmes, unités tactiques de la cavalerie, qui portent les noms des trois tribus génétiques (Fest. *turmam* 484 L).

cette synthèse du peuple Romain qui avait pour critère le cens. Ce critère est aussi vrai des *sex suffragia* que des douze autres. Le souvenir s'est conservé intact que ces douze centuries avaient eu pour fonction historique d'intégrer la noblesse dans l'armée royale. A cela remonte leur prééminence tout au long de la République au détriment des *sex suffragia*. Mais jamais une naissance noble ne fut requise pour servir dans l'un ou l'autre groupe de la cavalerie. Une origine distinguée, patricienne ou plébéienne, ne faisait qu'accompagner le cens le plus élevé, comme le note Denys d'Halicarnasse (4, 18, 1). Ce fut la République, non la royauté, qui institua une centurie exclusivement patricienne, celle des consulaires ou *proci*.

CONCLUSION

Au premier âge républicain, le sénat s'est accru. Aux nobles consulaires, les *patres*, se sont adjoints les *conscripti*, qui réunissent l'élite des *patricii* et de la haute plèbe. Parmi les *conscripti* personne n'a géré la magistrature consulaire, c'est le propre des *patres*. Dans le système centuriate, les jeunes nobles rejoignent au sein des centuries équestres les fils de la plèbe la plus distinguée, tandis que les consulaires ont leur propre centurie, unique en son genre. Au sénat aussi bien que dans l'assemblée populaire la plus importante, la haute plèbe cohabite avec la noblesse à l'intérieur d'instances qui leur sont communes. Les *conscripti* et les centuries équestres mêlent les deux ordres. Seuls les nobles consulaires sont à part, aussi bien au sénat que dans l'assemblée centuriate. Les annales ne notent aucun conflit social à l'intérieur du sénat, non plus que dans l'*equitatus*. Tite-Live pour la fin du IV^e siècle rappelle l'alliance du patriciat et de la haute plèbe : 4, 60, 7 *primores plebis, nobilium amici*.

L'entente se poursuit avec les plus aisés des *assidui*, la première classe du cens, la *classis*, qui ajoute ses voix à celles des *equites* pour faire accéder exclusivement des nobles aux *auspicia maxima*. Ces *assidui* sont la phalange, la présence d'un noble y est exceptionnelle (Liv. 3, 27, 1); la noblesse a un cens plus élevé. Les clients des *patres* sont trop pauvres pour s'y hausser, ce sont les *tenuiores* (Fest. 288, 17L, 289). S'ils avaient composé la phalange, comme on l'a dit étourdiment, on ne comprendrait plus rien aux sécessions armées : eux restaient sur place, fidèles à la noblesse. C'est la plèbe aisée, armée à ses

frais, qui se révolte à l'occasion de crises aiguës⁷³. En temps ordinaire, elle s'accorde avec la noblesse et n'a pas la tentation de faire main basse sur la cité en abusant de sa force dans les centuries. Après la deuxième sécession de la plèbe, au lendemain des XII tables, la *classis* vote invariablement pour les nobles, qui seuls accèdent au consulat et au tribunat consulaire jusqu'en 400. Le consulat est par principe réservé aux nobles, mais non le tribunat consulaire (Liv. 4, 6, 8). Et cependant il faut attendre le début du IV^e siècle pour que la phalange se décide à y glisser quelques plébéiens des meilleures familles⁷⁴. Ce n'est pas seulement la haute plèbe qui est alliée au patriciat, ce qui se vérifie par les mariages (Liv. 6, 34, 5), la plèbe aisée est engagée dans la même alliance, si mouvementée soit-elle. En 368, juste avant les lois liciniennes, le concile de la plèbe par un vote exprès rejette l'accès des roturiers au consulat : Liv. 6, 39, 2 *de plebeio consule antiquabant*. Le patriciat n'est pas le seul à s'y opposer. Cela cause aujourd'hui une inutile perplexité⁷⁵. Il faudrait y regarder à deux fois avant de parler d'unité de la plèbe.

Il est conforme à l'esprit romain que les conflits sociaux soient réglés par des lois. Les plébiscites ne sont pas seuls à le faire, alors même qu'ils ne s'imposaient que par intimidation, avant que la coutume⁷⁶ d'abord, la loi ensuite (Hortensia) leur ait reconnu une force obligatoire pareille à celle de la *lex publica*. En certains moments critiques, c'est à celle-ci que revient le principal rôle. Les XII tables, au V^e siècle, réglèrent la crise du droit non écrit. A partir du milieu du IV^e siècle, une série de lois proposées par des dictateurs, chose jusque là fort rare, réformèrent la constitution ou certains aspects névralgiques du droit : *lex Valeria militaris* en 342, *leges Publiliae Philonis* en 339, *lex Poetelia de nexis*⁷⁷ en 313, *lex Hortensia de plebiscitis* en 286 lors de la dernière sécession de la plèbe. Les décemvirs *legibus scribundis* en 450 disposent des pleins pouvoirs et légifèrent de leur propre autorité. Un siècle plus tard, dans la phase de liquidation de la querelle des deux ordres ce sont encore des magistrats à pleins pouvoirs qui légifèrent, mais font voter leurs lois par le peuple. Ce qu'il y a de commun à ces conjonctures difficiles, c'est le recours à l'arbitrage de magistrats suprêmes, qui ne furent pas tous patriciens. En 368, en pleine fièvre réformiste, les fastes enregistrent un *dictator seditionis sedandae causa*, P. Manlius favorable au mouvement (Liv. 6, 39, 3

⁷³ Kienast, *Bonner Jahrbucher*, 175, 1975, 96 suiv.

⁷⁴ Ranouil, *Recherches sur le patriciat*, 190 suiv.

⁷⁵ Fritz, *Hist.* 1950, 11 ; Develin, *The practice of politics 366-167 BC*, 1985, 177, 182.

⁷⁶ Hölkeskamp, *Die Entstehung der Nobilität*, 1987, 166 suiv.

⁷⁷ Behrends, *Der Zwölftafelnprozess*, 1974, 159.

in causam plebis inclinavit), dont la mission fut sans doute de légiférer⁷⁸, mais ce furent ensuite les tribuns de la plèbe qui firent passer les réformes. Quand les Romains discutent sur la dictature, ils tiennent pour aussi important l'apaisement des troubles intérieurs que l'unité de commandement en temps de guerre (Cic. *leg* 3, 9 *ast quando duellum gravius, discordiae civium escunt*; Table de Lyon 29 *in asperioribus bellis aut in civili motu difficiliore*).

⁷⁸ Beloch, *Römische Geschichte*, 342.

[IV - Droit pénal]

REMARQUES SUR LA «PERDUELLIO»

Sommaire : Les duoviri perduellionis sont une invention de l'annalistique, qui a servi de modèle au procès de Rabirius. Le procès de perduellio est par essence tribunitien, et comporte deux sentences capitales successives, d'abord celle du tribun de la plèbe, ensuite celle des comices. Le mot perduellio désigne à l'origine l'état de perduellis, c'est-à-dire l'état d'hostilité envers la plèbe. La mise hors la loi qui s'ensuit est également exprimée dans le mot. Le sens de « haute trahison » ou « acte d'hostilité envers l'Etat » est plus récent.

Le thème difficile de la *perduellio* a été, en partie, clarifié par les belles études de Chr. H. Brecht¹, qui ont eu le mérite de faire considérablement progresser la connaissance du droit criminel sous la République. On est d'accord aujourd'hui pour admettre que, pour aborder ce problème, il convient moins de donner une définition rigoureuse du crime lui même que de délimiter le champ d'application de la procédure qui lui est attachée. La définition de la *perduellio* est fluide, on traduit habituellement le mot par haute trahison. La traduction est commode, mais, peut-être, trop étroite, car le mot s'applique à des types délictuels assez variés : *l'affectatio regni*, l'atteinte à l'inviolabilité tribunitienne, le meurtre politique, et, enfin et surtout, les délits des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions (*Amtsverbrechen* donnant lieu au *Rechenschaftsprozess*). Cette assez grande variété n'est pas faite pour étonner, si l'on songe que le législateur s'est abstenu de codifier la matière². La *perduellio* est devenue ce que la pratique a fait d'elle. La qualification du crime dépend de la procédure employée pour le poursuivre :³ le crime est *perduellio*, quand on a recours à une procédure typique qui est inséparable de ce mot. Mais, quand les mêmes faits donnent lieu à une autre procédure, ils ne reçoivent plus la qualification de *perduellio*. Cette constatation ne

¹ Christoph H. Brecht, *Perduellio*, 1938 ; du même, *Zum römischen Komitialverfahren*, Zeitschrift der Savigny Stiftung, Röm. Abt., 1939, p. 261-314.

² Le mot *perduellio* est absent des XII tables. Par contre cette loi fait état de deux cas de *proditio* (9, 5) : Fuhrmann, RE Suppl. IX v. *proditio*, 1224, 1227.

³ Bauman, *Crimen maiestatis*, 1967, p. 25.

manque pas d'être troublante. La forme a autant de poids que le fond.

Le procès de *perduellio* est intenté soit par les tribuns de la plèbe, soit par des duovirs qui n'ont pas d'autre fonction. Tribuns et duovirs ne poursuivent pas les crimes de droit commun⁴. Au terme des débats de *l'anquisitio*, qui se sont déroulés au cours de trois *contiones* successives, le magistrat, tribun ou duovir, prononce une formule qui appartient en propre à ce type de procès et qu'on ne retrouve dans aucun autre : *tibi perduellionem iudico* (Liv. I, 26; 26, 3, 9; 43, 16, 11). A la suite de quoi, l'affaire est portée devant les comices centuriates, qui prononcent la peine de mort. Pour qu'un crime mérite le nom de *perduellio*, il faut et il suffit que le magistrat qui joue le rôle de ministère public l'ait appelé de la sorte dans la formule qui clôt *l'anquisitio*, et que le vote des comices centuriates ait ensuite ratifié cette affirmation. Ainsi s'explique que le mot ait pu connaître une assez vaste expansion, au point de désigner des agissements délictuels très différents les uns des autres.

Inversement, les crimes d'Etat qui ne donnent pas lieu à la procédure de *perduellio*, ne sont pas appelés *perduellio*. Tel est le cas des délits que le général en chef aux armées fait punir des verges et de la hache. A leur propos, d'autres qualifications sont employées : *transfugium*, *proditio*, *desertio* etc.⁵. De même, on n'appelle jamais *perduellio* les délits que poursuit le procès tribunitien d'amende. Et cependant, ces délits, surtout quand il s'agit de fautes de magistrats dans l'exercice de leurs fonctions, sont très proches de la haute trahison. Il est arrivé qu'on hésitât pour les mêmes faits entre les deux procédures, l'une capitale, l'autre d'amende (par exemple en 211; Liv. 26, 3). Il est arrivé que, l'action de *perduellio* devant le peuple étant éteinte par vice auspicial, on ait recours à sa place à l'action d'amende devant la plèbe, mais celle-ci n'en devient pas, pour autant, une *actio perduellionis*, elle reste une simple *multae inrogatio* : *actione mutata* (Schol. Bob. p. 90 Stangl). Un délit ne mérite la qualification de *perduellio* qu'en fonction de la procédure de *perduellio* qu'il suscite. Cette procédure est liée à la peine de mort; et quand le tribun de la plèbe ne propose devant le concile de la plèbe qu'une simple amende, si élevée soit-elle, il ne saurait être question d'appeler *perduellio* le délit. Dans tous les textes où le mot a survécu à l'occasion d'un procès, il s'agit d'un procès capital⁶.

⁴ Mommsen, *Droit Public*, III p. 374; *Droit Pénal*, 1 p. 180.

⁵ Brecht, *Perduellio*, p. 27-112; Fuhrmann, RE Suppl. IX, 1221-1230.

⁶ Brecht, RE, XIX, 628; Bauman, *op. cit.* p. 21. Cependant Bleicken (*Volkstribunat*, 1968, p. 122) a le tort de supposer que les procès tribunitiens d'amende pour délits des magistrats correspondent à l'idée sous-entendue de *perduellio*. Ce sous-

Ces données sont pacifiques à partir du III^e siècle, et l'étroite relation qui existe entre la *perduellio* et la peine capitale trouve alors une explication suffisante dans la gravité du crime. De même, il paraît normal que l'*actio perduellionis* serve à sanctionner les atteintes à l'inviolabilité tribunitienne, lorsque les tribuns de la plèbe ont cessé d'être des agents révolutionnaires pour devenir des magistrats de la cité. Mais il n'est que trop évident qu'avant cette mutation du tribunat de la plèbe, c'est à dire avant le III^e siècle, la formule : «*tibi perduellionem iudico*», dans la bouche d'un tribun, ne pouvait appeler crime d'Etat un agissement qui avait nui aux droits d'un représentant de la plèbe, qui n'avait pas encore qualité de magistrat de la cité. On pressent que le sens archaïque du mot *perduellio* ne devait pas être haute trahison, et avait sans doute partie liée avec la sacrosainteté des tribuns.

* * *

Alors que dans les annales l'énumération des procès tribunitiens de haute trahison (que le mot *perduellio* figure ou non dans les sources) est assez longue, celle des procès duoviraux est extrêmement brève. On n'en compte que trois : ce sont ceux d'Horace, de M. Manlius Capitolinus et de Rabirius. Il a paru commode de dire que le procès duoviral est la forme la plus ancienne de la répression de la *perduellio*, et qu'il a été éliminé par le procès tribunitien qui a pris sa place. Pour expliquer la rareté de l'intervention des duovirs, on a été jusqu'à

entendu est une erreur. Les procès à propos desquels apparaît le mot *perduellio* sont tous des procès capitaux, et jamais des procès d'amende. Ce sont les procès de Sp. Cassius (Liv. 2, 41), de M. Manlius Capitolinus (Liv. 6, 20, 12), des censeurs C. Claudius Pulcher et Ti. Sempronius Gracchus (Liv. 43, 16), de P. Claudius Pulcher (*Schol. Bob.* p. 90 Stangl), de Cn. Fulvius Flaccus (Liv. 26, 3), de C. Popilius Laenas (Cic. *leg.* 3, 36; Liv. *ep.* 65), de Pleminius (Gell. 6, 9, 9; Liv. 29, 22; Bleicken, *op. cit.* p. 121), d'Horace (Liv. 1, 26), de Rabirius (Cic. *Pis.* 4; *pro Rabirio perduellionis reo ad Quirites oratio*).

Il va de soi que de nombreux procès capitaux pour lesquels le mot *perduellio* n'apparaît pas dans les sources relèvent, cependant, de cette qualification. Voir la liste de Brecht, *Perduellio* p. 281 suiv.; et celle de Zumpt, *Criminal Recht* t. II.

A propos de l'éventualité d'actions que Clodius aurait eu l'intention d'intenter contre lui avant son exil, Cicéron distingue dans un contexte ironique la *multae inrogatio* de l'*actio perduellionis* : *Mil.* 36, *diem mihi, credo, dixerat, multam inrogat, actionem perduellionis intenderat*. Sur ce texte : Huschke, *Multa*, p. 283, n. 103; Brunnenmeister, *Tödtungsverbrechen*, p. 214, n. 1; Brecht, *Perduellio*, p. 296. Le ton de la phrase est hyperbolique : il ne peut y avoir cumul de la *multae inrogatio* et de l'action *perduellionis* : Cic. *domo*, 45, *ut ne poena capitis cum pecunia coniungatur*; cf. Mommsen, *Droit Pénal*, 1, p. 192, n. 3.

supposer que les annales, en vue de créer au profit des tribuns un quasi-monopole, ont falsifié l'histoire du droit criminel en substituant à de très anciens procès duoviraux une version tribunitienne de l'affaire. Avant de s'engager en de pareilles hypothèses, il est prudent d'éprouver l'authenticité de la magistrature des duovirs. Le procès d'Horace est une légende, celui de M. Manlius Capitolinus est douteux, et enfin celui de Rabirius est une comédie.

Le procès d'Horace était cher aux Romains, parce qu'il leur permettait de faire remonter aux temps des rois la justice comitiale et de lui prêter dès l'origine un aspect particulièrement clément (Cic. Mil. 7)⁷. Cependant, il n'existait pas de ce procès une version unitaire. Le chef d'accusation est variable, la procédure aussi. Chez Tite-Live (1, 26), Horace est coupable de *perduellio*, ce qui ne va pas sans soulever un certain étonnement, puisqu'il n'a fait que tuer sa sœur. Allieus, ce qui est juridiquement plus normal, il est coupable de *parricidium* (D. H. 3, 22, 3; Fest. p. 380 L; Schol. Bob. p. 113 Stangl; Florus, I, 3; Val. Max. 8, 1, 1). Les variations sur la procédure sont encore plus sensibles. Ou bien Horace est confronté seulement avec le roi et le peuple; ou bien, au lieu du roi, des magistrats inférieurs instruisent l'affaire. Chez Denys d'Halicarnasse (3, 22) le roi s'abstient de juger et cède lui-même au peuple le soin de trancher. Chez Valère Maxime (8, 1, 1) et dans les Scholia Bobiensia (p. 113 Stangl), le roi condamne et, l'affaire est portée devant le peuple par voie de *provocatio*. Pour l'historien du droit, plus dignes d'intérêt sont les récits où le roi s'efface pour laisser la conduite de l'affaire à de simples magistrats. On aimerait pouvoir retrouver la source de ces différentes versions et savoir quelle est la plus ancienne, mais ce jeu difficile ne donne guère lieu qu'à des conjectures. Il est plus profitable d'aborder le problème en classant les solutions d'après les genres littéraires dont elles procèdent.

Mommsen⁸ a fort bien montré que l'annalistique jusqu'au début de l'Empire est muette sur l'origine de la questure, mais exclut cette magistrature de l'époque royale, et commence à la mentionner seulement au cours des premiers temps de la République. Aussi les récits d'origine annalistique du procès d'Horace ne confient-ils jamais l'instruction de l'affaire aux *quaestores parricidii*, même quand le chef

⁷ Dans le *de rep.* 2, 54, Cicéron fait remonter la *provocatio ad populum* à l'époque royale et la place dans les *libri pontifici*. Voir sur ce point : Brecht, *Perduellio*, p. 155, n. 2; Bouché-Leclercq, *Dict. Ant. v. libri*, p. 1236; Rohde, *Die Kultsatzen der röm. Pontifices*, 1936, p. 15.

⁸ Droit Public, IV, p. 220-222.

d'accusation est, selon la version la plus fréquente, le *parricidium*⁹. A plus forte raison, dans la narration livienne qui inculpe Horace de *perduellio* les questeurs sont ils absents, et le procès est dirigé par les duovirs, alors qu'au début de la République pour le même crime chez Tite-Live (2, 41, 11) Sp. Cassius fait face à une accusation questorienne.

Les antiquaires paraissent avoir eu sur l'origine républicaine de la questure la même doctrine que les annalistes. Chez Festus, Horace coupable de *parricidium* est condamné par des duovirs : p. 380 L, *accusatus tamen parricidi apud duumviros dampnatusque provocavit ad populum*. Cette version singulière, qui utilise pour le *parricidium* des magistrats, les duovirs, habituellement compétents pour la *perduellio*, ne s'explique que par l'impossibilité historique d'introduire à l'époque royale les *quaestores parricidii* dans le mécanisme de la répression criminelle.

Un texte d'Ulpien (Dig. 1, 13, 1 pr), dont l'importance a été minimisée par Mommsen¹⁰, montre que les prudents avaient en général sur l'origine de la questure une opinion totalement différente de celle qui prévalait chez les annalistes et les antiquaires. Cela n'est pas fait pour surprendre, puisque les juristes à Rome ont toujours eu à cœur de préserver l'autonomie de leur discipline par rapport aux autres genres littéraires. D'après Ulpien, M. Iunius Gracchanus, ami de C. Gracchus, faisait remonter dans ses *de potestatibus libri* les questeurs jusqu'aux règnes de Romulus et de Numa, afin d'inventer des précédents prestigieux à l'élection populaire des magistrats. Mais Ulpien ajoute : *sed sicuti dubium est an Romulo et Numa regnantibus quaestor fuerit, ita Tullo Hostilio rege quaestores fuisse certum est. : et sane crebrior apud veteres opinio est Tullum Hostilium primum in rem publicam induxisse quaestores*. Ainsi chez les jurisconsultes des derniers siècles de la République, selon le sens habituel du mot *veteres*¹¹ dans la langue juridique du principat, les questeurs font leur apparition sous le règne de Tullus Hostilius, de toute évidence en vue d'instruire

⁹ Nous laissons de côté la question de savoir si les *quaestores parricidii* sont distincts des questeurs financiers : cf. Latte, *Kleine Schriften*, p. 359-366.

¹⁰ *Droit Public*, IV, p. 222. Bauman (*The duumviri in the roman criminal law and in the Horatius legend*, Historia, Einzelschriften, 1969, Heft 12, p. 22 suiv.) a longuement commenté ce texte d'Ulpien, qu'il utilise contre Mommsen à propos de l'histoire de la questure. Il en tire de fort ingénieuses déductions sur les différentes versions du procès d'Horace. Toutefois ce texte ne nous renseigne que sur l'opinion des prudents et laisse intacte celle des autres catégories d'auteurs, annalistes et antiquaires.

¹¹ Sur le sens du mot *veteres*, Biscardi dans *Gaio nel suo tempo, Atti del Simposio romanistico*, 1966 p. 19.

le procès d'Horace sans que l'on puisse toutefois discerner si dans ce système l'accusé était coupable de *parricidium* ou de *perduellio*, puisque la tradition tient ces magistrats pour compétents dans un cas comme dans l'autre. Les *veteres* font bande à part¹². Face aux annalistes et aux antiquaires, ils sont seuls à attribuer une origine royale à la questure, mais leur témoignage n'a aucune valeur, car ils sont victimes d'un raisonnement simpliste; le procès d'Horace commande à leurs yeux la naissance des questeurs sous le règne de Tullus.

Chez Tite-Live l'inculpation de *perduellio*, tenue longtemps pour surprenante, a de nos jours cessé d'étonner. Horatia s'est rendue coupable de pleurer la mort d'un ennemi et, de ce fait, méritait un châtiement (Liv. 1, 26, 9, *iure caesam*, Val. Max. 6, 3, 6). Horace a exécuté une criminelle qui n'avait pas encore été jugée, il a devancé le cours normal de la justice. Son geste n'est pas un *parricidium*, mais une *perduellio*, parceque c'est un meurtre politique¹³.

On a eu aucune peine à pressentir¹⁴ que la source de la version livienne du procès d'Horace avait attiré de façon intéressée cette affaire dans le domaine de la lutte politique entre les *populares* et le parti sénatorial, non sans résultat, puisque ce récit exemplaire servit de modèle au procès de Rabirius. Ainsi compris, le procès d'Horace s'insère dans la catégorie des poursuites pour meurtre politique, et se rapproche de façon inquiétante du procès comitial de L. Opimius, accusé non seulement d'avoir fait tuer C. Gracchus (Cic. *de orat.* 2, 132, *interfecit Opimius Gracchum*), mais d'être responsable du massacre de ses partisans (Oros. 5, 12, 10)¹⁵. Comme pour Horace, l'affaire se termina par une absolution¹⁶.

¹² Toutefois Pomponius (Dig. 1, 2, 2, 22-23) dans sa liste chronologique des magistratures romaines place la questure entre les magistratures plébéiennes et le décemvirat. Sur ce point, Mommsen, *Droit Public*, IV, p. 220.

¹³ Brecht, *Perduellio*, p. 163 suiv.; Ogilvie, *Commentary on Livy*, 1965, p. 114-115; cf. Pagliaro, *Studi L. Castiglioni*, II, p. 714 suiv.-La qualification de *caedes civis indemnati* donnée par Brecht au meurtre politique (Cic. *inv.* 2, 79, *tamen a fratre indemnata necari non oportuit*) prête à confusion, en ce sens qu'elle n'est pas propre à ce type de meurtre, mais s'étend au *parricidium* (D. H. 3, 22, 3; Fest. p. 274 L, v. *parricidi quaestores*). Les origines de la théorie du meurtre de l'*indemnatus* sont obscures; cf. Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens*, 1962, p. 87.

¹⁴ Bauman, *Duumviri*, p. 26.

¹⁵ J. B. Ungern-Sternberg, *Untersuchungen zum spätrepublikanischen Notsstandsrecht*, 1970, p. 68-71.

¹⁶ Il y a lieu de citer le procès de C. Servilius Ahala, meurtrier de l'*affectator regni* Manlius, devant les comices centuriates vers 435 : Cic. *domo*, 86; Liv. 4, 21, 4.

Le procès pour *perduellio* de M. Manlius Capitolinus est, à notre avis, aussi légendaire que celui d'Horace. Ce héros de l'histoire romaine, qui passait pour avoir sauvé le Capitole en face de l'assaut gaulois, dégénéra ensuite en *affectator regni*; et sa fin, qui servit de prétexte à de dramatiques développements annalistiques, reçut trois versions. D'après la plus sèche, il succomba à la force et fut tué sans jugement (Diod. 15, 35, 3, κρατηθεὶς ἀνηρεῖθ). Ou bien il fut précipité de la roche Tarpéienne à la suite d'un procès tribunitien devant les comices centuriates (Liv. 6, 20, 12; Varr. ap. Gell. 17, 21, 24). D'après la troisième version il fit l'objet d'un procès duoviral de *perduellio* (Liv. *ibid.*) et fut flagellé à mort selon le mode d'exécution *more maiorum* (Corn. Nep. ap. Gell. *ibid.*)¹⁷. Entre ces trois versions, le choix n'est pas arbitraire. Un jugement comitial, quelle que soit la procédure, duovirale ou tribunitienne, n'a pas manqué de soulever le scepticisme¹⁸. L'annalistique a eu à cœur de donner un habillement juridique à la mort du héros malheureux. La version la plus ancienne, selon G. de Sanctis¹⁹, est celle de Diodore de Sicile qui fait périr Manlius de mort violente. C'est la réponse brutale à son occupation du Capitole (Dio frg. 26, 2, τὸ Καπιτώλιον . . . κατέλαβεν ἐπὶ τυραννίδι) et la conclusion de la *manliana seditio* selon l'expression de Tite-Live (6, 18, 1). Un procès avait l'avantage de substituer à l'horreur du meurtre politique d'un héros national une condamnation ratifiée par les comices. Il fut imaginé sous deux formes, l'une duovirale, l'autre tribunitienne; toutes deux sont des inventions de l'annalistique et il est malaisé de savoir laquelle de ces deux solutions est la plus ancienne. Chacune a sa raison d'être. Le procès tribunitien permettait, selon un contraste pathétique, de faire tomber de la roche Tarpéienne, conformément au mode d'exécution cher aux tribuns, le sauveur du Capitole. Mais il était choquant (Liv. 6, 19, 6) de soumettre à une accusation tribunitienne un *parens plebis* (Liv. 6, 14, 5), appelé aussi *patronus plebis* (Liv. 6, 18, 14). Il était politiquement plus neutre de confier à des duovirs le soin de poursuivre l'aspirant à la tyrannie.

En fin de compte, le seul procès duoviral historiquement certain est celui de C. Rabirius, accusé en 63 sous le consulat de Cicéron d'avoir tué 37 ans auparavant le tribun de la plèbe L. Appuleius Saturninus. Ce fut une comédie judiciaire qui aurait pu mal tourner. Les *populares* renoncèrent à l'arme émoussée du procès tribunitien qui était tombé en désuétude²⁰, et préférèrent exhumer des annales le procès duoviral plus apte à des effets dramatiques (Cic. *Rab. perd.* 15,

¹⁷ Sur la fin de Manlius, Münzer, RE, XIV, 1172-1174.

¹⁸ C. A. H. VII p. 524; Lintott, *Historia*, 1970, p. 22-24.

¹⁹ *Storia dei Romani*, II (1960) p. 184.

²⁰ W. E. S. Gruen, *Roman politics and the criminal courts*, 1968, p. 260.

ex annalium monumentis atque ex regum commentariis)²¹. Comme on l'a remarqué de longue date, ce procès fut trait pour trait une copie de celui d'Horace. L'un des duovirs, qui n'était autre que César, prononça la sentence capitale (Suet. *Jul.* 12 *cupide condemnavit*); Rabirius fit appel au peuple (Suet. *ibid. ad populum provocanti*, Dio Cass. 37, 27, 3, ἐφῆκε). L'effet dramatique recherché par les *populares* était produit. La sentence duovirale était, comme dans le cas d'Horace, immédiatement exécutoire et connut un début d'exécution. Cicéron rappelle l'ordre de saisir le condamné : *Rab. perd.* 13, J, *licitor, conliga manus*, selon les termes mêmes dont use le duovir dans le procès d'Horace (Liv. 1, 26, 8). Cicéron se vante d'être alors intervenu comme consul pour anéantir la sentence capitale : *Rab. perd.* 10 *de perduellionis iudicio, quod a me sublatum criminari soles*. On a justement remarqué que dans son discours en faveur de Rabirius Cicéron reste muet sur la *provocatio ad populum*²². Ce n'est pas un argument suffisant pour nier qu'elle ait eu lieu, et rejeter les témoignages à cet égard explicites de Suétone et Dion Cassius. Ce silence de Cicéron a pour but de retourner contre les *populares* l'effet dramatique qu'ils avaient recherché. Pour eux le procès duoviral présentait l'avantage d'une mise en scène comportant un début d'exécution capitale jusqu'à la *provocatio*. Cicéron s'évertue longuement à souligner l'atrocité de la peine de mort, et feint de croire que la sentence duovirale était, dans l'esprit de ses adversaires, en dernier ressort. Il met ainsi les *populares* en mauvaise posture en les taxant non seulement de cruauté, mais d'ignorer la compétence des comices *de capite civis*. Il était facile se s'en prendre à une peine capitale prononcée *iniussu populi* (*Rab. perd.*, 12)²³. Et, en se taisant sur la *provocatio*, Cicéron tire à lui tout le bénéfice d'avoir par son intervention écarté la sentence du duovir²⁴.

²¹ Sur ce texte Gabba *Ath.* 1960 p. 201; sur les *commentarii regum*, Premers-stein, RE, v. *commentarii*, 728-729.

²² Brecht, *Perduellio*, p. 184 suiv.; Bleicken *Zeitschrift der Savigny Stiftung, Röm. Abt.*, 1959, p. 339.

²³ L'hypothèse de Mommsen (*Droit Public*, IV, p. 327 n. 1), d'après laquelle le tribunal des duovirs dans l'affaire de Rabirius avait été institué par une loi, n'est pas vérifiée. D'autre part, les duovirs furent alors non pas élus, mais nommés par le prêteur (Dio Cass. 37, 27, 2).

²⁴ Nous laissons de côté la question de savoir si, après le procès duoviral, Rabirius dût défendre à un second procès de *perduellio*, dirigé cette fois par un tribun de la plèbe (I. Ross Taylor, *Voting Assemblies*, 1966, p. 102; A. H. M. Jones, *The criminal courts of the roman Republic and Principate*, 1972, p. 40-44). Il semble d'après Cicéron (*Rab. perd.* 8) qu'à côté du procès duoviral un procès d'amende ait été envisagé aussi contre Rabirius, mais pour un chef d'accusation différent, en dépit de la règle interdisant le cumul de la peine de mort avec une amende (Cic.

Le seul procès duoviral authentique n'étant que la copie d'une légende, existe-t-il d'autres preuves de ce mode de répression au cours des premiers siècles de la République? En 46, dans l'*Orator* 156, Cicéron fait allusion aux duovirs à propos d'une particularité philologique (*planeque «duorum virorum iudicium» dico nunquam*), mais cette mention, postérieure au procès de Rabirius, ne fournit aucun renseignement pour l'époque ancienne²⁵. Reste la *lex perduellionis* (Quint. *Inst.* 5, 13, 20). Cicéron, dans son discours pour Rabirius (13) en cite un passage relatif à l'exécution capitale. Tite-Live à propos d'Horace en reproduit le texte : 1, 26, 6, *lex horrendi carminis erat : «duumviri perduellionem iudicent; si a duumviris provocarit, provocatione certato; si vincent, caput obnubito, infelici arbori reste suspendito; verberato vel intra pomerium vel extra pomerium»*²⁶. Cette *lex horrendi carminis* n'a pas manqué de paraître suspecte. C'est un faux qui imite avec une certaine habileté le style décemviral. Bleicken²⁷ a justement noté que le législateur n'aurait pas pu se dispenser de préciser le mode de nomination des duovirs et n'aurait pas pu omettre d'indiquer les principales articulations de la procédure comitiale. Rien sur l'*anquisitio*, sur la convocation des comices, sur leur présidence, sur le prêt d'auspices nécessaires à leur tenue par un magistrat dépourvu d'imperium. Toutes ces lacunes ne sauraient être expliquées par des coupures de Tite-Live. Le texte est un *carmen* assez bref qui forme un tout volontairement elliptique, et la valeur littéraire de ce pastiche tient précisément dans sa brièveté. Qu'on le compare avec le *commentarium anquisitionis* (Varr. l. l. 6, 91), relatif à la procédure questorienne devant les comices, on observe aussitôt toute la distance qui sépare un document authentique, assez minutieux, d'un faux rédigé en style lapidaire, qui omet de propos délibéré toute une série de par-

domo, 45; A. H. M. Jones, *op. cit.* p. 8). Il est exclu que le discours de Cicéron ait été prononcé à l'occasion de ce procès d'amende, comme on l'a souvent affirmé, non seulement parce que l'orateur se réfère constamment à la peine capitale, mais parce que le titre du discours : *pro C. Rabirio perduellionis reo ad Quirites oratio*, confirmé par *Pis.* 4, montre bien que Cicéron plaide une affaire capitale de *perduellio*, ce mot ne s'appliquant pas aux procès d'amende.

²⁵ Les duovirs, appelés *duoviri perduellionis* par les modernes, apparaissent comme *duoviri* tout court dans ce texte; cf. Bauman, *Duumviri* p. 2.

²⁶ D'après l'opinion, peu probable, de G. Grosso (*Mel. Piganiol*, III, p. 1433), cette loi prévoit un combat ordalique (*certato*).

²⁷ *Zeitschrift der Savigny Stiftung, Röm. Abt.*, 1959, p. 334-337; cf. Kunkel, *Untersuchungen*, p. 22, n. 50. Bleicken critique les mots «*provocatione certato*» de la loi. Cependant, il faut les rapprocher de Cicéron *leg.* 3, 6, «*per populum multae poenae certatio esto*». Selon L. Ross Taylor (*Voting Assemblies*, p. 101), après les trois *contiones* de l'*anquisitio*, intervenait une quatrième *contio* avec débat contradictoire juste avant les comices du jugement.

ticularités juridiques sur la technique comitiale pour mieux mettre en relief les bienfaits de la *provocatio ad populum* et l'horreur de la flagellation à mort²⁸. Toutefois, il se pourrait, comme on l'a soupçonné, que la partie finale du texte sur l'exécution capitale *more maiorum* fût un emprunt à un formulaire destiné à régler cette lugubre cérémonie, lui-même relativement récent, puisque le choix du lieu *vel intra pomerium vel extra pomerium* dénote une extension de la compétence *domi* au-delà du périmètre de *l'urbs*²⁹.

Une singularité remarquable de la loi permet de dénoncer sans équivoque la main du faussaire. Quand elle proclame : *duumviri perduellionem iudicent*, elle contraint les duovirs à prononcer la sentence : « *perduellionem tibi iudico* » (Liv. 1, 26, 7), c'est-à-dire à condamner l'accusé, elle n'autorise pas l'absolution. C'est ainsi que Tite-Live comprenait le texte : 1, 26, 7 *qui* (les *duumviri*) *se absolvere non reban-tur ea lege ne innoxium quidem posse*. De cette obligation de condamner faite aux duovirs, on trouve un écho chez Cicéron : Rab. *perd.* 12, *sed indicta causa civem R. capitis condemnari coegit* (Labiénus, véritable auteur des poursuites contre Rabirius). Cette étrangeté du texte de la prétendue loi a été remarquée par tous ses commentateurs, sans qu'on ait fourni une explication satisfaisante. Il n'est que trop évident que si une loi véritable avait institué le tribunal des duovirs, elle leur eût confié la mission de juger dans toute son ampleur, avec la double faculté de condamner ou d'absoudre. La *lex horrendi carminis*, en n'ouvrant que la possibilité de condamner, démontre qu'elle est un faux juridiquement maladroit. Les duovirs ne sont pour elle qu'un expédient destiné, par le biais de la *provocatio ad populum*, à mettre en mouvement la souveraineté comitiale dans l'exercice de sa fonction judiciaire : c'est seulement au peuple que cette loi reconnaît le choix entre la condamnation et l'absolution. Cette rédaction aberrante de la *lex perduellionis* était commandée par le cas d'Horace, pour lequel elle a été conçue : il fallait laisser au peuple seul, par une sorte de droit de grâce, le soin d'absoudre le héros. La beauté du récit eût été gâchée, si l'un des duovirs avait absout, le peuple n'aurait pas été saisi de l'affaire. D'autre part, il eût été inélégant de laisser le duovir prononcer spontanément une condamnation. Pour que l'affaire fût

²⁸ Il n'est pas question ici de pendaison, comme l'a cru Latte, RE, Suppl. VII, 1614. Nous renvoyons à un article essentiel mais peu connu de Oldfather, *Supplicium de more maiorum*, *Transactions and Proceedings of the Amer. Philol. Ass.*, 1908, p. 49-72.

²⁹ Inversement, une sentence capitale, rendue en vertu de *l'imperium militiae*, peut être exécutée à l'intérieur de Rome : Pol. 1, 7, 12 ; Liv. 28, 28, 3 ; Brecht, *Perduellio*, p. 66.

nécessairement portée devant le peuple, il convenait que la loi imposât au magistrat l'obligation de condamner.

En somme, les duovirs de la *perduellio* sont une invention de l'annalistique au même titre que la loi qui les institue. A l'époque archaïque, on ne les voit en fonction que dans deux procès légendaires, celui d'Horace et celui de Manlius Capitolinus. Dans le seul cas de Rabirius, l'imitation de la légende a fait d'eux paradoxalement une réalité historique. Le procès d'Horace est à l'origine de cette falsification des annalistes. Pour dispenser le roi Tullus du pénible soin de condamner le héros, avant que l'affaire ne soit portée devant le peuple, on a imaginé une magistrature inférieure, à laquelle cette tâche déplaisante est confiée. Dans l'esprit de ses inventeurs, cette magistrature n'est pas liée, comme on le croit habituellement, de façon insoluble avec le crime de *perduellio*, car si chez Tite-Live c'est de ce chef que les duovirs condamnent Horace, au contraire chez Festus (p. 380 L) ils prononcent une sentence de *parricidium*. L'invention des duovirs n'est pas fortuite. Dès l'instant que l'annalistique désirait que la condamnation d'Horace fût prononcée par un magistrat inférieur, elle n'avait pas d'autre issue que de fabriquer de toutes pièces cette magistrature, persuadée, comme on l'était, – contrairement aux prudents – que la questure n'était pas encore en vigueur au temps des rois.

Ce produit de l'annalistique ne fut utilisé qu'avec une extrême discrétion. Dans l'immense majorité des cas, les procès de *perduellio* sont conduits par des tribuns de la plèbe. Une fois imaginés en vue du procès d'Horace, les duovirs ne retrouvent du service qu'à l'occasion du drame de Manlius Capitolinus, sur lequel ils viennent se greffer artificiellement. A l'ancienne version de la mort violente du héros dévoyé, on préféra la solution d'un procès capital, sans que les annalistes aient pû se mettre d'accord sur la forme qu'il convenait de lui donner, duovirale selon les uns, tribunitienne selon les autres. Là s'arrête dans les annales la très faible diffusion de la légende des duovirs avant l'explosion du procès de Rabirius. Il est tout-à-fait remarquable qu'ils soient absents de toutes les narrations qui décrivent la fin de Sp. Cassius³⁰. Il existe pourtant deux versions du procès du célèbre et mystérieux *affectator regni*. Aucune n'est duovirale. Selon l'une il fût jugé par son père, selon l'autre il fût accusé de *perduellio* devant les comices par les questeurs (Liv. 2, 41). On s'ingénie depuis longtemps

³⁰ Liv. 2, 41; Cic. *rep.* 2, 60; D. H. 8, 77; Diod. 11, 37, 7; Plin. *n. h.* 34, 15. Le procès de Cassius a fait l'objet d'études récentes : Ogilvie, *Commentary on Livy*, p. 342 suiv.; Lintott, *Historia* 1970, p. 18 suiv.; Latte, *Kl. Schriften* p. 361; Gabba, dans *Atti del Primo Congresso int. della società italiana di storia del Diritto*, 1966, p. 143-153.

à chercher laquelle de ces deux versions est la plus ancienne, mais toutes deux sont fabriquées. Chez Diodore de Sicile ne figure qu'une sèche mention du procès sans aucune précision sur sa forme : 11, 37, 7, καταγνωσθεῖς ἀνῆρέθῃ. Chez Tite-Live on retrouve la même notice annalistique : 2, 41, 10, *damnatum necatumque constat*. Par ces deux auteurs on remonte à la source la plus ancienne qui connaît le procès, mais ignore l'autorité qui le conduisit. Jugement paternel ou procès questorien devant les comices sont des éléments surajoutés qui sont venus embellir le récit. Tite-Live groupe les sources. Après avoir reproduit la même notice que Diodore dans sa frappante brièveté, il donne ensuite les deux versions du procès. La version questorienne fait poursuivre Cassius par l'autorité publique, mais évite de confier la conduite de l'affaire à des tribuns de la plèbe. Comme on l'a justement noté, il s'agit d'une version philosénatoriale qui utilise, dans la répression d'un cas célèbre de *perduellio* au début de la République, le ministère de magistrats du *populus* et se dispense avec soin de faire intervenir ceux de la plèbe. Le but recherché est de faire punir un crime d'Etat par l'Etat et non par des magistrats révolutionnaires à l'aube du droit criminel républicain. Pour aboutir à ce résultat, on a eu recours à une solution désespérée, car c'est le seul cas où des questeurs se voient chargés d'un procès de *perduellio*. Cela permet de mesurer à quel point la légende des duovirs était peu répandue dans l'annalistique, puisque leur utilisation eût été beaucoup plus naturelle que celle des questeurs dans une hypothèse où l'on avait soin de laisser de côté les tribuns de la plèbe.

* * *

Une fois que les *duoviri perduellionis* ne pèsent plus que leur vrai poids, qui est celui de la fiction, le champ de la recherche se trouve si bien désencombré qu'il ne reste plus qu'à étudier la répression de la *perduellio* sous la forme du procès tribunitien, qui est l'unique sanction de ce crime. Ce type de procès n'est historiquement attesté qu'à partir du III^e siècle, si l'on fait abstraction de ses nombreuses variétés légendaires qui parsèment les deux premiers siècles de la République (voir infra). La structure de ce procès est bien connue³¹ : deux sentences se font suite, d'abord celle du tribun de la plèbe, ensuite celle des comices centuriates, présidés par le tribun moyennant un prêt d'auspices consenti par un titulaire de *l'imperium*. Entre ces deux sentences, Mommsen interpose une *provocatio ad populum* de l'accusé, si bien que c'est le mécanisme de l'appel qui assure l'articulation

³¹ Voir principalement Liv. 43, 16.

d'une sentence sur l'autre; et il faut bien reconnaître que ce système est à première vue particulièrement satisfaisant, car entre deux sentences qui se suivent l'appel apparaît comme le meilleur trait d'union. Cependant Brecht³² a victorieusement détruit cette construction, en montrant que la *provocatio* est totalement absente des descriptions souvent détaillées du procès tribunitien de *perduellio* (Liv. 25, 3; 26, 3; 43, 16); et ce silence est si général qu'il est impossible de sous-entendre pour la *perduellio* un appel qui apparaît, au contraire, régulièrement dans les très brefs récits qui décrivent comment sont portées devant le peuple les amendes du grand pontife contre certains prêtres³³. Les annalistes ont pour la *provocatio* une très grande prédilection et ils l'introduisent parfois là où elle n'a que faire³⁴. Aussi serait-il bien surprenant qu'elle fût passée systématiquement sous silence là où elle aurait trouvé une application de choix.

Il est possible de pousser la démonstration plus loin. Dans le procès tribunitien de *perduellio*, la *provocatio* fait non seulement défaut, mais y serait juridiquement impossible, pour cette raison péremptoire qu'elle est inopposable à un tribun de la plèbe. Ce principe n'est pas ignoré de nos jours, mais n'a reçu qu'une médiocre diffusion et n'est accepté qu'avec réticence. Pourtant Dion Cassius (53, 17, 9) rappelle, en toute clarté, que le tribun de la plèbe, pour faire respecter son inviolabilité, peut mettre à mort sans appel (*ἄκριτον*) quiconque y a porté atteinte. Il s'agit de la précipitation de la roche Tarpéienne. Denys d'Halicarnasse (7, 35; 10, 31) fournit des illustrations du principe pour l'époque ancienne. Dans les derniers siècles de la République, il n'est pas complètement tombé en désuétude, et fut ressuscité deux fois par des tribuns particulièrement irritables, qui entendaient user de leur droit strict. En 131, le tribun C. Atinius Labeo, rayé de la liste du Sénat par le censeur Q. Caecilius Metellus, voulut se venger en précipitant ce dernier du haut du Capitole, et n'échoua qu'à la suite de l'opportune intercession d'un collègue³⁵. En 86, le tribun P. Popilius Laenas mit à mort de la sorte Sex. Lucilius, tribun de l'année précédente³⁶. Ces faits, parfaitement historiques, ont pu paraître embarrassants, parcequ'ils ne s'accordent pas avec le caractère universel

³² *Zeitschrift der Savigny Stiftung, Röm. Abt.* 1939, p. 269.

³³ Bleicken, *Hermes*, 1957 p. 450-468.

³⁴ Kunkel, *Untersuchungen*, p. 24 n. 60.

³⁵ Liv. *ep.* 59; Plin. *n. h.* 7, 143; Broughton, *Magistrates*. 1 p. 500; Van Ooteghem, *Caecilii Metelli*, 1967 p. 71; Astin, *Scipio Aemilianus* 1967, p. 237.

³⁶ Vell. Pat. 2, 24, 2; Broughton, *Magistrates*, II p. 47, 54; Gruen, *Roman Politics and the criminal courts*, 1968 p. 234. – Livius Drusus menaça de précipiter Caecilio de la roche Tarpéienne : *Vir. ill.* 66, 6-9; Gruen, *op. cit.* p. 211.

que l'on prête à tort à la *provocatio*. Dans son Droit Public³⁷ Mommsen pense résoudre la difficulté en invoquant le droit de légitime défense du tribun. Dans son Droit Pénal³⁸, Mommsen, mieux inspiré, se résigne à admettre que la législation de *provocatione* ne s'applique pas au tribun de la plèbe³⁹. Mais ce passage fondamental de son œuvre a été peu remarqué. De même, la *consecratio bonorum* par le tribun de la plèbe ne paraît pas soumise à *provocatio*⁴⁰. L'appel au peuple ne concerne que les magistrats du *populus*; à l'égard des tribuns de la plèbe il n'est pas compatible avec leur sacrosainteté. Aussi ne faut-il pas s'étonner si dans les procès de *perduellio* il n'y a pas trace de *provocatio* à l'encontre du tribun de la plèbe. Celle-ci inopposable au tribun dans l'ordre de la coercition, lui est également inopposable dans l'ordre de la juridiction. Il s'agit d'une inopposabilité absolue. Le seul cas où les annales font état d'une *provocatio* contre un tribun, se présente de telle manière qu'il confirme la règle, puisque le tribun n'en tint pas compte. Il s'agit du procès légendaire intenté contre l'ex-décemvir Appius Claudius⁴¹. Il fait appel au peuple contre l'emprisonnement préventif ordonné contre lui, mais le tribun passa outre (Liv. 2, 56-58). On peut se demander jusqu'à quel point l'appel est recevable contre l'emprisonnement⁴². Il n'en reste pas moins que tout l'esprit du récit réside dans le contraste qui fait utiliser l'arme par excellence de la liberté, l'appel au peuple, par un ancien tyran, dont le despotisme est tout récent; et ce contraste est rendu encore plus saisissant par l'illégalité du procédé⁴³.

La singularité du procès de *perduellio* est de faire suivre deux sentences, d'abord celle du tribun, ensuite celle du peuple, sans qu'elles se rattachent l'une à l'autre par le lien de l'appel. La chose a pu paraître si surprenante que, sans aborder franchement la difficulté, on l'a éludée en ôtant à la formule prononcée par le tribun de la plèbe la valeur d'un jugement; on l'a réduite à un simple acte d'accusation. Quand, au terme des trois *contiones* de la procédure d'*anquisitio*,

³⁷ *Droit Public*, I p. 172 = *Staatsrecht* 1, p. 151.

³⁸ *Droit Pénal*, 1 p. 51 = *Strafrecht*, p. 46.

³⁹ Cf. Nicolini, *Tribunato della plebe*, 1932, p. 71.

⁴⁰ Mommsen, *Droit Public*, 1 p. 179 = *Staatsrecht* 1 p. 158.

⁴¹ Brecht, ZSS, 1939, p. 263 n. 4; p. 283.

⁴² Cic. *leg.* 3, 6; Mommsen, *Staatsrecht*, 1 p. 156 n. 4; *Droit Pénal*, 1 p. 192 n. 5 = *Strafrecht* p. 167.

⁴³ Denys d'Halicarnasse, dans un passage particulièrement maladroit, paraît faire allusion à la possibilité d'une *provocatio* contre le tribun de la plèbe. Mais ce texte (7, 17, 5), relatif à la *lex Icilia de tribunicia potestate* de 492, qui interdit d'interrompre le tribun s'adressant à la plèbe, est aussi suspect que la loi à laquelle il se rapporte. Cf. Binder, *Plebs*, p. 471.

le tribun de la plèbe déclare solennellement contre l'accusé : «*tibi perduellionem iudico*» (Liv. 43, 16, 11 ; cf. 1, 26, 7), ces mots n'exprimeraient pas une sentence capitale, mais énonceraient l'accusation qui sera portée ensuite devant les comices centuriates⁴⁴. De la sorte, la procédure paraît débarrassée de l'encombrante succession de deux jugements qu'aucun appel ne vient coordonner. Il faut, cependant, renoncer à suivre cette voie qui est celle de la facilité, et présumer qu'en fin de compte la difficulté se révélera plus payante. Dans une formule solennelle, il est malaisé de ne pas donner au mot *iudico* son sens propre de jugement⁴⁵.

Dans le procès d'Horace, si légendaire soit-il, le duovir prononce lui aussi la formule «*tibi perduellionem iudico*» (Liv. 1, 26, 7), et il n'est pas croyable qu'elle ait dans ce procès duoviral un autre sens que dans le procès tribunitien. Les annalistes qui ont interprété le procès d'Horace comme un cas de *perduellio* et non de *parricidium*, ont emprunté ces *verba* au procès capital tribunitien et n'ont pas eu l'intention d'en déformer la portée. Après la sentence du duovir, un commencement d'exécution intervient, un licteur est sur le point de saisir Horace, quand il fait *provocatio*. Il s'agit bien d'un jugement qui, sans celle-ci, serait aussitôt exécutoire. Dans le procès duoviral et dans le procès tribunitien, la sentence est la même ; ce qui diffère, c'est que dans un cas elle est suivie d'appel et dans l'autre pas. Dans les deux cas les mêmes mots : «*tibi perduellionem iudico*», expriment un jugement capital. Si dans le procès tribunitien la *provocatio* n'intervient pas, c'est pour la simple raison qu'elle est inopposable au tribun de la plèbe.

Reste à savoir ce qui conduit le tribun qui vient de prononcer une sentence capitale, en principe exécutoire, à en laisser l'exécution en suspens et, grâce à un prêt d'auspices consenti par un titulaire de *l'imperium*, à saisir du procès les comices centuriates, qui seuls statueront en dernier ressort. Il ne suffit pas de dire que le tribun obéit à l'équité et que, par une restriction volontaire, il soumet spontanément sa sentence à la révision du peuple, pour ne pas paraître plus cruel, lui qui est le défenseur des faibles, que les magistrats du *populus*, dont les sentences capitales, grâce au jeu de la *provocatio*, doivent être soumises à l'approbation comitiale. Cela reviendrait à dire que le tribun de la plèbe, par une auto-limitation de son pouvoir, sous-entendrait contre lui-même une *provocatio* qui n'a pas pu lui être opposée. En réalité, le tribun n'obéit pas à l'équité, mais au droit. Une disposi-

⁴⁴ Brecht, ZSS, 1939, p. 277 suiv. ; Kaser, *Das altrömische Jus*, 1949, p. 54 suiv. ; Bleicken, ZSS, 1959, p. 329 suiv. ; Kunkel, *Untersuchungen*, p. 22 suiv., 32.

⁴⁵ Cette remarque s'étend à l'emploi du mot dans deux textes fondamentaux sur le procès capital : Cic. *leg.* 3, 6 ; *domo* 45.

tion attribuée par les anciens aux XII tables, mais en fait sensiblement postérieure, réserve aux comices le soin de statuer en dernier ressort sur la peine capitale : 9, 1-2, *de capite civis nisi per maximum comitiatum ne ferunto*. Ce texte célèbre a été souvent cité par les Romains, en particulier par Cicéron⁴⁶. Réaliste, Polybe l'interprète de façon lapidaire, en faisant de la peine capitale l'exclusivité du peuple : 6, 14, 6, *θανάτου δὲ κρίνει μόνος (ὁ δῆμος)*. Il faut entendre que c'est en dernier ressort que le peuple est seul compétent. Il peut être saisi par la voie de l'appel, bien que, dans la pratique, cette perspective de révision ait découragé les juges de première instance, qui s'abstiennent d'user de leur droit. Dans le procès tribunitien de *perduellio* il n'y a pas d'appel, l'enchaînement de deux sentences s'explique autrement.

Au bout de la procédure *d'anquisitio*, le tribun prononce une sentence capitale qu'il ne met pas à exécution, parcequ'il sait qu'elle n'est pas définitive. Sans même y être poussé par le jeu de l'appel, il saisit lui-même le peuple de l'affaire, parce qu'il est tenu de s'incliner devant une compétence qui est supérieure à la sienne. S'il agissait autrement et faisait exécuter sa sentence, il ne respecterait pas le principe fondamental, mis au compte des XII tables, d'après lequel seul le peuple peut prononcer la peine de mort en dernier ressort. Ce principe s'impose de plein droit au tribun, qui est tenu de le respecter en soumettant lui-même le procès au peuple, en l'absence d'un appel que l'inculpé est hors d'état de lui opposer.

Mais ce qui est vrai de la juridiction, ne l'est pas de la coercition. L'adage *de capite civis* subordonne la compétence judiciaire du tribun, en définissant une autre compétence judiciaire qui lui est supérieure. Ce texte laisse intacte la coercition capitale du tribun, qui comme toute coercition ne saurait être restreinte que par la *provocatio*. Or celle-ci n'est pas opposable au tribun. Rien ne limite la coercition capitale tribunitienne, ni l'adage qui n'a trait qu'à la justice, ni la législation *de provocatione*, qui ne s'applique pas au tribun. Aussi, comme cela s'est encore produit dans les derniers temps de la République (voir *supra*), peut-il, sans autre contrôle que celui de l'intercession d'un collègue, précipiter de la roche Tarpéienne ceux qui passent pour avoir porté atteinte à son inviolabilité. Il n'a pas d'appel à craindre d'eux, et il n'a pas à respecter, dans l'exercice de la coercition, la compétence comitiale qui est d'ordre judiciaire. Le fait est, cependant, que le tribun use peu de ce droit absolu de nature archaïque. Il préfère la voie de la justice.

Dans le procès tribunitien de *perduellio*, il n'est que trop évident que la succession de deux sentences, l'une du tribun, l'autre du peu-

⁴⁶ Bruns, *Fontes*, p. 34.

ple, n'a pas les apparences d'une très grande ancienneté. La sentence comitiale est aussi récente que la compétence du peuple en matière capitale. Comme nous espérons l'avoir montré ailleurs⁴⁷, l'adage *de capite civis*, attribué aux XII tables, ne saurait être antérieur au III^e siècle. La compétence du peuple, en matière capitale, ne pouvait être définie dans toute son ampleur qu'après la loi Valeria de l'an 300, qui introduisit la *provocatio ad populum*. Le texte de l'adage est ainsi conçu qu'il s'adapte aussi bien à une procédure d'appel qu'à une procédure de première instance, comme celle du procès questorien (Varr. l. l. 6, 91). Il regroupe tous les types de procès capitaux devant les comices. L'adage, de plus, a une saveur idéologique, il confie le jugement capital au peuple « souverain », *maximus comitiatus*; et cette expression fait écho au *praetor maximus* de la *lex clavi* (Liv. 7, 3) au début de la République, en un temps où la somme du pouvoir appartenait au magistrat supérieur. Il n'est pas concevable que les XII tables aient pu faire état de la souveraineté populaire, alors que les résolutions comitiales ne pouvaient entrer en vigueur qu'à la suite de la ratification des *patres* (*auctoritas patrum*). Pour parler de comices souverains, il fallait attendre que cette tutelle des *patres* fut devenue inoffensive, comme elle le devint au cours du IV^e siècle. Et cette souveraineté ne pouvait être majestueusement affirmée en matière capitale qu'après qu'en l'an 300 la peine de mort, prononcée par le magistrat du *populus*, ait cessé d'être définitive, pour être frappée d'appel devant le peuple. C'est seulement alors que les comices centuriates ont le monopole des sentences capitales en dernier ressort.

Cet adage de facture récente fut inséré dans la Loi des XII Tables, et devint l'un des textes fondamentaux de la constitution républicaine. Il domine le droit criminel jusqu'à l'apparition et la diffusion des *quaestiones perpetuae*. Son attribution aux XII tables fausse les perspectives plus anciennes. Ce serait une erreur de croire que le procès de *perduellio*, tel que nous le connaissons, avec ses deux sentences successives, remonte à un lointain passé. La deuxième sentence, celle du peuple, est un élément surajouté, elle n'est venue doubler la sentence du tribun qu'à partir du moment où sous la forme d'un adage, qui s'est fallacieusement coloré du prestige de la législation décemvirale, s'est affirmée la compétence capitale des comices centuriates. Elle s'est imposée péremptoirement au tribun de la plèbe, qui s'est trouvé alors dans l'impossibilité de s'en tenir à sa propre sentence et a dû lui-même demander au peuple de statuer à sa suite.

Les considérations juridiques qui tendent à faire apparaître l'adage seulement au III^e siècle, trouvent une précieuse confirmation dans

⁴⁷ Iura, 20, 1969, p. 280-286.

la critique des procès tribunitiens devant le peuple, dont la liste relativement longue commence au V^e siècle. Il est aujourd'hui acquis qu'antérieurement au III^e siècle ces procès sont des inventions de l'annalistique⁴⁸. Ainsi, par deux voies distinctes mais convergentes, l'une proprement juridique, l'autre historique, on arrive à la même conclusion que le procès tribunitien de *perduellio*, caractérisé par l'accumulation de deux sentences capitales, fait son apparition au III^e siècle.

Tout porte à croire qu'antérieurement le tribun rendait seul une sentence en dernier ressort. Dès que l'on admet que les procès tribunitiens devant les comices aux V^e et IV^e siècles sont des faux, le seul instrument dont on dispose pour remonter dans le passé est la formule prononcée par le tribun: «*tibi perduellionem iudico*». A partir du III^e siècle, quand le tribun joue le rôle de ministère public pour les crimes d'état, le sens de la formule ne fait pas de difficulté, elle déclare que l'inculpé est coupable de haute trahison, et l'affaire est ensuite portée devant le peuple. Auparavant, quand le tribun n'est pas encore magistrat de la cité, mais chef révolutionnaire, il est évident que la même formule devait avoir une autre portée. Le tribun n'est pas alors chargé de la répression des crimes d'état, et cette sentence ne peut avoir eu d'autre fonction que de sanctionner définitivement, sans même que le peuple soit ensuite saisi, les atteintes portées à l'inviolabilité tribunitienne.

Quand on traduit *perduellio* par crime d'Etat, le jugement: «*tibi perduellionem iudico*», est simplement l'affirmation d'une culpabilité, et c'est la gravité de l'offense qui exprime implicitement l'idée de peine capitale, qui n'apparaît que comme un corollaire. Tel est le sens de la formule à partir du III^e siècle. Mais, avant d'en arriver là, si l'on admet que le mot a commencé par ne concerner que la violation des droits d'un tribun, il est aisé de discerner un sens qui exprime à la fois le délit et la peine. La formule du tribun, en associant *iudicare* au datif *tibi*, adopte une construction qui n'est pas usuelle, on dit habituellement *iudicare aliquem* ou *de aliquo*⁴⁹, et au passif on trouve l'expression *iudicatus*⁵⁰. La formule du tribun se rapproche de la sentence: «*ego ei unum ovem multam dico*» (Gell. 11, 1, 4). Si l'on entend primitivement par *perduellio* non un acte, mais l'état de *perduellis*, on

⁴⁸ Pour un état de la question, voir nos remarques dans *Jura*, 20, 1969, p. 281-283. Il y a lieu de consulter sur ce thème: Siber, *Die plebejischen Magistraturen*, p. 26-28, p. 74-79; Botsford, *Roman Assemblies*, p. 247-290. D'après Brecht (ZSS, 1939, p. 299 n. 3), le premier procès de *perduellio*, parfaitement authentique, date de 249 (*Schol. Bob.* p. 90 Stangl); cf. Bleicken, *Volkstribunat*, p. 120.

⁴⁹ Fest. p. 424 L; Brecht, ZSS, 1939, p. 278.

⁵⁰ Gaius 4, 21.

a des chances de se rapprocher de la vérité, et de trouver dans le jugement tribunitien l'expression à la fois d'un délit et d'une peine, en ce sens que le délinquant, ayant manifesté son hostilité au tribun, se trouve de ce fait même dans la situation de hors la loi. L'état de *perduellis*, dénoncé par la sentence, est celui de l'individu qui, ayant porté atteinte aux droits du tribun, se trouve en condition d'hostilité à son égard. Cet individu, conformément au statut archaïque du tribun, est devenu hors-la-loi. Le mot *perduellio*, dans la sentence : « *tibi perduellionem iudico*, » exprime simultanément le délit et la peine, parce que la condition d'hostilité à l'égard du tribun transforme automatiquement le délinquant en ennemi privé de la protection du droit. Ainsi comprise, la *perduellio* est un diminutif de la sacralité. Elle correspond à une époque, sans doute le IV^e siècle, peut-être la fin du V^e, où celui qui porte atteinte à l'inviolabilité tribunitienne a cessé d'être *sacer*, la peine a perdu son caractère religieux, la sacralité est tombée en désuétude. Le délinquant se trouve mis au ban de la société, et c'est cette mise hors la loi qu'exprime la sentence du tribun à l'aide du mot *perduellio*. Le délinquant sera mis à mort non en tant que *sacer*, mais comme ennemi public.

Ce sens archaïque du mot ne se manifeste que dans la formule « *tibi perduellionem iudico* », quand elle servait d'arme au tribun pour protéger son inviolabilité; mais on en trouve un reflet dans un autre emploi, singulièrement négligé, qui dérive du premier et paraît relativement ancien. *Perduellio* s'identifie parfois à *perduellis*. Ce sens apparaît dans la Rhétorique à Herennius (4; 15) et chez l'abréviateur de Festus : p. 58 L, *Inde et perduellio, qui pertinaciter retinet bellum*; p. 91 L, *hostis apud antiquos peregrinus dicebatur, et qui nunc hostis, perduellio*. Si, à l'état pur *perduellio* est l'état de *perduellis*, on est aisément passé à un sens second, plus concret, qui désigne le personnage⁵¹.

Les Romains n'avaient pas oublié que la procédure de *perduellio* dérive de la sacralité qui frappe ceux qui nuisent aux droits des tribuns. Elle en est un succédané laïc, qui fait du coupable non un *homo sacer*, mais un ennemi public. A propos d'une inculpation en 211, Tite-Live oppose le procès tribunitien d'amende, dont il trouve le fondement dans les *mores*, au procès de *perduellio* qui repose sur des *leges* que l'historien omet d'identifier : 26, 3, 8, *seu legibus, seu moribus*

⁵¹ Les *Glossaria Latina* sont à cet égard instructifs : V p. 103, *Abba, Perduellio, Rebellator*; III p. 32, *Abstrusa, Duellio, Rebellis*, cf. V p. 53, 318. Voir la note de Pirie-Lindsay, *Gloss. Lat.* t. IV p. 176 (Olms, Hildesheim). – Si *perduellio* a commencé par désigner l'état de *perduellis*, la relation des deux mots s'est ensuite relâchée, quand *perduellio* en est venue à désigner le crime d'état. Le criminel d'état n'est appelé nulle part *perduellis* : Brecht, *Perduellio*, p. 122.

mallet anquireret, quoad vel capitis vel pecuniae iudicasset privato. Il ne peut s'agir ni des lois royales, ni des XII tables. Ces monuments législatifs, pas plus qu'aucune autre loi, n'ont créé la procédure de *perduellio*. Comme l'ont bien remarqué les interprètes du texte⁵², Tite-Live a en vue les lois sacrées qui protègent l'inviolabilité tribunitienne. C'est elle que la procédure de *perduellio* à ses débuts tend à faire respecter; quand elle fait son apparition, c'est pour substituer à la sacralité, que prévoient ces lois, une fois que celle-ci fut devenue désuète, une expulsion purement laïque de la cité.

A une autre point de vue, le procès de *perduellio* a conservé le souvenir de ses origines. Il arrive que le tribun se désiste de ses poursuites, mais il ne prononce jamais de sentence d'absolution⁵³. La formule «*tibi perduellionem iudico*», n'a pas d'autre formule qui lui fasse pendant pour déclarer l'accusé innocent. Elle a commencé par être une arme de défense qu'utilise le tribun, quand son inviolabilité est en péril. Elle prononce une mise hors la loi. Quand le tribun s'abstient de mettre son adversaire au ban de la société, il n'existe évidemment pas de formule pour déclarer qu'il conserve son statut de citoyen.

En conclusion le mot *perduellio* est passé par deux sens différents, l'un passif, l'autre actif. Rattaché à *duellum*, qui est la forme archaïque de *bellum*, il a commencé par définir la situation de l'ennemi public qui s'est mis en état d'hostilité envers le tribunat de la plèbe. Le même mot qualifie alors à la fois le délit et la peine : le fait d'avoir manifesté son inimitié à l'égard du tribunat, en portant atteinte à son inviolabilité, fait du coupable un hors-la-loi, qui est réputé en état de guerre avec le plèbe. *Perduellio* est l'état de *perduellis* : l'ennemi du tribun est ennemi public. Quand le tribun a cessé d'être un agent révolutionnaire pour devenir un magistrat de la cité, le mot a vu son sens s'élargir. Le tribun est devenu ministère public, et sous le nom de *perduellio* ne poursuit plus seulement les atteintes à son inviolabilité, mais d'une manière générale le crime d'état, en particulier les délits des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions. Le mot *perduellio* a, alors, changé de sens : il ne désigne plus l'état d'ennemi public; son sens est devenu actif, il désigne l'acte d'hostilité envers l'Etat, le crime de haute trahison.

⁵² Brecht, *Perduellio*, p. 193; Bleicken, *Volkstribunat*, p. 121 n. 5.

⁵³ Brecht, ZSS 1939 p. 277.

«PARICIDAS»

Pour expliquer la célèbre loi attribuée à Numa sur le meurtre, la science contemporaine a prêté généreusement au mot *paricidas* (*par-ricida*) une profusion de significations totalement ignorées des romains, alors que pour ceux-ci le problème se présente avec une parfaite simplicité. À leurs yeux, le *paricidas* est soit le meurtrier d'un proche, soit le meurtrier en général. Dans les XII Tables (9, 4), le *paricidium* est le meurtre d'un homme quelconque. Les *quaestores parricidi* sont le tribunal du meurtre ou peut-être les présidents du jury criminel. Ils mènent l'enquête, comme l'indique leur nom (*quaerere*). On se serait épargné beaucoup de peine si on avait attribué à *paricidas* dans la prétendue loi royale une portée correspondant à *parricidium* dans les XII Tables. «Meurtrier» serait ainsi apparu comme le sens premier, et «meurtrier d'un proche» se serait révélé comme un sens dérivé. D'emblée on aurait mis en harmonie le texte de Numa avec le code décemviral. Mais en vue d'atteindre un résultat si simple, un long détour est nécessaire; il faut surmonter les répugnances que suscite une méthode aussi directe, et écarter les obstacles qui se sont entassés sur sa route.

* * *

La peine du sac a longtemps contribué à obscurcir les choses. On a souvent cherché à expliquer par elle d'une manière ou d'une autre la loi de Numa. Mais à quel type de *paricidas* se rapporte-t-elle : au meurtrier d'un proche ou au meurtrier ordinaire? On a longtemps cru que cette peine était d'une manière générale celle du meurtre. Mais un examen plus attentif du problème a révélé que le *culleus* était réservé au parricide ou matricide, sans qu'on puisse avec certitude l'étendre aux autres meurtriers d'un proche. Cette peine originale occupe en droit pénal une place à part. Elle a moins pour fonction de punir le coupable que l'expulser du monde des vivants, en le noyant dans un sac soit dans le Tibre soit en mer avec l'accompagnement d'animaux qui paraissent infernaux. Il ne s'agit pas tellement de priver le supplicié de sépulture que d'empêcher son retour : son spectre

ne traversera pas l'eau¹. Celui qui tue père ou mère est tenu par les romains plus comme un monstre que comme un délinquant². Aussi a-t-on raison, de nos jours, d'identifier le rituel de la peine du sac à une *procuratio prodigii*³. Pareillement les hermaphrodites sont jetés à la mer⁴. Dans les deux cas, on lave la cité d'une souillure.

On discute pour savoir si la peine du sac est archaïque ou d'origine plus récente. Cicéron⁵ l'attribue aux *maiores*. D'après une opinion assez répandue, on pensait aussi à Rome que ce châtiment avait été introduit par une loi, mais on s'abstenait d'indiquer la date et l'auteur⁶. Cette opinion est sans valeur. Il existait sur le *culleus* un texte normatif partiellement cité par *l'auctor ad Herennium* (1, 13, 23) et fort bien connu des grammairiens et antiquaires (Cincius et L. Aelius Stilo)⁷. Ce texte sans doute de source pontificale a reçu un surcroît d'autorité, lorsqu'il fut promu fallacieusement au rang de loi en vertu du légalisme répandu à la fin de la République. Son origine vraisemblablement sacerdotale plaide pour l'antiquité de la peine, admise par Cicéron. Mais ce rituel cruel n'atteint que les parricides et ne s'applique pas au meurtrier ordinaire. Vains sont les efforts qui cherchent à sous-entendre ce châtiment d'une manière ou d'une autre dans la loi de Numa. Elle traite du meurtre en général, non du parricide.

* * *

Pour percer le mystère de cette loi, il ne sert à rien de raisonner sur le mode d'exécution capitale que le droit romain archaïque réservait au meurtrier. On l'ignore; le texte du verset décemviral sur le meurtre n'a pas été conservé. On en est même réduit au seul raisonnement pour savoir s'il s'agissait d'une exécution publique ou privée. Cette voie n'est pas la plus aisée. Le recours à l'étymologie de *paricidas* est apparue comme une démarche plus fructueuse. Simultanément par une seule hypothèse on résoudrait deux problèmes : l'origi-

¹ J. Bayet, *Croyances et rites de la Rome antique*, 1971, p. 37.

² Cic. *Rosc. Am.* 13, 38 *portenti ac prodigi simile*; 22, 63 *portentum atque monstrum*.

³ Brunnenmeister, *Das Tödtungsverbrechen*, 1887, p. 197; Cloud, *ZSS*, 1971, p. 34. Dans un autre sens, Briquel, *MEFRA*, 1980, p. 87 suiv.

⁴ Liv. 31, 12, 8.

⁵ *Rosc. Am.*, 25, 69-70.

⁶ Val. Max. 1, 1, 13; Sen. *clem.* 1, 23; Quint. *decl.* 377; cf. Cloud, p. 27.

⁷ Fest. 174, 26 L; voir Cloud p. 36, n. 42. Mommsen (*Droit pénal*, II, p. 362 note) a tort de dire que le texte cité par *l'auctor ad Her.* est une addition du scribe, du fait que ce texte est absent du passage parallèle de Cic. *inv.* 2, 50, 148. En effet, les antiquaires cités ci-dessus connaissent ce texte.

ne d'un mot obscur et le sens d'une loi énigmatique. Il n'est pas exagéré de dire que cette méthode a échoué, car en face de la multiplicité des solutions proposées on n'est même pas sûr que l'une d'elles soit la vraie. Au lieu de poursuivre cette voie et d'imaginer une étymologie nouvelle, il est plus sûr de s'en tenir à une méthode simplement sémantique. Pour comprendre la loi de Numa, le sens archaïque du mot importe plus que son étymologie. Celle-ci viendra peut-être par surcroît. Il n'est pas indifférent de rappeler qu'aucun des sens fabriqués à l'aide d'une hypothèse étymologique n'a résisté à l'examen. une brève revue ne sera pas inutile. Seuls doivent être retenus les sens de *paricidas* que connaissaient les romains. Meurtrier en général ou parricide, entre ces deux crimes le choix n'est pas arbitraire. Quand ils parlent de *parricidium*, les décemvirs n'ont pas légiféré pour les malheureux qui tuent père ou mère, mais ils ont reconnu en la personne des questeurs le tribunal du meurtre. Est vouée à l'échec toute tentative d'introduire dans la loi de Numa, en contradiction avec les XII Tables, le personnage du parricide. Numa comme les décemvirs ne parle que du meurtre.

* * *

En désespoir le cause, certains savants⁸ ont exploité une particularité du lemme de Festus : *Parrici quaestores* (247 L), qui inverse les termes de la formule habituelle *quaestores parricidi* et remplace *parricidi* par *parrici*⁹. Il n'y a pas à s'attarder sur l'inversion motivée par la nécessité de mettre en vedette le *parricidium*. On la retrouve par exemple à propos du *pontifex maximus* qu'un autre lemme transforme en *maximus pontifex* (113 L). D'autre part, la correction *parri-ci(di)* s'impose, d'autant plus que ailleurs chez Festus (310 L) à propos des questeurs leur titre complet *quaestores parricidi* apparaît sans ambiguïté. Cependant, à partir du postulat de s'en tenir à *parrici*, cette erreur de copiste est devenue une aubaine pour favoriser les jeux de l'étymologie. Meylan a imaginé un substantif *parix*, *paricis*, sac (grec *πήρα*), qui pour *paricidas* justifierait la décomposition en *parici datus*, livré au sac, comme si cette peine s'appliquait à tout meurtrier. Dans l'expression *parrici quaestores* le premier terme serait un datif. Parti d'une inspiration analogue, Pagliaro introduit à Rome des magistrats appelés *parici*, chargés de faire régner une sorte d'égalité entre le crime et la répression : *paria facere*, au nom du talion, si bien

⁸ Meylan, *L'étymologie du mot parricide à travers la formule « paricidas esto » de la loi romaine*, Lausanne, 1928.

⁹ Pagliaro, *Studi Castagnoli*, 1960, II, p. 696 suiv.

que *paricidas* devrait s'entendre comme *paricis datus*, remis aux *parici*. On peut répondre qu'à Rome les magistrats ne sont pas les bourreaux. Dans la même lancée, pour Pisani¹⁰ *paricidas* est un substantif abstrait qui exprime la peine à la manière de : *talio esto*; *-das* serait à interpréter comme *datio* et *parici* serait le génitif de *paricium*, mot formé sur *par*, *paris*. La finalité serait ici encore de *paria facere*. *Paricidas esto* signifierait : «abbia luogo l'irrogazione del *paricium*». Il n'y a qu'un malheur, c'est que tous ces mots : *parix*, sac, *parici*, magistrats, *paricium*, sorte de talion, n'existent pas en latin.

En dehors de ces divertissements savants, on s'accorde en général à admettre que le deuxième terme du composé *paricidas* est non pas *das* mais *-cidas* et vient de *caedere*. En cela la science contemporaine rejoint le sentiment des anciens, Festus, Priscien, et Plutarque¹¹, ce qui en soi n'est pas une garantie. Toutefois ceux qui traduisent *paricidas* par meurtrier ou parricide peuvent éprouver le réconfort que ces deux sens sont attestés à Rome. Mais il serait trop simple de n'avoir qu'à arbitrer entre eux. Avant d'en arriver là, il y a lieu d'apprécier les hypothèses qui interprètent *-cidas* comme un participe passé.

Tondo¹² rend compte du premier élément *pari* – par *pera*, sac, si bien que le *paricidas* est celui qui est mis à mort à l'aide du *culleus*. On voit de la sorte renaître l'idée malheureuse que la noyade est la peine du meurtre. En outre, *pera* est un mot populaire emprunté au grec, qui a pu difficilement entrer dans la composition d'un terme appartenant au vocabulaire archaïque du droit. Et *caedere* s'adapte mal à la peine du sac; ce verbe a commencé par signifier tailler, abattre en coupant, frapper avec un instrument tranchant.

De Visscher¹³ et Coli¹⁴ expliquent *paricidas* comme participe passé du verbe *paricidare*, formé à partir de *par*, *paris*, ce qui donne le sens : *pariter caesus esto*, qu'il soit tué par équivalent, par compensation. C'est la loi du talion appliquée au meurtre. À titre de comparaison est invoqué *damnas* qui s'explique par *damnatos*. *Paricidas* sur ce modèle serait issu de *paricidatos*. Juridiquement l'idée pourrait à première vue sembler bonne, mais le mécanisme linguistique est peu viable. Qu'on n'objecte pas qu'un participe passé s'adapte mal à un ordre destiné à s'appliquer dans le futur. On trouve dans les XII Tables (2, 2) : *dies diffisus esto*, et dans la mancipation : *emptus esto*. La véritable objection est que *paricidare* est un verbe inconnu du latin, et que sa composition à partir d'un adjectif en fonction adverbiale est insoli-

¹⁰ *Paideia*, 1965, p. 189 suiv.

¹¹ Fest. 247 L; Priscien I § 33; Plut. *Rom.* 22.

¹² *Leges regiae e paricidas*, 1973, p. 169 suiv.

¹³ *Études de droit romain*, 1931, p. 435 suiv.

¹⁴ *Studi U. E. Paoli*, 1955, p. 171 suiv.

te¹⁵. Quintilien¹⁶ tient le néologisme *parricidatus*, imputable à l'orateur M. Caelius Rufus, ami de Cicéron, pour intolérable (*vix tolerabile*), soit qu'il s'agisse d'un substantif ayant le sens de *parricidium*, soit qu'on ait affaire à un participe passé (*parricidio occisus*). D'autres difficultés font obstacle à la thèse de De Visscher. On ne voit pas comment un participe passé aurait pu acquérir plus tard les sens actifs de meurtrier ou parricide. *Paricidas* appartient à la même famille que *homicida*, *bucaeda* (CGL 5, 171, 16 *bucidae qui boves caedunt*)¹⁷, *hosticapas* (Paul. Fest. 91 L *hostium captor*). Enfin, au point de vue juridique il n'est pas acceptable qu'une loi archaïque ait prévu la peine de mort sans en préciser la forme, à une époque où chaque type d'exécution capitale a un rituel qui lui est propre, en relation avec le crime qui est puni.

À ce point de l'enquête, il faut renoncer à donner à *paricidas* un sens passif; toutes les tentatives souvent habiles qui recourent à ce type d'explication se soldent par un échec. Ce mot ne désigne pas la peine à laquelle est soumis le délinquant. Ni le supplice du sac ni le talion n'entrent dans une exégèse correcte de la loi de Numa. À la suite de toutes ces éliminations, aucun sens étranger aux sources n'a résisté à l'examen. On se trouve ramené brutalement à la dure réalité, qui d'un texte à l'autre permet de discerner dans le *paricidas* soit le meurtrier en général soit le meurtrier d'un proche. Entre ces deux sens, les linguistes ont depuis longtemps introduit un dilemme pour savoir lequel des deux est premier, en laissant aux juristes le soin d'adapter la *lex Numae* à l'une ou l'autre des deux solutions. Mais avant de se laisser enfermer dans ce choix, il faut d'abord se demander avec Lenel¹⁸ si le *paricidas* n'est pas un autre type de meurtrier, le vengeur du sang.

Dans cette perspective originale, il faut entendre grammaticalement : *paricidas esto*, sur le modèle de : *vindex esto*. *Paricidas* n'est plus le délinquant mais l'auteur de la vengeance. On remonterait au régime le plus archaïque de la répression délictuelle. Il serait tentant de combiner cette explication avec l'étymologie proposée par De Visscher à la condition d'entendre par *paricidas* non celui qui est tué par compensation (*pariter caesus*) mais celui qui tue par représailles. Ce faisant, disparaîtrait la difficulté la plus grave qui pèse sur la thèse de De Visscher. On se débarrasse du malencontreux verbe *paricidare*, dont l'existence n'est guère viable. *Paricidas* apparaît à la manière de

¹⁵ Pagliaro, p. 690 suiv.; G. Bonfante, *Studi Betti*, II, p. 92 note

¹⁶ Quint. *inst.* 1, 6, 42.

¹⁷ Sur *bucaeda*, voir surtout Lenel, *Studi P. Bonfante*, 1930, II, p. 8; cf. Tondo, p. 167 suiv.

¹⁸ *Studi P. Bonfante*, II, p. 1 suiv.

hosticapas comme un mot artificiel de la langue du droit, comme les pontifes et les jurisconsultes savaient en forger. Et il devient inutile de le rattacher à un verbe. Le vengeur du sang est l'agent du talion, il est celui qui tue par équivalent. Les pontifes auraient fabriqué ce mot pour combler une lacune du vocabulaire courant. Sa composition savante, en marge des modes naturels de formation des mots, aurait lancé un défi aussi bien à la linguistique de nos jours qu'aux antiquaires latins.

Il faut, cependant, résister à la tentation d'entrer dans cette voie. Si le *paricidas* est le vengeur du sang, le *parricidium* devient la peine de mort. Et dans les XII Tables c'est le meurtre, il faut s'en tenir là. Un renversement de sens, à l'époque archaïque, des lois royales au code décemviral n'est guère concevable. D'autre part, les romains ont toujours reconnu dans *paricidas* le délinquant, par exemple lorsque Cicéron écrit : *parricida esto* à propos du sacrilège. *Paricidas* ou *parricida* est attribut, non sujet. Sur ce point, il n'y a jamais eu à Rome de variation. On ne peut parvenir à substituer dans la loi de Numa le vengeur au meurtrier que si on est en mesure d'expliquer comment on est passé ensuite d'un sens à l'autre. C'est une acrobatie d'érudit.

* * *

Après ce nouvel échec, on retombe sous la contrainte des textes, à laquelle il est impossible d'échapper. Voilà qui restreint considérablement le champ des jeux étymologiques. Ils doivent s'accorder avec le sens du mot qui est le plus ancien dans les documents juridiques. En bonne méthode, on ne peut aborder utilement le problème de l'étymologie qu'après avoir lu la loi de Numa à la lumière des XII Tables. Le problème juridique a la priorité. Tant qu'on a suivi le chemin inverse, on s'est égaré. Du *paricidas* des lois royales au *parricidium* des XII Tables, il n'y a pas de hiatus, il s'agit du même délit qui est le meurtre dans toute sa généralité. Cette constatation élémentaire aurait dû dès le point de départ orienter la recherche étymologique. Elle condamne toute explication qui voit dans *paricidas* autre chose que le meurtrier d'un homme libre. Voir d'abord en lui le meurtrier d'un proche, c'est prendre pour premier un sens dérivé. Cette option étymologique, qui a eu un succès considérable, a longtemps vicié l'intelligence du droit criminel archaïque.

Il n'est pas question d'expliquer *paricidas* par *patricidas*, car en latin le group *tr* est stable¹⁹ (*matrimonium*). Il n'est pas plus expé-

¹⁹ Leroy Latom. 1947, p. 17 suiv.

dient de rattacher le premier terme du mot au grec πῆος²⁰, lequel a commencé par désigner l'allié et non le proche par le sang²¹. Au point de vue juridique, il n'est pas satisfaisant d'assimiler le meurtre d'un homme libre à celui d'un parent. Cela laisse supposer que la justice criminelle de la cité a pris modèle sur celle de la *gens*. La grande famille aurait d'abord puni les crimes accomplis en son sein entre *gentiles*, et la cité aurait généralisé la répression en appliquant la même peine au meurtrier de tout homme libre. La logique de ce système a conduit à penser que la peine du sac, qui est propre au parricide, aurait par voie d'assimilation été étendue à tout meurtrier, ce qui est une généralisation intolérable. À ce point, le système se détruit lui-même. Il ne peut, d'ailleurs, convaincre que ceux qui pensent que la cité est née d'une fédération de *gentes*, et qu'elle est organisée à l'imitation du régime propre à chacune. Cette philosophie périmée de l'histoire n'est pas parvenue à l'expliquer l'origine de la plèbe, qui en marge des structures gentilices se trouve éliminée de ce processus fédératif. Cette même philosophie n'a pas de prise sur la loi de Numa²².

Une singulière manière de présenter ce type d'explication a tendu, sous la plume de Devoto²³ à ressusciter le thème *paris-caedes* cher aux grammairiens latins tardifs²⁴. Mais, alors que pour eux il s'agit d'une égalité au sein de la cité, celle-ci serait à entendre à l'intérieur de la *gens*, et, à défaut d'une origine indo-européenne pour *par*, Devoto lui en prête une étrusque. À cela il faut répondre, à la manière de Mommsen²⁵, qu'il est tout à fait antiromain de faire sortir le délit de meurtre de la notion d'égalité. Ceci est encore plus vrai dans les limites de la *gens* que au cœur de la cité. L'égalité n'a rien à voir avec l'organisation gentilice.

La revue des principales étymologies proposées n'aura pas été inutile. Sont tombées d'elles-mêmes toutes celles qui font appel à une signification ignorée des romains. Et désormais entre les seuls sens que connaissent les textes le choix n'est pas arbitraire. *Paricidas* n'est pas dans les temps anciens le parricide ou le meurtrier d'un proche, c'est le meurtrier d'un homme libre, comme cela ressort de la loi de Numa : «*Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas*

²⁰ Voir en particulier Gernet, *Rev. phil.*, 1937, p. 13 suiv.

²¹ Wackernagel, *Gnomon*, 1930, p. 454 suiv.; Leifer, *RE*, v. *paricidas*, XVIII, 1474; Benveniste, *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, 1969, II, p. 155.

²² Mac Cormack *Labeo*, 1982, p. 48 suiv. reprend cette explication et l'aggrave en supposant que le meurtrier devient *sacer*.

²³ *Scritti minori*, 1958, I, p. 111.

²⁴ Priscien, I, 33; Isid. *etym.*, 10, 226; voir Brunnenmeister, p. 7.

²⁵ *Droit pénal*, II, p. 325 note.

esto». À présent le problème étymologique devient secondaire. Ce qui importait d'abord, c'était de rendre au mot la valeur qu'il a dans ce texte vénérable, lorsqu'on le lit avec les mêmes yeux que les romains. À travers Festus (247 L), Verrius Flaccus en donne une définition générale qui écarte l'étymologie populaire *patricida* ou *parenticida* : *nam parricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem indemnatum*. Pour revenir à ce point de départ, il aura fallu, par un long détour, soumettre à une critique négative tous les vains essais qui s'en sont écartés.

Le droit criminel archaïque cesse d'être tributaire d'une étymologie, celle-ci n'est plus qu'un complément de la recherche et l'issue n'est pas vitale. Le champ de la spéculation est circonscrit, mais la question ne reste pas sans réponse. Mommsen²⁶ propose l'étymologie *per-caedere*; pour lui le *parricidium* est l'homicide commis par perversité et a pour terme corrélatif *perduellio*, *per* ayant une valeur péjorative comme dans *periurium* etc. Plus près de la vérité paraît Wackernagel²⁷ grâce au rapprochement avec les formes de moyen indien *posa-*, *purisa-*, *purusa*, qui supposent sanscrit **pursa*, homme. Il fait dériver *parri-* de **parso*, si bien que *parricida* voudrait dire «meurtrier d'un homme», comme ἀνδροφόνος. La gémation *rr* remonte alors naturellement à *rs*. Il convient d'ajouter que dans la loi de Numa la forme *paricidas* avec *r* simple se ramène à l'usage du latin archaïque qui évite le redoublement graphique. Si Wackernagel a vu juste, comme beaucoup le pensent, alors une nouvelle pièce s'ajoute au dossier des correspondances institutionnelles, illustrées par *ius* et *rex*, entre le latin et l'indo-iranien à deux extrémités du monde indo-européen.

* * *

Dans les derniers siècles de la République, l'histoire du mot voit sortir de l'usage le sens de meurtrier, qu'enregistre comme un souvenir du passé la littérature savante. Prévalent alors les acceptions de meurtrier d'un proche et parricide. On n'a pas assez remarqué une certaine dissonance entre ces deux emplois dérivés en concours l'un avec l'autre. Pour Plaute²⁸, *parricida* tout court est le parricide et sert d'injure, alors que ailleurs pour un simple proche il est utile d'indiquer le degré de parenté : par exemple *parricida fratris*²⁹. La *lex Pom-*

²⁶ *Droit pénal*, II, p. 324.

²⁷ *Gnomon*, 1930 p. 458.

²⁸ *Pseud.* 362; cf. *Rud.* 651.

²⁹ *Liv.*, 40, 24, 6.

*peia de parricidiis*³⁰ dresse le catalogue assez étendu des victimes. Entre ces significations relativement récentes et de portée différente la langue de la fin de la République ne sait pas choisir. Divers facteurs sont intervenus³¹. La répugnance progressive des romains pour la peine de mort ramène, comme on l'a souvent remarqué, les mots *parricida* et *parricidium* au meurtre des proches, pour lequel reste en vigueur le châtement suprême. Mais l'étymologie populaire *patricida* ou *parenticida*, connue de Plaute³², restreint encore le cercle des coupables, sans que l'on parvienne à sortir du désordre verbal qui, tantôt en accord tantôt en désaccord avec cette pseudo-étymologie, parle de *parricidium* aussi bien pour le meurtre du père que d'un collatéral (Cic. *Cluent.* 11, 31 *fraterno parricidio*). En outre, la peine du sac, réservée à ceux qui ont tué père ou mère, contribua à la spécialisation du mot, si bien qu'à travers lui on a en vue aussi bien ce rituel atroce que le crime lui-même.

Le sens premier du mot ne fut pas effacé du souvenir des romains grâce à la loi de Numa et aux XII Tables. Sur la portée de cette loi royale, les anciens étaient aussi unanimes que de nos jours les savants sont divisés. Non seulement Verrius Flaccus, résumé par Festus (p. 247 L), y voit la charte archaïque du meurtre, mais ailleurs à propos de celui qui tue un *homo sacer* il rappelle la règle : *parricidi non damnatur* (p. 424 L) en restituant à ce terme sa pleine valeur d'autrefois. À ce propos, il cite un fragment de la *lex sacrata* de 494 sur la sacrosainteté tribunitienne (424, 10 L) : «*Si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit*»³³. Ce texte élégant, fort éloigné du style lapidaire de la législation ancienne, ne saurait élever aucune prétention à l'authenticité³⁴. C'est une reconstitution du premier serment de la plèbe, comme les annalistes aimaient à en faire³⁵. Sous cette forme, il démarque la loi de Numa, en même temps qu'il y apporte une dérogation. Ce genre de pastiche n'est pas isolé. Cicéron en fait un littéral dans le *de legibus* 2, 9, 22 : *sacrum sacrove commendatum qui clepsit rapsitve parricida esto*. Cicéron n'assimile pas le sacrilège au parricide mais à l'assassin, comme le faisaient les grecs³⁶. Il copie la loi de Numa en respectant la significa-

³⁰ Sur cette loi, Y. Thomas, *MEFRA*, 1981, 2, p. 643 suiv.

³¹ Mommsen, *Droit pénal*, II, p. 325; Lenel, p. 12; Cloud, p. 13 suiv.

³² *Epid.* 349; Cloud p. 32 suiv.

³³ Sur ce texte : Mommsen, *Staatsrecht*, I, p. 151, n. 1; II, p. 286, n. 2; III, p. 306, n. 1; Ihering, *Esprit du droit romain*, I, p. 287; Brecht, *Perduellio*, 1938, p. 204, n. 3; v. Fritz, *Studies Robinson*, II, p. 893 (inacceptable).

³⁴ Sur ce point, Lenel, p. 11.

³⁵ D. H. 6, 89.

³⁶ Lipsius, *Das attische Recht und Rechtsverfahren*, 1915, p. 443, n. 87.

tion qu'elle avait aux yeux de tous. Il ne l'entend pas autrement que Verrius Flaccus. Le modèle n'est pas défiguré. Il ne l'est pas non plus par Plutarque, lorsque, attribuant à Romulus le précepte de Numa, il écrit : « Il ne fixa aucune peine pour les parricides, mais donna à toute ἀνδροφονία le nom de πατροκτονία, regardant la première comme inexpiable et l'autre comme impossible » (*Rom.* 22, 4). La source de ce texte avait clairement rendu à *parricidium* le sens d'*homicidium*. D'un texte à l'autre, il n'y a pas de divergence chez les anciens dans l'exégèse de cette *lex regia*. Cette concordance aurait mérité plus d'attention. À une époque plus tardive, vont dans le même sens les définitions des grammairiens et des glossaires, groupées en son temps par Brunnenmeister (p. 4-5). De cet ensemble, on peut extraire la remarque exemplaire de Pompeius : *apud maiores nostros homicidas raro legistis, parricidas autem semper*³⁷.

On dit souvent que les anciens se sont trompés : ceux qui portent cette accusation irréfléchie ne se sont pas avisés que les *quaestores parricidi* dans les XII Tables leur apportaient le plus cinglant des démentis. La loi de Numa et le code décemviral parlent du même crime. Ces questeurs n'ont pas été institués en vue de la seule répression du parricide, ce qui ferait d'eux le plus souvent des chômeurs. Plutarque nous a déjà appris qu'il n'existait pas de loi archaïque contre ce forfait monstrueux. C'est un lieu commun qu'on trouve déjà chez Ennius³⁸. Pomponius reconnaît à ces magistrats une compétence assez étendue : D. 1, 2, 2, 23 (XII Tables 9, 4) *propterea quaestores constituebantur a populo, qui capitalibus rebus praeessent : hi appellabantur quaestores parricidi, quorum etiam meminit lex duodecim tabularum*. Ils connaissent d'une pluralité de délits. La loi de XII Tables n'a pas créé ce tribunal du meurtre, elle le met par surcroît au service des crimes assimilés dont elle fait dans les tables 8 et 9 l'énumération. C'est grâce à eux que l'on perçoit le mieux la parenté de la loi de Numa avec le code décemviral. Cette loi royale n'est pas une simple définition. Elle ne se borne pas à dire qu'est assassin celui qui a tué un homme libre. On a tort de parler de tautologie. Le rédacteur du texte ne fait pas de la grammaire. Il étend la qualité de *paricidas* à tous ceux qui ont accompli un crime assimilé au meurtre.

Morti duit est une tournure assez large pour s'étendre à la mort causée sans violence³⁹. Elle doit être rapprochée de l'annonce : *Quiris leto datus* (Fest. 304, 2 L; Varro, *Lingua lat.* 7, 42), lancée par le *prae-co* à l'occasion de l'*indictio funeris*. *Leto dari* désigne le fait de mourir; *morti dare* celui de provoquer la mort. Mais la loi de Numa à tra-

³⁷ Keil, *Gram.* 5, 301.

³⁸ *Hecuba* 217-218, Warmington, p. 298.

³⁹ Mommsen, *Droit pénal*, II, p. 324, n. 1.

vers cette expression a en vue non la mort violente mais celle qui est obtenue par ruse : *dolo*. Le membre de phrase : *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit*, n'a pas le même contenu que *paricidas esto*. Il n'y a pas coïncidence mais opposition. *Caedere* qui est à la racine du mot se rapporte au fait de tuer, notamment avec une arme. Dans *paricidas* l'emploi de la force est mis en évidence. L'adage oppose à celle-ci la ruse. Il proclame que celui qui a usé de machinations pour faire périr un homme libre par exemple par empoisonnement, subira le même sort que l'assassin qui a eu recours à la violence. Ce texte lapidaire fait la somme de tous les crimes assimilés au meurtre dans une formulation synthétique qui leur attribue la ruse comme commune mesure ; ensuite il énonce abruptement le principe que l'auteur de telles manœuvres est lui aussi un meurtrier comme celui qui s'est servi de la force.

On commet habituellement l'erreur de comprendre *dolo sciens* dans cet adage comme si cette clause voulait simplement dire que le crime est volontaire. La loi est ramenée de la sorte à une simple définition du meurtre, et en outre on lui fait dire deux fois qu'il a été accompli intentionnellement, car *paricidas* comme *fur* est de ces mots du vocabulaire délictuel qui laissent entendre clairement que le délinquant a agi de propos délibéré. Dans la loi de Numa, le *dol* est pris dans son sens archaïque de ruse, c'est le contraire de la violence.

Plus tard, dans les derniers siècles de la République la formule *dolo sciens* se modifie et change de sens. Dans diverses lois, elle prend la forme nouvelle : *sciens dolo malo*⁴⁰, et désormais elle désigne l'intention criminelle, la violation intentionnelle de la loi. Alors le *dol* peut être inhérent à la *vis*, au lieu de s'y opposer. Il ne faut pas confondre cette nouvelle clause avec l'ancienne. Elles diffèrent dans la forme et dans le fond. À l'époque des XII Tables, il n'était pas d'usage que le législateur à propos de chaque délit fît mention de la volonté délictuelle. S'il pouvait lui arriver d'y faire allusion, ce n'était pas à l'aide de *dolus* ou *dolus malus*⁴¹ mais par des expressions comme *furtim* ou *noctu*.

La mort infligée sans violence restera un souci constant de la pensée romaine. C'est un des thèmes de la législation criminelle. À l'imitation de *morti dare*, on dira aussi plus tard *neci dare* dans le sens de faire mourir sans recours à la violence : Fest. 158 L *neci datus proprie dicitur qui sine vulnere interfectus est, ut veneno aut fame*. La mort que l'on provoque sans blessure n'est pas seulement l'affaire des lois, ce sujet préoccupe aussi antiquaires et grammairiens, qui à ce

⁴⁰ Mommsen, *Droit pénal*, I, p. 100 ; Pernice, ZSS, 1896, p. 208.

⁴¹ Donat (*ad Ter. Enn.* 515) fait remonter *dolo malo* aux XII Tables assez abusivement ; voir Pernice, p. 207 ; Ferrini, *Diritto penale romano*, 1976, p. 41 suiv.

propos sont à la recherche du mot juste : Fest. 190 *L occisum a necato distingui quidam, quod alterum a caedendo atque ictu fieri dicunt, alterum sine ictu*. Il se peut toutefois que cet emploi de *nex* et *necare* ne date que de la fin de la République⁴².

La loi de Numa distingue la violence et la ruse, mais réserve le même châtement à celui qui use de l'une ou de l'autre. Dans un cas comme dans l'autre, toujours le crime est intentionnel; et dans la loi l'intention criminelle apparaît aussi bien dans le premier grâce au seul mot *paricidas* et dans le second à travers la clause *dolo sciens*. Sous ces deux aspects, violent et non violent, la loi groupe l'ensemble des crimes qui entraînent volontairement mort d'homme, à quoi s'oppose dans une seconde loi, attribuée au même roi, l'homicide par imprudence⁴³. Qu'on ne dise pas que ce contraste devient boiteux, si la mention du dol n'a trait qu'à la ruse. Ces deux lois forment un tout parfaitement équilibré, la première faisant la synthèse du meurtre et des crimes qui indirectement atteignent le même but. Elle distingue diverses sortes de criminalité, en même temps qu'elle les soumet à la même répression. Elle formule clairement le principe d'assimilation.

La loi de Numa n'est pas une loi véritable mais un adage pontifical. Son style n'est pas législatif : au lieu de proclamer la peine de mort, comme le font à diverses reprises les XII Tables, elle use d'un procédé détourné en assimilant un type de criminel à un autre soumis à cette peine. Ce faisant, elle arrive à un degré de laconisme encore plus accentué que le code décemviral et parvient dans un minimum de mots à confondre dans le même sort le meurtrier et tous les criminels qui provoquent par ruse la mort d'un homme libre. Dans un cas isolé on trouve aussi dans les XII Tables l'assimilation d'un délit à un autre, lorsqu'elles appellent *fur manifestus* le voleur qui subit la *perquisitio lance et licio*⁴⁴.

* * *

L'inspiration qui a guidé le rédacteur de la loi de Numa n'est pas isolée. Elle correspond à une préoccupation constante du droit romain, qui n'isole pas le meurtre mais l'associe à toute une gamme d'autres crimes. Les XII Tables et la loi Cornelia *de sicariis et veneficis* dressent de telles listes. L'originalité de la loi de Numa, bien que les romains en fassent une *lex regia*, est d'être un verset pontifical, qui joue le rôle de résumé ou d'aide-mémoire. En quelques mots, il assi-

⁴² Adams, *Glotta*, 1973, 284; Tondo, p. 185; cf. Paul D. 25, 3, 4.

⁴³ Serv. *ecl.*, 4, 43.

⁴⁴ Gaius, 3, 192; 194.

mile au meurtre sans les nommer, toute une série de crimes que diversifient les lois romaines. Les XII Tables font un inventaire des crimes qu'elles confient aux questeurs, parce que comme le *parricidium* ils mettent une vie humaine en péril et peuvent la supprimer. Cette assimilation au meurtre de crimes qui ont en vue une issue fatale n'est pas propre au droit archaïque. Pendant toute la République, elle domine le droit criminel romain. Au dernier siècle ce souci de synthèse n'a pas fléchi, il est toujours présent dans la loi Cornelia *de sicariis*. Il est frappant de constater que dans cette loi la somme des crimes assimilés au meurtre est à peu près identique à l'inventaire des XII Tables.

Cette loi Cornelia est peut-être une loi de circonstance, comme on le dit parfois⁴⁵. Il est exact qu'elle cherche à réprimer le banditisme; dans son chapitre premier elle vise tout d'abord ceux qui circulent armés dans l'intention d'attenter à la personne ou à la chose d'autrui (collat. 1, 3, 1 *de capite eius qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa*). Mais c'est aussi une loi sur le meurtre, elle ajoute aussitôt : *hominemve occiderit*. Et si elle ne prend pas la peine dans cette clause d'indiquer expressément l'intention criminelle, c'est parce que celle-ci est présente d'un bout à l'autre dans ce chapitre premier⁴⁶. Quand cette loi commence par le banditisme pour passer ensuite au meurtre en général⁴⁷, c'est pour répondre aux exigences d'une époque où la sécurité publique était troublée. Les jurisconsultes classiques ne s'y sont pas trompés, ils renversent l'ordre des priorités et placent le meurtre en tête; le banditisme passe au second plan⁴⁸. Ce faisant les juristes d'époque impériale ne défigurent pas la loi, ils se bornent à effacer ce qu'il y avait en elle de circonstanciel pour mieux mettre en évidence sa qualité fondamentale de *Mordgesetz*. Ceux qui veulent voir en elle une simple mesure occasionnelle pour rétablir l'ordre public, se mettent non seulement en contradiction avec la jurisprudence postérieure mais aussi dans l'impossibilité d'expliquer pourquoi cette loi fait le bilan de tous les crimes alors assimilés au meurtre : l'empoisonnement, l'incendie, le meurtre de sorcelle-

⁴⁵ Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens*, 1962, p. 64 suiv.; Cloud, ZSS, 1969, p. 258 suiv.

⁴⁶ Kunkel, p. 66; Wacke, RIDA, 1979, p. 505.

⁴⁷ La lecture incertaine d'après les manuscrits d'un passage du *pro Milone* sur la loi Cornelia : 4, 11 *quae non hominem occidi, sed esse cum telo hominis occidendi causa vetat*, ou bien : *quae non modo hominem occidi*... interdit de donner à ce texte une très grande importance; ou bien l'auteur développe une argutie trompeuse en disant que la loi ne punit pas le meurtre, ou bien il ne fait à l'aide de *modo* que la paraphraser, voir Cloud, ZSS, 1969, p. 260 suiv.

⁴⁸ Marc. D 48, 8, 1 pr; Paul 5, 23, 1.

rie, les abus de la procédure capitale, le faux témoignage dans un procès capital. En dressant cette somme à la suite du meurtre proprement dit, la loi Cornelia fait œuvre de codification⁴⁹, comme avaient fait les XII Tables pour ces mêmes délits ou d'autres comparables.

Pour l'empoisonnement l'intention de tuer est évidente et pour l'incendie présumée⁵⁰. La loi Cornelia frappe aussi l'auteur de sortilèges qui ont pour but d'entraîner la mort⁵¹. Dans cette loi les abus de la procédure capitale ont trait aux *quaestiones perpetuae* : est puni le magistrat président du jury qui accepte sciemment un faux témoignage contre l'accusé d'un crime capital⁵² ou bien qui se laisse corrompre pour de l'argent *ob capitalem causam*⁵³. Est également puni le juré qui dans un semblable procès est convaincu de corruption⁵⁴. Dans tous ces cas la vie d'un homme est en jeu. De même la loi de Sylla assimile au meurtrier celui qui fait un faux témoignage dans un procès capital.

L'énumération des crimes assimilés au meurtre est approximativement la même dans les XII Tables. Elle est dressée dans les tables 8 et 9. D'une loi à l'autre, la continuité est remarquable. Ce qui diffère, ce sont les procédures auxquelles sont soumis ces mêmes crimes. On sait par Cicéron que le code décemviral n'avait prévu la peine de mort que dans un nombre restreint de cas (*Rep.* 4, 10 12 *duodecim tabulae cum perpaucas res capite sanxissent*).

N'entrent pas dans cette liste les crimes d'État que le législateur omet de mentionner : cas par cas leur poursuite est laissée à la discrétion du magistrat. C'est dans la pratique et non dans la loi que les délits politiques trouvent leur définition. D'autre part, dans le code décemviral, les délits contre les moissons occupent une place à part : le vol nocturne des moissons sur pied est puni par la *sacratio* à Cérès du délinquant (8, 9); de même les sortilèges contre les *fruges* (8, 8) donnent lieu à un *supplicium*⁵⁵ qui a sans doute la même finalité. En dehors de ces délits, dont le châtement dévoue le coupable à la divinité offensée, la liste relativement brève des exécutions capitales dans

⁴⁹ Gruen, *Roman politics and the criminal courts*, 1968, p. 262.

⁵⁰ D. 48, 8, 1 pr.

⁵¹ Paul 5, 23, 15; Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, 1979, p. 37.

⁵² D. 48, 8, 1 pr.

⁵³ D. 48, 8, 1, 1.

⁵⁴ Cic. *Cluent.* 56, 153; pour le faux témoignage en dehors de la procédure capitale, voir Hitzig, *RE*, VI, 1974; ordinairement la corruption donne lieu à l'action de *repetundae* contre les jurés : Mommsen, *Droit pénal*, II, p. 352 note.

⁵⁵ Aug. *civ. dei* 8, 19.

les XII Tables répond à un principe unitaire : il s'agit de réprimer le meurtre et les délits assimilés.

1 – Le verset décemviral sur le meurtre volontaire n'a pas été transmis, mais Pline l'Ancien y fait allusion à propos d'un autre cas d'exécution capitale (*n. h.* 18, 3, 12 *gravius quam in homicidio*). Et on sait que les XII Tables en confiaient la répression aux *quaestores paricidi* (9, 4). En outre, on possède le verset complémentaire sur l'homicide par imprudence (8, 24a).

2 – L'incendie volontaire est puni de mort par les décemvirs, parce qu'il met des vies humaines en péril lorsqu'il est allumé dans la maison ou à côté (8, 10).

3 – Il frappent de la même peine l'auteur d'un chant magique qui menace la vie de la victime (8, 1a).

C'est par erreur que l'on considère souvent que *l'occantatio* est elle aussi une pratique magique punie de mort⁵⁶. Comme l'ont montré d'autres recherches⁵⁷, elle n'a rien à voir avec les sortilèges elle est simplement le tapage ou charivari injurieux appelé plus tard *convicium*⁵⁸. Il n'y a là rien de très grave. Cependant, parfois dans l'antiquité on a cru, à la suite d'une série de confusions, que *l'occantatio* prise pour le *carmen famosum* était soumise à la même peine que le *malum carmen*, entendu par erreur lui aussi comme chant diffamatoire⁵⁹. À la suite de ces méprises accumulées se répandit l'opinion rappelée par Cicéron que les XII Tables punissaient de mort cette sorte de diffamation. En réalité, dans cette loi *l'occantatio* ne donnait lieu qu'à une bastonnade. C'était une correction purement privée, de nature infamante et parfaitement proportionnée à titre de talion à l'injure subie (*Hor. cit. formidine fustis*; Cornutus *ad pers. sat.* 1, 123; *lege XII tab. cautum est ut fustibus feriretur, qui publice invehebatur*). Une confusion supplémentaire fit prendre cette simple bastonnade pour le *supplicium fustuarium* (Porphyr. *ad Hor.* 2, 1, 154 *fustuarium supplicium constitutum erat in auctorem carminum infamium*), alors que ce type d'exécution ne se pratique qu'aux armées. En conclusion *malum carmen* et *occantatio* sont deux choses profondément différentes dans les XII Tables, et seul le premier donne lieu à une exécution capitale.

⁵⁶ En dernier lieu Manfredini, p. 29 suiv.

⁵⁷ Brecht, *RE*, v. *occantatio*, XVII, 1752 suiv.; Momigliano, *Quarto contributo*, 2, p. 949; Tupet, *La magie dans la poésie latine*, 1976, p. 168.

⁵⁸ Fest. *occantassint* 190 L.

⁵⁹ Cic. *Rep.* 4, 10, 12 *si quis occentavisset sive carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri*; Hor. *epist.* 1, 2, 152-155 *lex... malo quae nollet carmine quemquam describi*.

4 – Les décemvirs (8, 23) prévoient contre le faux témoignage la précipitation du haut de la Roche Tarpéienne⁶⁰. Lorsqu'il intervient au cours d'un procès capital, l'assimilation au meurtre est évidente. Mais la peine est la même s'il s'agit d'un procès civil, la loi ne faisant à cet égard aucune distinction. C'est que le débiteur, s'il ne paie pas, risque d'être coupé en morceaux. Que la procédure soit capitale ou civile le faux témoignage peut provoquer aussi bien une conclusion fatale.

5 – Les XII Tables (9, 3) punissent aussi de mort le *iudex arbiterve* qui s'est laissé corrompre. L'*arbiter* par exemple dans l'*arbitrium liti aestimandae*⁶¹, est appelé à prononcer comme le *iudex* une condamnation pécuniaire, dont le défendeur ne sera pas toujours en mesure de s'acquitter sous peine d'être mis à mort par l'adversaire. La corruption du juge ou de l'arbitre est à ce titre, comme le faux témoignage, assimilé au meurtre.

6 – Les décemvirs (9, 5 = Marcianus D. 48, 4, 3) prévoient enfin la peine capitale contre celui : *qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit*⁶². Tant que l'on a vu dans de tels forfaits des variétés du crime d'État, on s'est mis dans l'impossibilité de comprendre pourquoi ils figurent dans les XII Tables. Cette loi est muette sur ce qu'on appellera plus tard la *perduellio*. Les délits politiques sont poursuivis de plein droit par le magistrat, sans qu'il ait à recevoir à cet égard une habilitation de la loi. Si les décemvirs s'en prennent à celui qui excite l'ennemi ou lui livre un citoyen, c'est par assimilation au meurtre d'agissements susceptibles d'entraîner mort d'homme. Si ce résultat est atteint, la procédure est celle du *parricidium*.

On est, à présent, en mesure de saisir ce que veut dire Pomponius, lorsqu'il déclare que dans les XII Tables les *quaestores parricidi* sont les magistrats : *qui capitalibus rebus praeessent* (D. 1, 2, 2, 23). Le code décemviral n'a pas à traiter du crime d'État. Abstraction faite des délits contre les moissons, qui donnent lieu à une *consecratio capitis*, il ne punit de mort que le meurtre et les crimes assimilés. Telle est la compétence des *quaestores parricidi*. Ils sont le tribunal du meurtre et ils connaissent non seulement du *parricidium* proprement dit mais aussi des crimes de la même famille que la loi énumère.

En somme, les XII Tables, en dehors des cas où le délinquant tombe sous le coup de la *consecratio capitis*, n'usent de la peine de mort qu'à l'encontre des criminels qui ont tué ou mis d'une autre manière la vie d'un citoyen en péril. L'exécution capitale est l'instrument du talion. La suppression d'une vie humaine est compensée par

⁶⁰ Mommsen, *Droit pénal*, II, p. 352, 390; Mac Cormack, *BIDR*, 1973, p. 241.

⁶¹ Magdelain, *RIDA*, 1980, p. 205 suiv.

⁶² Mommsen *Droit pénal*, II, p. 237 n. 1; 246, n. 3; 247, n. 2.

celle du coupable. Dans le cas de l'incendie volontaire, l'équilibre entre le délit et la peine va jusqu'au point de faire périr par le feu le coupable.

Le sort que les XII Tables réservent au voleur manifeste vérifie ces principes. S'il met en jeu la vie du volé, celui-ci peut le tuer : la loi (8, 12-13) admet cette légitime défense, si le vol est nocturne ou le voleur armé. En dehors de ces circonstances aggravantes, les décemvirs ordonnent simplement que le voleur manifeste fasse l'objet d'une *addictio* au profit du volé : Gell, 11, 18, 8 *ex ceteris . . . manifestis furi-bus liberos addici iusserunt ei cui furtum factum esset*. Gaius mentionne ce précepte décemviral et appelle *poena capitalis* cette *addictio* : 3, 189 *poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat*. Il n'y a pas à extraire de ce texte une prétendue mise à mort du voleur, là où la loi ne parle que d'*addictio*; et rien n'autorise à supposer, comme on l'a fait⁶³, que les décemvirs aient ajouté : *capital esto*. Dans la langue de la jurisprudence impériale, on entend par *poena capitalis* non seulement la peine de mort mais aussi d'autres peines qui entraînent la perte de la liberté ou du droit de cité⁶⁴. Or le voleur *addictus* devenait esclave, comme l'indique le juriste Sextus Caecilius : Gell, 20, 1, 7 (*lex*) *furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit*⁶⁵. C'était bien assez à l'époque de Gaius pour pouvoir parler de *poena capitalis*, encore que les *veteres* aient introduit une controverse tardive pour savoir si ce voleur ne devait pas être traité simplement comme un débiteur insolvable après *manus iniectio*. Cette solution n'est guère élégante, car elle oublie que jusqu'aux réformes prétoriennes le *fur manifestus* n'est tenu d'aucune dette et que sauf pardon tout rachat est exclu, puisqu'aucune condamnation pécuniaire n'est intervenue⁶⁶. Ainsi dans le droit des XII Tables, seul peut être tué sur le champ le voleur qui menace la vie du volé ou de sa famille. S'il ne fait pas courir ce risque, en agissant de jour et sans arme, la loi n'autorise pas son exécution après *addictio*, si c'est un homme libre. Il devient esclave, et les dispositions décemvirales sur le débiteur insolvable, lequel reste libre, ne le concernent pas, en particulier le verset *partes*

⁶³ Wlassak, ZSS, 1904 p. 100; sur cette hypothèse : E. Levy, *Kapitalstrafe*, 1931, p. 11 suiv.

⁶⁴ Mommsen, *Droit pénal*, III, p. 242; E. Levy, p. 43 suiv.

⁶⁵ Il faut citer aussi Caton *ap.* Gell. 11, 18, 18 *fures, inquit, privatorum furto-rum in nervo atque compedibus aetatem agunt*. Sur ce texte : Peppe, *Studi sull'esecuzione personale*, 1981, 1, p. 192.

⁶⁶ Mommsen, *Droit pénal*, III, p. 55; 242, n. 2; 288, n. 2; cf. Liebs, ZSS, 1968, p. 236.

secanto. C'est seulement en vertu de sa condition servile que sa vie est soumise à la discrétion de son maître.

Le vol manifeste sans circonstance aggravantes ne déroge pas à l'inspiration générale des décemvirs sur la peine de mort, qu'ils réservent, sauf le cas de *consecratio capitis* ou d'autres exceptions inconnues, à la sanction du meurtre et des crimes assimilés. Au point de vue du droit criminel, les XII Tables se bornent, moyennant ces restrictions, à codifier l'ensemble des cas qui entrent dans la compétence des *quaestores parricidi*, selon qu'il s'agisse ou du *parricidium* ou des crimes qui poursuivent le même but.

Il est, à présent, possible de percevoir la relation exacte qui rattache la loi de Numa au code décemviral. Ce sont des genres très différents de sources du droit. Les XII Tables font l'inventaire précis des criminels qui relèvent du tribunal du meurtre. La loi de Numa est un adage pontifical qui résume en quelques mots la fonction de ce tribunal. Elle assimile au *parricidium* toutes les manœuvres qui entraînent par dol la mort d'un homme libre. Cette synthèse embrasse en raccourci, sauf *consecratio capitis*, tous les cas pour lesquels les XII Tables prévoient la peine de mort. L'adage *paricidas esto* est inséparable des *quaestores parricidi*. Il reflète en abrégé tout le champ de leur compétence, tel qu'il est délimité par les décemvirs. Et plus clairement que leur code il énonce le principe que sont assimilés au meurtre tout un lot de crimes qui par des voies détournées ont le même effet. Ce principe, qui reste implicite dans l'inventaire décemviral des délits punis de mort, s'exprime de façon claire et distincte à travers un verset pontifical, qui se pare de l'autorité d'un roi.

Un tel adage, qui joue le rôle de memento, ne peut être que postérieur aux XII Tables. Les décemvirs ne procèdent que par cas d'espèce, ils ne formulent jamais de principes généraux. Une telle démarche est le produit de la jurisprudence pontificale. Ce n'est pas une loi, mais c'est en réduction l'image du droit criminel au sein des XII Tables. Par rapport au style des décemvirs la langue a évolué : *si qui* est une tournure plus récente que leur usage de taire le sujet du verbe⁶⁷. *Dolo sciens* est une clause qu'ils ignorent qu'on retrouve rajeunie sous la forme *sciens dolo malo* dans les lois des derniers siècles de la République. Dans les XII Tables, l'élément intentionnel s'exprime clairement dans la seule qualification du délit (*iniuria, furtum* etc.)⁶⁸.

La loi complémentaire, attribuée au même roi, sur l'homicide par imprudence apporte, par son mode assez récent de formulation la meilleure preuve que la loi principale elle-même est aussi peu archaï-

⁶⁷ Brunnenmeister, p. 117.

⁶⁸ Kaser, *R. Privatrecht*, 2^e éd., I, p. 155, 504.

que. Au lieu de décrire un cas particulier, comme font les XII Tables (8, 24-a *si telum manu fugit*) ce deuxième adage définit un principe général : *si quis imprudens occidisset hominem* (Serv. ecl. 4, 43). La facture des deux prétendues lois royales est nettement postérieure aux décemvirs.

* * *

Les pastiches qui ont été faits de la loi de Numa respectent le sens premier de *paricidas*, bien que dans la langue courante le mot en soit venu à désigner le parricide ou le meurtrier d'un proche. Il est assez remarquable que la reconstitution du premier serment de la plèbe ait pu influencer la définition que Verrius Flaccus donne du meurtre. Il a tenu compte de la formule : *parricida ne sit* (Fest. 424, 9 L) par laquelle la première loi sacrée de la plèbe est réputée avoir exempté de la peine de mort le meurtrier de *l'homo sacer* qui a porté atteinte à l'inviolabilité des tribuns. Le rapprochement des deux textes a conduit Verrius Flaccus à définir le *parricida* comme le meurtrier d'un *indemnatus* (Paul. Fest. 247, 21 L *qualemcumque hominem indemnatum*). Cette définition à première vue surprenante cesse de déconcerter dès qu'on se souvient que pour Verrius Flaccus *l'homo sacer*, avant d'être mis à mort par le premier venu, a dû faire l'objet d'un *iudicium populi*: Fest 424 L *at homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficio*. L'erreur de cette proposition a été reconnue depuis longtemps⁶⁹. On sait que la qualité d'*homo sacer* s'acquiert sans aucune procédure, par l'accomplissement du délit. Pour Verrius, au contraire, celui qui tue *l'homo sacer* est couvert par le jugement qui déclare sa sacralité. C'est pourquoi inversement, à ses yeux, le meurtrier ordinaire, privé d'une telle justification, est celui qui a tué un *indemnatus*.

La fascination qu'exerçait à Rome la loi de Numa sur les gens cultivés, se manifeste à travers un autre pastiche dont Cicéron est l'auteur : *Leg. 2, 9, 22 sacrum sacrove commendatum qui clepsit rapsitve parricida esto*⁷⁰. C'est une erreur de croire que ce verset archaisant assimile la sacrilège au parricide. En Grèce cette assimilation n'est qu'occasionnelle⁷¹. Et s'il est bien vrai qu'en rédigeant ce texte Cicéron avait la hiérosylie pour modèle, il reproduisait tout simplement le lieu commun de la littérature grecque qui rapproche le sacrilège du

⁶⁹ Mitteis, *R. Privatrecht*, p. 25, n. 5.

⁷⁰ Sur ce texte en particulier : Brunnenmeister, p. 183; Gnoli, *SDHI*, 1974 suiv.; Tondo, p. 144.

⁷¹ Plat. *Lois*, 9, 854 e, 869 a-b.

meurtre comme de la trahison⁷². Ce faisant dans ce pastiche non exempt de pédanterie il donnait à *parricida* le même sens que dans la loi de Numa, qu'on ne saurait l'accuser de mal comprendre. Il faudrait beaucoup d'audace pour affirmer qu'il l'ait interprétée autrement que Verrius Flaccus⁷³.

Dans l'usage courant le mot *parricida* ne donne pas lieu à de savantes spéculations inspirées de la loi de Numa. Il s'agit tout simplement du parricide et le mot sert d'injure⁷⁴. C'est une manière de dire que quelqu'un est bon pour la peine du sac. Cet emploi du mot n'est pas confiné au simple rôle de l'invective, on le retrouve dans l'annalistique à propos de l'anecdote légendaire du prêtre M. Atilius qui divulgua le contenu des livres sybillins sous Tarquin le Superbe : à la manière d'un parricide (D. H. 4, 62, 4 ὡς πατροκτόνον), il fut cousu dans un sac, et cela donna lieu à de vaines discussions pour savoir si cette peine avait commencé par sanctionner l'impiété ou le meurtre du père⁷⁵. Ce récit ne concerne pas le sacrilège, qui est autre chose, et reste isolé. Il est le fruit d'une assimilation arbitraire d'un délit religieux avec le parricide, conçu comme le pire des forfaits⁷⁶.

⁷² Demosth. *contre Aristocrate* 26; Antiphon, *meurtre d'Hérode* 10; Plat. *Lois* 9, 857 a, 871 a-d; voir Lipsius, *Das attische Recht und Rechts verfahren*, 1915, p. 443, n. 87.

⁷³ Pour une exacte compréhension du texte de Cicéron, voir Mommsen *Droit pénal*, II, p. 222, n. 1; 325, n. 1; III, p. 76, n. 2.

⁷⁴ Plaut. *Pseud.*, 362; *Rud.* 651.

⁷⁵ Val. Max., 1, 1, 3; Zonar. 7, 11.

⁷⁶ Il est difficile d'apprécier dans quelle mesure la légende de M. Atilius s'est inspirée de la peine grecque du katapontismos qui frappe parfois l'impiété; cf. Tondo, p. 143.

DE LA COERCITION CAPITALE DU MAGISTRAT SUPÉRIEUR AU TRIBUNAL DU PEUPLE

1. – Mommsen a présenté une synthèse du droit pénal républicain qui se déroule comme un système d'une parfaite simplicité. La science contemporaine a détruit ce système pièce à pièce, si bien qu'il n'en subsiste plus que des éléments isolés, dont la valeur ne saurait être sousestimée. De nouvelles synthèses ont été proposées, qui se sont révélées à leur tour caduques. La matière doit à présent être maniée avec précaution et modestie. Au point de départ de toute nouvelle enquête, on retrouve le contraste, tenu pour fondamental par Mommsen, entre coercition et juridiction.

La coercition capitale des magistrats supérieurs a pour symbole les faisceaux des licteurs, dont les verges et la hache concourent au supplice du coupable, flagellé d'abord, décapité ensuite. Cette coercition n'offre pas au citoyen les garanties d'une procédure rigoureuse, qui est au contraire le propre du tribunal du peuple. Comment est-on passé d'un régime à l'autre, voilà l'interrogation qui se pose à l'historien du droit. Les Romains avaient une réponse toute prête. A leurs yeux, dès l'an I de la République, une loi¹ avait institué l'appel au peuple contre la coercition capitale des consuls. Peu après, entre toutes les assemblées populaires, les XII tables (9, 1-2) auraient réservé aux centuries le soin de prononcer la peine de mort. Par ces réformes, la République dès ses débuts aurait protégé la liberté du citoyen, contre l'arbitraire du magistrat. L'annalistique illustra ces principes par des procès politiques, qui vinrent embellir le récit de la querelle patricio-plébéienne. Ces falsifications ne résistent pas à la critique. A sa naissance, la République romaine n'était pas une démocratie. On a raison de penser que l'appel au peuple n'appartient pas au droit archaïque. Le citoyen, n'a pas alors d'autre défense que *l'auxilium* des tribuns de la plèbe. On sait à présent que les procès capitaux de l'ancien temps sont légendaires. On ne croit plus à l'authenticité du

¹ Rotondi, *Leges publicae* 190. Pour une vue synthétique du droit criminel sous la République, voir l'exposé de Pugliese dans l'ouvrage collectif : Arangio Ruiz, Guarino, Pugliese, *Il diritto romano* (1980) 249-281.

verset décemviral qui confie aux centuries la peine de mort. Il suffit de faire la synthèse de ces diverses critiques pour éliminer totalement la justice comitiale des premiers temps de la République, cette démonstration est aisée. C'est une tâche beaucoup plus délicate d'apprécier comment et à quelle époque la coercition capitale du magistrat supérieur a été remplacée par le tribunal du peuple. Ainsi posé, le problème évoque la méthode de Mommsen dans son *Strafrecht*, mais l'appel au peuple n'a pas eu le rôle qu'il lui prête dans le passage de la coercition à la justice. On sait aujourd'hui grâce à un mémoire fondamental de Chr. Brecht (ZSS. 1939 p. 261-314) que la *provocatio* est absente des procès capitaux devant les comices. L'histoire du droit pénal repose sur un paradoxe. La législation *de provocatione* en a changé le cours, mais le tribunal du peuple ne statue pas en appel.

2. – Lorsque le peuple acquit le droit de prononcer seul en dernier ressort la peine de mort, ce fut aux comices centuriates², entre toutes les assemblées populaires, que revint cet honneur. Les centuries étaient l'assemblée la plus importante : elle élisait les magistrats supérieurs et déclarait la guerre. A côté d'elle, les comices tributes avaient une moindre compétence et faisaient figure de *comitia leviora* (Cic. *Planc.* 7). Les curies n'étaient plus qu'un fossile institutionnel, et il ne pouvait être question de leur confier une pareille tâche. Les Romains n'avaient aucune peine à reconnaître les centuries dans l'adage attribué aux XII tables : 9, 1 *de capite civis nisi per maximum comitiatum . . . ne ferunto*. Par *comitatus maximus*³, c'est une erreur de comprendre l'assemblée la plus nombreuse. Si tel était le sens de cette expression, elle s'appliquerait indifféremment aux centuries, aux tribus, aux curies, qui toutes groupent *l'universus populus*⁴, patriciens et plébéiens confondus. Seul serait exclu le concile de la plèbe, dont les patriciens sont absents, et rien dans l'adage n'attirerait l'attention sur les centuries. Ce sont elles, au contraire, qu'il faut reconnaître dans *comitatus maximus*, s'il s'agit de l'assemblée souveraine. *Maximus* a souvent ce sens. Ainsi le *praetor maximus* dans une loi archaïque du temple de Jupiter Capitolin est le consul qui plante le clou sacré du 13 Septembre (Liv. 7, 3, 5). C'est alors un magistrat sou-

² Cic. *leg.* 3.44; *Sest.* 65; *rep.* 2.61; *de domo* 86. Lorsque Cicéron (*Phil.* 1.21-22) à propos de la *rogatio Antonia de provocatione* de 44 parle de foule vénale, pense-t-il aux tribus plutôt qu'aux centuries, on en discute (J. Martin, *Herm.* [1970] 77-78). Quelle que soit la procédure prévue par cette *rogatio*, la compétence des centuries en matière capitale est dans l'œuvre de Cicéron jusqu'à cette date une donnée constante.

³ Sur cette expression, Magdelain, *Iura* 20 (1969) 280 suiv. Voir les justes remarques de Guarino, *L'ordinamento giuridico romano* (1980) 162 suiv.

⁴ Magdelain *CRAI.* (1979) 698 suiv.

verain, héritier des rois selon l'image courante que l'on se faisait du consulat (Cic. *leg.* 3, 8 *regio imperio duo sunt*). Cela n'aurait aucun sens de parler du magistrat le plus élevé, en un temps où au dessous du consul on ne discerne que son infime auxiliaire, le questeur. Parallèlement, le *comitiatus maximus* est, de toutes les assemblées populaires, la seule qui est souveraine et ne peut être que les centuries qui éclipsent les autres formes de comices. L'un des aspects de ce prestige est précisément leur compétence exclusive en matière capitale. Mais pour tenir un tel langage, encore faut-il que la primauté du peuple soit reconnue. Cette mutation du droit constitutionnel ne s'est pas produite avant le III^e siècle, quand la ratification des votes populaires par les *patres* est passée au rang de formalité et que une loi Valeria de l'an 300 a imposé aux magistrats supérieurs la *provocatio ad populum*. On ne pouvait pas parler plus tôt de souveraineté populaire. L'adage attribué aux XII tables est d'une facture récente. Quand fut réservé au peuple le droit de prononcer la peine capitale, on se recommanda de la plus prestigieuse des lois. La justice comitiale, une fois en vigueur, reçut de la sorte sa meilleure justification. L'adage sur la peine de mort appartient aux « stratifications » récentes qui sont venues s'ajouter au texte décemviral.

Les Romains s'engagèrent très loin dans la voie des falsifications, on peut même dire qu'ils le firent de façon systématique. A un faux verset de XII tables ils firent correspondre dans les temps héroïques de faux procès. On observe, principalement au V^e siècle et encore au IV^e, une efflorescence de procès capitaux, conduits devant le peuple soit par des tribuns de la plèbe, soit par des *duumviri perduellionis*, soit par les questeurs, sans qu'aucun ait pu résister victorieusement à la critique. C'est seulement à partir du III^e siècle que de tels procès sont authentiques et que les comices prononcent la peine de mort. L'année 300 avec la *lex Valeria de provocatione* marque un tournant.

A propos des procès tribunitiens, l'annalistique se conforma avec rigueur à l'adage *de capite civis* attribué aux décemvirs. Avant les XII tables, en attendant dans l'esprit des Romains que la compétence des centuries soit affirmée par ce code en matière capitale, les annales foisonnent de procès conduits par les tribuns devant le tribunal révolutionnaire de la plèbe⁵. Parmi ces procès, suspects ne serait-ce que par leur nombre, il convient de rappeler ceux de Coriolan et de Kaeso Quinctius. Ce tribunal révolutionnaire est une invention annalistique, qui est venue habilement s'insérer entre la chute des rois et les XII tables, à une époque où les tribuns mènent selon la tradition un combat sans merci contre le patriciat. Mais après 450, quand la peine de

⁵ Ch. Brecht, *Perduellio* (1938) 281 suiv.; cf. Mommsen *Staatsrecht* 2.301 = *Droit Public* 3.346-347.

mort est devenue l'affaire exclusive des centuries aux yeux des Romains cultivés, ce tribunal n'a plus qu'à s'évanouir. Son temps est révolu, il ne comptera plus que comme le souvenir d'une lutte héroïque. Vient alors le tour des sentences capitales prononcées par les centuries ou bien, si on renonce à les saisir, de simples amendes votées par les tribus⁶. Les annales remplacent le drame d'un tribunal de la plèbe par le triomphe du *comitiatus maximus*. Ce renversement de compétence s'articule sur un précepte décemviral. Cette construction élégante a séduit de nos jours quelques savants, d'autant plus aisément qu'elle paraît se recommander d'un texte de loi. Il n'y a qu'un malheur, c'est que ce texte est apocryphe et fait remonter la souveraineté populaire en un temps où *maximus* était alors le consul, dit *praetor*, et non l'assemblée centuriate.

La critique de l'adage *de capite civis*, à elle seule, suffit à ruiner les corollaires que l'annalistique a déduits de ce texte, tout au long d'une fresque historique qui va du premier âge républicain au début du III^e siècle. En fait, la critique de cet adage a été précédée, au cours de la recherche historique, par celle du catalogue des procès capitaux pendant cette période. Ces deux démarches aboutissent au même résultat. Des XII tables au début du IV^e siècle, s'échelonnent devant les centuries quelques procès tribunitiens, dont aucun n'a été retenu pour authentique⁷. En dehors des invraisemblances propres à chacun, on est d'accord pour admettre qu'en ce temps de lutte de classes, il ne se serait trouvé, avant l'accès de la plèbe au consulat, aucun consul disposé à déléguer à l'occasion de procès politiques ses auspices à un tribun pour lui permettre de présider les centuries.

En somme, du début de la République aux lois Liciniennes, aucun procès tribunitien, qu'il se déroule avant les XII tables devant le tribunal révolutionnaire de la plèbe ou après cette loi devant les centuries, n'échappe à la présomption d'inauthenticité. Dans cette période, ces procès sont nombreux, parcequ'ils servent aux annalistes à illustrer la querelle des deux ordres. Le plus souvent ils n'aboutissent pas à l'exécution capitale, mais s'achèvent par l'exil, la mort ou le suicide du coupable, ou bien la poursuite est abandonnée. Les annalistes n'ont pas osé inventer de toutes pièces une exécution que n'aurait pas vérifiée la chronique pontificale. Ils ont imaginé d'autres issues. Ensuite, des lois Liciniennes au III^e siècle, il n'est plus question de procès tribunitiens devant les centuries, si ce n'est pour des affai-

⁶ Voir la liste des amendes chez Ridley *Klio* (1980) 348 suiv.

⁷ Girard, *Organisation judiciaire* 152 suiv.; Botsford, *Roman Assemblies* (1909) 245 suiv.; Siber, *Die plebejischen Magistraturen* 74 suiv.; Bleicken, *Volkstribunat* (1968) 9 suiv.; 113 suiv.

res de mœurs⁸, qui méritent d'autant moins d'attention que ce type de délits n'a jamais fait partie de la compétence des tribuns. Après l'accès de la plèbe au consulat, les annalistes n'éprouvent pas le besoin d'inventer des procès politiques. Il faut attendre le III^e siècle pour observer les premiers procès tribunitiens authentiques pour crime d'état.

La tradition offre d'autres exemples, à l'époque ancienne, de procès conduits devant le peuple, dont elle remet l'instruction soit à des *duumviri*, soit à des questeurs; mais ils n'inspirent pas plus de confiance que ceux que l'on prête aux tribuns. La magistrature des *duumviri perduellionis* est un produit de l'annalistique⁹. Sa raison d'être est de décharger le roi de la tâche ingrate de poursuivre Horace, héros national, meurtrier de sa sœur (Liv. 1, 26). Les questeurs n'existaient pas encore au temps des rois¹⁰. Il eut été commode de leur confier un procès pour meurtre, conformément à leur compétence. Il fallut trouver autre chose. On s'en tira en accusant Horace de *perduellio*: Horatia avait pleuré un ennemi, le meurtre était politique. On rédigea une pseudo-loi royale, pour justifier cette procédure (Liv. 1, 26, 6). Sous le consulat de Cicéron, le procès de Rabirius est une copie de celui d'Horace. On exhuma alors les duumvirs *ex annalium monumentis* (Cic. *Rab. perd.* 15). En dehors de cette farce juridique, ils n'ont jamais existé que dans les annales. Et même là leur diffusion fut presque nulle. En dehors d'Horace, qui est un personnage de légende, ils n'auraient poursuivi que le célèbre *affectator regni*, M. Manlius Capitolinus¹¹. Mais selon une sèche notice annalistique, qui est la source la plus ancienne que l'on possède sur sa fin, il succomba à la force et fut tué sans jugement¹². Ceci est conforme au tour violent qu'avait pris la *Manliana seditio*¹³. Manlius avec sa suite occupa le Capitole dont il fallut le déloger¹⁴. Les annales eurent ensuite à cœur d'effacer une conclusion aussi peu glorieuse et de donner une

⁸ Liv. 8.28; Val. Max. 6.1.11; Voir Botsford 247; Siber 78 suiv.

⁹ Magdelain, *Hist.* (1973) 405-522. Récemment sur ces magistrats: Santalucia dans *Du Châtiment dans la cité* (1984) 439 suiv. (Collection de l'Ecole française de Rome 79); Giovannini, *Mus Helv.* (1984) 21 suiv.

¹⁰ Mommsen, *Staatsrecht* 2.525. Telle est la doctrine des annalistes et antiquaires. Les juristes de la fin de la République (D, 1.13, 1 pr.) croyaient à une origine royale de la questure, précisément pour lui confier le procès d'Horace voir *Hist.* (1973) 408.

¹¹ Liv. 6.20.12; cf. Wiseman, *Hist.* (1979) 32-50; Valvo, *La sedizione di Manlio Capitolino*, *Mem. dell'Ist. Lombardo* 28 (1983) 48 suiv.

¹² Diod. Sic. 15.35.3: voir G. De Sanctis, *Storia dei Romani* 2 (réimp. 1960) 184.

¹³ Sur cette expression Liv. 6.18.1.

¹⁴ Dio Cass. fr. 26, 2; Zon. 7.23.

apparence juridique à la fin du héros dévoyé. Un procès dramatique vint embellir le récit, mais il reçut deux versions, l'une tribunitienne, l'autre duumvirale¹⁵. La première, ménageait un effet d'une grande intensité en faisant tomber du haut de la Roche Tarpéienne, selon le mode d'exécution cher aux tribuns de la plèbe, le sauveur du Capitole. Mais il était fâcheux que l'ami des pauvres fût accusé par des représentants de la plèbe. La version duumvirale, plus neutre, ne présentait pas cet inconvénient. A elle seule, elle ne suffit pas à extraire ces magistrats de la légende, dont ils ne sortirent que pour poursuivre Rabirius.

En dehors du procès d'Horace et de celui de Manlius, tous deux inventés, l'annalistique ne fait aucun usage de ces magistrats pour poursuivre les crimes d'état. Les tribuns de la plèbe lui suffisent. Dans un cas, toutefois, les annalistes se sont privés du recours aux tribuns, il s'agit de Sp. Cassius, accusé lui aussi d'aspirer à la tyrannie. Les maîtres du récit historique ne voulurent à aucun prix confier, à l'aube de la République, la sauvegarde de la constitution aux représentants de la plèbe, qui étaient alors des agents révolutionnaires. Le procès de Cassius fut instruit soit par son père, soit par des questeurs¹⁶. Cette dernière version est désespérée, car ces magistrats ne poursuivent que les crimes de droit commun¹⁷; et on a raison de penser que le jugement domestique fut imaginé pour échapper à cette absurdité juridique. Il reste qu'on ne songea même pas aux duumvirs, qui seraient venus à point nommé. Ils n'occupaient pas grand place dans l'esprit des annalistes. Dans la pratique, ils n'en occupaient aucune.

L'annalistique fait appel parfois aux questeurs pour poursuivre devant le peuple de grands personnages du passé. S'agissant de Sp. Cassius, on vient de voir que la *perduellio* n'entrait pas dans leur compétence, qui n'excède pas les crimes de droit commun. A propos de Camille, cette compétence est respectée : un questeur l'accusa de péculat devant les centuries¹⁸, l'affaire était donc capitale. On a d'autres versions du procès de Camille. On rapportait aussi qu'un tribun de la plèbe le fit condamner par le peuple à une forte amende, pour partage injuste du butin¹⁹. Selon Diodore, le motif de l'amende fut qu'il avait triomphé avec un attelage de quatre chevaux blancs²⁰. On discute pour savoir laquelle de toutes ces versions est la plus ancien-

¹⁵ Liv, 6.20.12.

¹⁶ Liv. 2.41; voir Magdelain, *Hist.*, (1973) 414.

¹⁷ Mommsen, *Strafrecht* 155, 615.

¹⁸ Plin. *n. h.* 34.13; Plut. *Cam.* 12.1; Cic. *de domo* 86.

¹⁹ Liv. 5.32, 2; Florus 1.22.4.

²⁰ Diod. Sic. 14.117.6.

ne²¹. Chacune avait pour but d'expliquer l'exil du grand homme. On a remarqué que la version questorienne est postérieure à la guerre hannibalique : le nom du questeur qui instruisit l'affaire, Sp. Carvilius, est emprunté au procès du fournisseur aux armées, M. Postumius Pyrgensis, poursuivi en 212 par les tribuns de la plèbe Sp. et L. Carvilius²². Il faut ajouter ceci : le questeur qui inculpa Camille devant les centuries avait besoin d'un prêt d'auspices pour présider cette assemblée. Or, on le verra, c'est seulement à partir du III^e siècle que les questeurs recourent à cet artifice, introduit pour eux par un document officiel, postérieur à l'apparition du préteur pécgrin, connu sous le nom de *commentarium anquisitionis*²³.

La même objection s'adresse au procès comitial que des questeurs auraient intenté en 459 contre un nommé Volscius Fictor pour faux témoignage. Le chef d'accusation est juridiquement correct et entre dans la compétence des questeurs, ce délit étant assimilé au meurtre²⁴. Mais l'affaire se greffe sur le procès légendaire de Kaeso Quinctius, déjà nommé. Et le nom de Volscius Fictor est inventé : Volscius est un ethnique et Fictor est un *cognomen* autrement inconnu, qui dérive du délit²⁵.

En somme, pendant les deux premiers siècles de la République, ni les tribuns de la plèbe, ni de prétendus *duumviri perduellionis*, ni les questeurs ne conduisent de procès capital devant le peuple. Aucune loi ne réserve aux centuries le droit de prononcer la peine de mort en dernier ressort. La répression est l'affaire exclusive de la magistrature. Les crimes de droit commun sont confiés par les XII tables (9, 4) aux questeurs, sans livrer de détail sur la procédure de ce tribunal. Les rebelles à l'autorité publique tombent sous le coup de la coercition capitale de la magistrature supérieure. La hache des faisceaux est le symbole du châtement qui les attend. La *provocatio ad populum* est le frein que le législateur impose à l'exercice de cette coercition.

L'appel au peuple soumet cette répression consulaire au contrôle des centuries. Mais, une fois de plus, les Romains ont faussé l'histoire du droit pénal, en prêtant à cette institution une antiquité qu'elle n'a pas. L'idée s'imposa que la *libertas* n'était pas concevable sans elle, et on plaça en l'an 1 de la République la première loi de *provocatione*²⁶, venue s'ajouter à tous les événements mémorables qui s'accumulent fictivement à cette date. Son auteur était Publicola. Cette invention de

²¹ Münzer. *RE.* 7, 329-330.

²² Beloch, *Römische Geschichte* (1926) 281 ; Schatzmann, *Hist.* (1972) 190.

²³ Varro, *Lingua Latina* 6.90-92.

²⁴ Mommsen, *Strafrecht* 635.

²⁵ Ogilvie, *Commentary on Livy* (1965) 421 Siber, *Pleb. Mag.* 26.

²⁶ Rotondi, *Leges publicae* 190.

l'annalistique est démentie par les XII tables, qui ignorent ce recours au peuple. Le mot est absent de cette loi, la chose aussi. On a vu que l'adage *de capitis civis* n'est pas antérieur au III^e siècle. Il ne contient, d'ailleurs, aucune allusion à la *provocatio*. Il invite les centuries, sous le nom de *comitiatus maximus*, à statuer, sans dire si c'est en appel. Cela n'est pas exclu, mais tel n'est pas le but poursuivi par le rédacteur du texte. Ce que vise avant tout l'adage, c'est le procès qui est porté directement devant le peuple sans instance préalable, comme telle est la pratique dès le milieu de la République. Personne à Rome, sauf Cicéron, n'a tenté d'introduire la *provocatio* dans les XII tables²⁷, qu'il harmonise de la sorte avec la loi de Publicola²⁸. Au contraire, les annalistes²⁹ font supprimer la *provocatio* par les décemvirs³⁰ et la rétablissent ensuite en 449.

La deuxième loi Valeria sur l'appel est aussi légendaire que la première. Il n'y avait pas à restaurer une institution qui n'existait pas encore. Les décemvirs n'avaient pas été déchargés d'un fardeau qui jusque là n'avait pesé sur personne. Les annalistes ont mal rédigé la loi de 449³¹. En lui faisant dire qu'elle ne tolérât pas à l'avenir de magistrat *sine provocatione*, ils ne tiennent pas compte du *magister populi*, qui exerce la coercition capitale sans aucune restriction³². Qu'on ne prétende pas que cette loi ne s'appliquait qu'aux magistrats élus; le mot *creare* qu'on lui prête³³ se dit aussi du dictateur qui est nommé par le consul.

En fin de compte, il faut se rallier à l'opinion commune qui veut que des trois lois *Valeriae de provocatione* la seule authentique est la dernière en 300. Les deux premières ne sont que des anticipations et font de l'appel au peuple en quelque sorte une spécialité de cette famille. Jusqu'au III^e siècle, on pouvait se passer de lui. Contre l'arbi-

²⁷ Cic, *rep.* 2.54. Sur la question : M. Ducos, *Les Romains et la loi* (1984) 76.

²⁸ Pour une critique des thèses de Cicéron sur la *provocatio* : W. Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahren* (1962) 30.

²⁹ Liv. 3.55.6 : *consularem legem de provocatione, unum praesidium libertatis, decemvirali potestate eversam* ; sur ce texte, Kunkel 30 nt. 96.

³⁰ Cicéron *rep.* 2, 61 renvoie à l'adage *de capite civis* à propos de l'anecdote du décemvir C. Iulius qui aurait fait juger par le peuple une affaire criminelle, qu'il pouvait trancher lui-même en vertu de ses pleins pouvoirs. Tite-Live 3.33.9 raconte la même anecdote sans renvoyer à l'adage.

³¹ Rotondi, *Leges publicae* 204. Pour un état de la question sur la législation *de provocatione* : M. Elster, *Studien zur Gesetzgebung der frühen römischen Republik* (1976) 120-175 ; cf. Cloud, *Sodalitas* (1984) 3.1365-1376 (conjectural) ; Amirante, *Iura* (1983, mais 1987) 1-27.

³² Fest. *optima lex* 216 L.

³³ Liv. 3.55.5. Voir principalement Liv. 2.18.4 sur l'emploi de *creare* pour la nomination du dictateur.

traire des magistrats supérieurs, le citoyen était protégé par *l'auxilium* des tribuns de la plèbe. Mais à présent que la querelle des deux ordres s'apaise, cette protection vient à fléchir, les tribuns n'ont plus le même zèle que par le passé. Ils cessent d'être une force d'opposition pour s'insérer dans le jeu des dirigeants. L'appel au peuple vient à son heure. Comme l'intercession tribunitienne, il n'est recevable que *domi*, c'est-à-dire en ville et dans un rayon d'un mille (Liv. 3, 20, 7). *Militiae* la coercition reste entière jusqu'aux lois *Porciae* au II^e siècle.

3. – Une particularité de la loi Valeria demande réflexion. Dans le dispositif que transcrit Tite-Live, elle ne prévoit l'appel au peuple que contre la décapitation par la hache, précédée par la peine accessoire de la flagellation. Toute autre forme d'exécution est exclue : 10, 9, 5 : *virgis caedi securique necari*. De propos délibéré, sont omis tous les types d'exécution contenus dans les XII tables : la peine du feu, la *suspensio* à *l'arbor infelix* accompagnée de flagellation à mort, la précipitation de la Roche Tarpéienne. Est omise aussi la peine du sac, attribuée à une loi inconnue (Auctor ad Heren. 1, 12, 33). La loi Valeria ne s'inquiète pas plus de la vestale impure, ensevelie vive ; ou de son amant qui périt sous les verges. Autrement dit, l'appel au peuple ne s'applique ni aux formes légales de la peine de mort, ni aux exécutions ordonnées par le Grand Pontife. Le premier point est confirmé par le silence des sources, le second correspond au partage de compétence entre la magistrature et le sacerdoce. L'appel ne s'étend pas à la répression des délits de droit commun et il reste étranger à celle des délits religieux. La loi Valeria a pour domaine exclusif la coercition capitale des magistrats supérieurs, symbolisée par les faisceaux et mise en œuvre par les verges d'abord, ensuite par la hache³⁴. Ce type d'exécution ne sert pas à punir les crimes de droit commun. De même que la loi Valeria ignore les modes d'exécution énumérés dans les XII tables, inversement celles-ci ignorent la *securi percussio* qui est la seule peine mentionnée par la loi Valeria. Ces deux lois ont des domaines opposés, juridiction et coercition, auxquelles correspondent des types distincts d'exécution capitale. La loi Valeria n'a trait qu'à la coercition et ne change rien à la juridiction. Les délits de droit commun sont laissés à la compétence du questeur, et les délits religieux à celle

³⁴ La coercition capitale apparaît dans de nombreux textes, notamment chez Tite-Live, où il est souvent question des *virgis caesi ac securi percussi*, qu'il s'agisse des soldats romains gravement coupables ou d'étrangers indignes du pardon de Rome : 2.5.8 ; 2.59.11 ; 7.19.3 ; 8.27.7 ; 9.16.10 ; 9.24.15 ; 10.1.4 ; 24.30.6 ; 26.13.15 ; 26.15.8 ; 26.40.13 ; 28.29.11 ; 41.11.8. La *provocatio* n'est recevable qu'à Rome et dans le rayon d'un mille (Liv. 3.20.7) ; voir Mommsen, *Staatsrecht* 1.68 ; cf. Giovannini, *Consulare imperium* (1983) 19 suiv., justement critiqué par Crook, *JRS.* (1986) 287.

du Grand Pontife³⁵. Seule la coercition capitale des magistrats supérieurs est soumise à l'appel au peuple.

En 300, que représentait-elle? Aux armées, c'était l'arme suprême de la discipline militaire, réservée aux délits les plus graves. A Rome, il ne saurait être question de ne voir en elle que l'ultime moyen de mettre un terme à la désobéissance du citoyen, lorsque celle-ci menace l'autorité du magistrat. Ce domaine serait beaucoup trop étroit. Les licteurs sont des bourreaux. Ils ne servent pas seulement à faire respecter le magistrat qu'ils accompagnent. Ils sont les instruments d'une répression dont les consuls ont la charge. Ni les tribuns de la plèbe, ni de prétendus duumvirs, ni les questeurs ne poursuivent devant le peuple les délits politiques. La critique historique a fait table rase de la justice comitiale pendant les deux premiers siècles de la République. Les délits politiques sont alors l'affaire exclusive du magistrat supérieur. Sur ces délits, la loi des XII tables est muette, le mot *perduellio* n'y figure pas³⁶. Ce code ne s'intéresse qu'aux crimes de droit commun et aux délits privés. Les délits politiques sont étrangers au *ius*, les décemvirs ont laissé aux consuls toute latitude pour les punir. Il ne s'agit pas de juridiction, mais de coercition. Les coupables sont décapités à la hache sur le forum. L'année même où fut fondée la République, l'annalistique illustre cette rigueur par l'exemple des fils de Brutus, exécutés sur son ordre, parcequ'ils avaient conspiré pour rétablir la royauté³⁷. Cette légende conserve le souvenir de la décapitation civile à Rome, en un temps où comme aux armées elle n'ouvrait pas de recours devant les centuries. Pour que dans ce récit

³⁵ Fest. 113 L.; cf. Siber *Römisches Verfassungsrecht* (1952) 119, 127. La justice religieuse du Grand Pontife est soustraite, pour la peine capitale, à la *provocatio* que la loi Valeria n'a institué qu'à l'encontre de la coercition des magistrats. Voilà pourquoi l'amant de la vestale ne peut pas faire appel, bien qu'il ne soit pas, comme elle, soumis à l'autorité pontificale. La loi Valeria avait une bonne raison de ne pas toucher à la juridiction capitale du Grand Pontife, c'est que l'impureté de la vestale est un *portentum* qui exige la mort des coupables (Liv. 22.57.2-4): voir Wissova, *Arch. Rel.* 22 (1924) 203; dans un autre sens C. Koch, *Religio* (1960) 2. L'appel au peuple contre les amendes pontificales sera examiné plus loin.

³⁶ On sait que la loi royale sur la *perduellio* est un faux (voir *infra*). Quand les XII tables (9.5) punissent de mort celui qui *hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit* (Marc. D. 48.4.3), il s'agit de crimes assimilés au meurtre, car ils sont de nature à entraîner la mort de citoyens. On verra plus bas que, sauf exception, dans les XII tables les crimes de droit commun sont le meurtre et les crimes assimilés.

³⁷ Liv. 2.5.5-8; D. H. 5, 8; Mommsen, *Strafrecht* 917 = *Droit Penal* 3.253; cf. Brecht, *Perduellio* 31, 54, 76, 111; Fuhrmann, *RE. Sup.* 9, 1227 (v. *proditio*). On se trompe lorsqu'on pense que ce délit était militaire à cause de la décapitation: on n'était pas encore en guerre contre Tarquin. Toute la beauté du récit consiste en ce qu'il s'agit d'une décapitation civile à Rome, ordonnée par le père des coupables.

le consul ne soit gêné par aucune entrave légale, l'annalistique conformément à sa logique place l'épisode avant la réforme de Publicola. La compétence du consul apparaît alors dans toute sa plénitude. Il punit le plus grave de tous les crimes d'état, la tentative de renverser la constitution. Au cours de la répression de ces crimes, il ne connaît pas d'autre obstacle que l'*auxilium* tribunitien jusqu'à l'apparition de l'appel au peuple. Le dernier mot passe alors aux comices. Encore ne faut-il pas méconnaître la portée de la loi Valéria. Elle ne se borne pas à tempérer la discipline du magistrat à l'égard du citoyen. En soumettant sa coercition capitale à la *provocatio*, elle institue la compétence en dernier ressort du peuple sur les délits politiques. Alors seulement et non aux temps de Publicola, comme le veut la tradition, la hache³⁸ fut otée des faisceaux pour rendre hommage à la souveraineté populaire. Elle ne fut conservée que *militiae*, et la décapitation cessa d'être un mode civil d'exécution pour ne subsister qu'aux armées. On se trompe³⁹ quand on pense que la hache avait toujours été un attribut du commandement militaire. Elle commença par être un symbole de souveraineté⁴⁰ aussi bien *domi* que *militiae*. La coercition capitale du magistrat supérieur avait en ville et aux armées le même instrument, qui était aussi un redoutable symbole. La décapitation était commune à ces deux domaines avant l'institution de l'appel au peuple. Sauf exception, il la fit disparaître en ville et relègua la hache aux armées.

Ce n'était pas un simple hommage à la souveraineté populaire, alors à ses débuts. En renonçant à la hache *domi* pour ne conserver que les verges, le magistrat exprimait quelque chose de plus : c'était une manière de proclamer qu'il renonçait définitivement à Rome et dans la banlieue immédiate à la coercition capitale. La loi n'en avait pas demandé tant, elle avait simplement prévu qu'il exercerait cette coercition à charge d'appel. Il se passa tout autre chose, en ville il ne l'exerça plus du tout. Le magistrat supérieur refusa d'engager sa responsabilité dans la procédure d'appel. Il préféra abandonner totalement une prérogative que la loi avait placée sous le contrôle du peuple. On ne relève pas un seul exemple de procès comitial en appel contre une sentence de mort prononcée par un titulaire de *l'imperium*⁴¹. Le magistrat ne voulait pas courir le risque d'être désavoué

³⁸ Cic. *rep.* 2.55; Schwegler, *Römische Geschichte* 2.50; Mommsen, *Staatsrecht* 1.380.

³⁹ Mommsen, *Staatsrecht* 1, 380 – *Droit Public* 2.11, lui-même le reconnaît.

⁴⁰ La bipenne que tient un chef militaire sur une stèle de Vetulonia est avant tout un symbole politique et religieux de souveraineté; sur ce point, M. Pallottino *The Etruscans* (1975) 280.

⁴¹ Mommsen, *Staatsrecht* 1. 164 = *Droit Public* 1.187.

par le peuple⁴². La *provocatio* eut pour effet indirect de chasser de *l'urbs* la coercition capitale, restée intacte aux armées. Inversement, le magistrat peut ordonner en ville une décapitation dans les rares cas où la *provocatio* ne lui est pas opposable.

Le dictateur est un magistrat *sine provocatione*, à la condition qu'il soit investi avec la clause *optima lege*⁴³, qui lui confère un *plenissimum ius*⁴⁴. Moyennant quoi, il est exempt *domi* de l'appel au peuple. Ce n'est pas le *Kriegsrecht*, comme on l'a cru, qui justifie cette solution. En ville, avant les auspices de départ la compétence du dictateur est aussi civile que celle du consul. Il dispose de la justice civile⁴⁵, bien qu'il n'en use pas. Si *domi* il exerçait le commandement militaire, il n'aurait nul besoin d'une dispense expresse de la *provocatio*, puisqu'un tel pouvoir y est soustrait de plein droit. L'investiture *optima lege* ne fait que lui restituer la plénitude de la compétence urbaine⁴⁶, qu'altère la loi Valeria.

Il existe un cas où la *provocatio* n'est pas opposable en ville au consul. Une sentence rendue *militiae* est exécutoire *domi* sans appel⁴⁷. Le lieu ne fait rien à l'affaire. La *provocatio* ne peut nulle part mettre en échec la sentence du général chef. En 270, les survivants des *cives Romani Campani* qui s'étaient rebellés à Rhégion furent expédiés à Rome et décapités en masse sur le forum⁴⁸. L'ordre émanait des consuls, comme le rappelle Polybe⁴⁹, et la protestation d'un tribun de la plèbe ne put rien y faire⁵⁰. A cette date, après la loi Valeria, la décapitation précédée de flagellation est désormais un mode d'exécution militaire. Contre la sentence du commandant en chef, les

⁴² Sur cette crainte, Cic. *Phil.* 1.21-22, à propos de la *rogatio Antonia de provocatione*.

⁴³ Fest. 216 L v. *optima lex*. L'annalistique inventa au IV^e siècle un cas de *provocatio* contre un dictateur ; elle était à la fois anachronique et illégale : on évita de la faire suivre d'un procès comitial contraire au droit, on s'en tira en racontant que le dictateur avait accordé sa grâce (Liv. 8.35.5).

⁴⁴ Fest. cit. dit aussi dans le même sens *imminutum* : sur la question U. von Lübtow, *Die römische Diktatur*, dans *Der Staatsnotstand* (1965) 117 publié par E. Fraenkel.

⁴⁵ Liv. 41.9, 11.

⁴⁶ On ignore si la clause *optima lege* était omise pour les dictatures spéciales et réservée à la dictature *rei gerundae causa*. Au III^e siècle, les dictatures se font plus rares, et l'émancipation de la *provocatio* n'a sans doute eu d'importance qu'en 286, quand Hortensius fut dictateur, et pendant la guerre hannibالية.

⁴⁷ Brecht, *Perduellio* 71.

⁴⁸ Pour un état de la question, Bauman, *Lawyers in roman republican politics* (1983) 85-91.

⁴⁹ Pol, 1, 7.12.

⁵⁰ Val. Max. 2.7.15.

tribuns étaient impuissants et la *provocatio* irrecevable. Malgré le choix du forum pour l'exemplarité, la condamnation restait définitive. Pareillement, après un *iudicium populi* le coupable peut être supplicié *vel intra pomerium vel extra pomerium*⁵¹. Là encore le lieu est indifférent malgré la préférence accordée à certains. Que la sentence émane du peuple ou du général en chef, elle peut être exécutée n'importe où. Ce qui diffère d'un type de sentence à l'autre, c'est le cérémonial du supplice. Denys d'Halicarnasse⁵², dans un esprit démocratique, s'est lourdement trompé en disant que la décapitation des rebelles de Rhégion fut ordonnée par le peuple. Cette exécution fut typiquement militaire et ne manquait pas de rappeler le spectacle des étrangers prisonniers de guerre décapités au forum⁵³.

Compte tenu de tels cas, *domi* après la loi Valeria le régime de la coercition est fort simple : sous sa forme capitale elle est éliminée lorsque la *provocatio* est recevable, et ne subsiste que dans les situations exceptionnelles où elle ne l'est pas. Corrélativement, sous ses autres aspects la coercition conserve le même domaine qu'auparavant, puisque cette loi n'avait institué l'appel que contre la *securi percussio* et avait laissé intacte toute autre forme de contrainte, aussi grave fût-elle. La vente de *l'incensus* et du réfractaire à la levée ne donnait lieu à aucun recours devant le peuple⁵⁴. Il ne faut pas dire qu'alors le délit était militaire et que pour cette raison il n'était pas soumis à la *provocatio*. Le cens est un acte civil et la levée aussi, puisqu'elle précède les auspices de départ, avant lesquels il n'y a pas *d'imperium* militaire. Dans les deux cas, le délit relève de la compétence urbaine. *Domi*, la vente du citoyen échappe à la *provocatio*, parce que cette forme de coercition n'est pas capitale. Malgré sa gravité,

⁵¹ Liv. 1.26.6.

⁵² D. H. 20.16; cf. Orose 4.3.5. Sur le caractère militaire de la décapitation Mommsen, *Staatsrecht* 1.373 = *Droit Public* 2.10; *Strafrecht* 917.

⁵³ Mommsen, *Strafrecht* 917. Voir aussi Liv. 7.19.2; Brecht 48. – Sur la prétendue sentence populaire prononcée contre les rebelles de Rhégion, le récit de D.H. 20.16 est incohérent: quand il dit que le vote émanait de toutes les tribus, il interdit de supposer qu'il s'agissait des centuries seules compétentes en matière capitale, car pour elles un vote global n'a aucun sens. De même, des falsifications analogues à celle de D.H. confient à la plèbe avant la loi Hortensia la répression de délits collectifs: en 323 à Tusculum (Liv. 8.37.8) et en 319 à Satricum (Liv. 26, 33.10). Sur ces falsifications, voir Ungern-Sternberg, *Capua in zweiten punischen Krieg* (1975) 106. L'annalistique a forgé ces inventions pour servir de précédents au plébiscite Atilien de 210 sur le châtimement des Campaniens, d'authenticité douteuse; cf. Frederiksen, *JRS.* (1977) 184. Sur ces problèmes voir aussi: De Sanctis, *Storia dei Romani*, 2 (réimpr. 1960) 232 n. 8; 3.2 (réimpr. 1968) 331.

⁵⁴ Mommsen, *Staatsrecht* 1.153; *Strafrecht* 43; Magdelain, *La loi à Rome* (1978) 73.

elle permet au magistrat d'user d'un châtiment exemplaire sans être soumis au contrôle du peuple⁵⁵.

Pareillement, les formes courantes de la coercition, les *verbera* (comme correction indépendante de l'exécution capitale), les *vincula*, la *multa*, laissées de côté par la loi Valéria, sont soustraites à l'appel⁵⁶. Au II^e siècle, une loi Porcia interdit la flagellation à Rome et sur tout le territoire de l'empire⁵⁷. Sans qu'il soit même question de *provocatio*, ce châtiment est purement et simplement éliminé. Le régime de la *multa* est plus complexe. Une loi archaïque⁵⁸ fixa un maximum, que le magistrat ne peut pas dépasser. Il est inexact de dire qu'au de-là de ce taux l'amende peut être prononcée à charge d'appel⁵⁹. Quant cette loi fut votée, la *provocatio* n'existait pas encore et plus tard la loi Valeria ne l'étendit pas à ce type de coercition. Quand on voulut dépasser le taux légal, on s'y prit autrement. Les tribuns de la plèbe et les édiles proposent directement aux tribus des amendes élevées, sans qu'aucun appel n'ait été interjeté.

Toutefois, on fait appel contre les fortes amendes que prononce le Grand Pontife⁶⁰. Le taux légal ne s'impose qu'aux magistrats (Gell. 11, 1, 2 *a magistratibus*), pas à lui. Faute de *ius agendi cum populo*⁶¹

⁵⁵ Pareillement, en 138 le déserteur Matienus fut flagellé et vendu (Liv. *per.* 55; Frontin. *Strat.* 4.1.20). Mommsen (*Strafrecht* 43 n. 2 = *Droit Pénal* 1.48 n. 2) a reconnu que dans la rédaction défectueuse de l'épitomé de Tite-Live il n'est pas question d'un procès capital devant les tribuns de la plèbe, mais d'une coercition consulaire, contre laquelle on forme appel devant les tribuns, mais sans résultat. Dans le même sens, Bleicken, *Volkstribunat* 79 n. 4. L'affaire se déroule à Rome à l'occasion d'un *dilectus* (cf. Lintott, *ANRW.* 1.2.243). Lorsque Cicéron dit que le peuple vend l'*incensus* (*Caec.* 99 *vendit*), il ne s'agit que de la publicité de la vente. La table de Bantia (cap. 4), rédigée d'après le modèle du droit romain, précise que cette vente a lieu *in comitio* en présence du peuple. Dans un autre sens, E. Levy, *ZSS.* (1961) 161.

⁵⁶ Pomp. D. 1.2.2.16: *solum relictum est illis ut coercere possent et in vincula publica duci iuberent*. Voir: Mommsen, *Staatsrecht* 1.149 = *Droit Public* 1.170; *Staatsrecht* 1.154 = *Droit Public* 1.177; *Strafrecht* 42 n. 1 = *Droit Pénal* 1.46 n. 1.

⁵⁷ Sall. *Cat.* 51.22: *vetat*; voir J. Martin, *Herm.* (1970) 87-91; Bleicken, *RE.* v. *provocatio*, 23.2448.

⁵⁸ Magdelain, *La loi à Rome*, 65-67. Pour certains délits, quelques lois fixent un maximum différent (ex. la loi *Silia de ponderibus publicis*).

⁵⁹ Sur la question: Brecht, *ZSS.* (1939) 280; Bleicken, *RE.* 23.2450-51; D. Simon, *Kl. Pauly v. multa*, 3.1455.

⁶⁰ Wissova, *Religion und Kultus der Römer* (1912) 511; Bleicken, *Herm.* (1957) 450 suiv. Comme l'a justement remarqué Siber, *Verfassungsrecht*, 82 le taux légal des amendes ne s'impose pas au Grand Pontife.

⁶¹ Mommsen, *Staatsrecht* 2, 36 = *Droit Public* 3.40; Bleicken, *Herm.* (1957) 356 suiv., 463; Magdelain, *La loi à Rome* 82 suiv.; Szemler, *RE.* Sup. 15 (1978) 361.

(si ce n'est pour les comices pontificaux), il n'a pas la faculté de saisir les tribus, il agit de sa propre autorité. Mais seul le peuple a compétence pour infliger des amendes au-delà du maximum qu'il a fixé. Aussi admit-on que la *provocatio* serait possible contre les amendes pontificales. Paradoxalement, dans la pratique on ne trouve pas la *provocatio* là où on l'attend mais là où on ne l'attend pas. Instituée contre la coercition capitale, elle n'a jamais été utilisée à cette fin; mais contrairement à sa vocation légale elle est employée contre les amendes de l'autorité sacerdotale. On est alors dans le domaine du culte.

En dehors de cette situation particulière, sous l'empire de la loi Valeria la *provocatio* resta à l'état de menace qui suffisait à paralyser l'action des magistrats. Au II^e siècle, grâce aux Lois Porciae la protection des citoyens fut beaucoup mieux assurée. Elles ne combattaient pas seulement la coercition capitale mais aussi la flagellation. L'une et l'autre furent purement et simplement interdites⁶² sur tout le territoire de l'empire. Le citoyen n'avait pas à faire appel au peuple; ces formes les plus redoutées de la coercition étaient abolies de plein droit. Au lieu de dire : «*provoco*», on proclamait : «*civis Romanus sum*»⁶³. Aux armées, la situation était quelque peu différente. On tourna la loi sur la flagellation en pratiquant la bastonnade, moins flétrissante que les verges⁶⁴. La coercition capitale y fût maintenue

Mommsen admet que le Grand Pontife présidait les tribus en cas de *provocatio* contre une *multa* pontificale. Cette hypothèse est contestée par Bleicken.

⁶² Sur les lois Porciae, Rotondi, *Leges publicae* 268; J. Martin, *Herm.* (1970) 87 suiv. Pour la flagellation, Sall. *Cat.* 51.22 : *lex Porcia vetat*. Voir aussi Cic. *Verr.* 2.5.162-163; *Rab. perd.* 12; *Att.* 5.11.2 (sur ce texte, Shackleton Bailey, *Cicero's Letters to Atticus* [1968] 3, 207); Liv. *per.* 57; Fest. 266 L. On sait qu'il n'existe pas de procès capital sur les *verbera* : Mommsen, *Staatsrecht* 1.149 = *Droit Public* 1, 170 (cf. Bleicken *RE*, v. *provocatio*, 23.2448; Fuhrmann, *RE*. Sup. 9, v. *verbera*, 1593). On trouve une bonne mise au point du problème chez J. Martin 87. Sur l'abolition de la coercition capitale : Liv. 10, 9.4; Cic. *Verr.* 2.5.162-163; *Rab. perd.* 8.12. Sall. *Jug.* 69.4; sur ces textes J. Martin 88 suiv. (voir aussi Mommsen, *Strafrecht* 31 n. 3; A. H. M. Jones, *The criminal courts of the Roman Republic* [1972] 23-24; Fuhrmann, *RE*. Sup. 9, v. *proditio*, 1228). Cette abolition de la coercition capitale était rapprochée par la tradition de la législation de *provocatione* : sur ce point, J. Martin 90. Récemment sur les lois Porciae : Lintott ZSS. (1981) 192 suiv.; Bauman, *Lawyers in roman republican politics* (1983) 172 suiv.

⁶³ Cic. *fam.* 10.32.3; *Verr.* 2.5.162-163; Actes des apôtres 22.25; Suet. *Galba* 9; cf. Diod. 27.12.3; sur l'expression *ius virgarum* comme privilège de la citoyenneté, Plin. *n. h.* 7.136 : sur ce texte, Bleicken, *RE*. 23.2448. Sur l'opposition des deux formules, De Martino, *Storia della costituzione romana* 2 (1973) 427.

⁶⁴ Liv. *per.* 57 (cf. Plut. *C. Grac.* 9.5); sur la question, Pugliese, *Appunti sui limiti dell'imperium nella repressione penale* (1939) 90.

au nom de la discipline militaire; mais la loi autorisa les soldats à lui opposer la *provocatio*, devenue caduque pour les civils. Une monnaie⁶⁵ commémore cette réforme: un militaire menacé par un licteur dit «*provoco*», le bras tendu vers un *togatus* qui représente le peuple romain. Cette loi fut aussi tournée: la bastonnade à mort par l'ensemble des soldats (*fustuarium*) grâce à son anonymat n'engageait pas la responsabilité du général⁶⁶. Les lois Porciae s'étaient munies de lourdes sanctions⁶⁷, qui n'étaient pas toujours suivies d'effet⁶⁸. Le régime établi par ces lois était simple: à l'égard des citoyens, la coercition capitale et la flagellation étaient bannies de tout l'empire; c'est seulement aux armées, où jusque là l'autorité du commandant avait été sans frein, que désormais avec des chances incertaines la loi permettait à l'appel de mettre en échec la peine de mort.

Chez Cicéron et Tite-Live, la *provocatio* reçoit un traitement de choix, elle est le bastion de la liberté; et sans elle la République, avec laquelle elle passe pour être née, n'est pas plus concevable que sans l'annalité et la collégialité des magistratures. Elle est un attribut du peuple souverain, que l'on croit avoir été tel dès qu'il s'est mis à prendre des résolutions. Pour dresser un tel tableau, la tâche n'était pas aisée, et on n'a pas toujours mesuré les difficultés que devaient surmonter ces auteurs. La principale était l'absence, au fil des ans, de procès comitial en appel d'une sentence de mort. La loi Valeria n'avait fait qu'en proférer la menace, qui avec les lois Porciae dût se réfugier aux armées. Partout ailleurs, contre la coercition des magistrats sous l'empire de ces lois la *provocatio* a disparu⁶⁹. Elle était devenue inutile. Comment dès lors en faire l'éloge comme d'une composante irremplaçable de la République? Dans son traité *Des Lois*, Cicéron aggrave les choses, en répudiant la *provocatio* des armées comme incompatible avec l'autorité suprême du commandant en chef (3, 6 *militiae ab eo, qui imperabit, provocatio nec esto*). Ce faisant, il ne lui restait entre les mains pas la plus petite parcelle de droit positif,

⁶⁵ Sydenham, *Roman Republican Coinage* n. 571; Crawford, *Roman Republican Coinage* 1 n. 301; la seule interprétation correcte est celle de: Strachan Davidson, *Problems of roman criminal law* (1912) 1.117-118, suivi par H. Mattingly, *Roman Coins* (1960) 82.

⁶⁶ Pol. 6.37; voir A. H. M. Jones, *loc. cit.*, 24; 122 n. 147.

⁶⁷ Cic. *rep.* 2.54; Liv. 10.9.4.

⁶⁸ Cic. *Verr.* 2.5, 162-163; *fam.* 10.32.3 (sur ce texte, Lintott, *ANRW.* 1.2.230; Shackleton-Bailey, *Cicero, epistulae ad familiares* [1977] 2.559).

⁶⁹ Elle n'a pas reparu avec la *lex Sempronia de capite civis*, qui interdit les *quaestiones ex senatusconsulto*: voir J. Martin, 91 suiv.

plus un seul cas où un citoyen pût faire appel⁷⁰. Il fallait tout inventer, et c'est ce qu'il fit. Il avait toute latitude, puisqu'il rédigeait une constitution idéale, qui ne coïncidait pas toujours avec le droit de son temps. Supprimant la *provocatio* dans le seul domaine qui lui restait, il en trouva d'autres sans relation avec ce qu'elle avait été. Il fit preuve de cette belle imagination juridique qu'on lui connaît, parfaitement apte à faire illusion aussi bien de son temps que de nos jours, où il a souvent trompé les meilleurs historiens. Une chose lui était interdite, restaurer la *provocatio* contre la coercition capitale du magistrat, honnie de tous et définitivement abolie. Il ne pouvait être question de revenir sur cette conquête des lois Porciae. Aussi s'en prit-il aux autres formes de coercition, *multa, vincula, verbera* (leg. 3, 6), pour les soumettre à l'appel au peuple, alors qu'aucune loi n'avait rien prévu de tel et qu'en dehors des amendes pontificales aucune instance comitiale n'avait été ouverte contre elles. Cependant à l'en croire dans le *De Republica*, bien avant les lois Porciae déjà Publicola avait combattu la flagellation, et s'il ne l'avait pas interdite comme elles, il l'avait du moins soumise à l'appel⁷¹. Dans le *De Legibus*, le propos est plus général : c'est Cicéron lui-même qui légifère, et dans sa loi de *provocatione* qui ignore l'exécution capitale, il ajoute aux *verbera* l'amende et l'emprisonnement. Aucune de ces solutions ne correspond à la réalité. La flagellation a été abolie; inutile donc d'en faire l'objet d'un procès. Et dans les deux autres cas, le peuple n'a jamais statué.

Tout ceci n'est qu'un début. Cicéron poursuit son entreprise en passant à l'essentiel, la peine de mort. Et là sa hardiesse est encore plus grande. À défaut de pouvoir opposer la *provocatio* à la coercition capitale, impossible à restaurer, il dote l'ensemble des magistrats de

⁷⁰ Quand le législateur accorde le *ius provocationis* à titre de faveur à des étrangers (*lex repetundarum* épigraphique 78; voir Galsterer, *Herrschaft und Verwaltung im republikanischen Italien* [1976] 93, 97-99, 104; Sherwin-White, *JRS.* [1982] 29), le mot *provocatio* est pris dans le sens impropre de simple opposition (J. Martin, cit. 92), comme dans la loi *Julia de vi publica* (J. Martin 90 n. 1; cf. Pugliese, *Appunti* 66).

⁷¹ *De rep.* 2.54 : *ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret*. La *verberatio* est indiquée ici après l'exécution capitale comme correction indépendante, alors que, si elle précède l'exécution comme peine accessoire elle est alors mentionnée avant elle. Mommsen (*Staatsrecht* 1.156 = *Droit Public* 1.178) dénonce l'erreur de Cicéron, qui reparait chez Val. Max. 4.1.1 et D. H. 5.19.4. Dans le *Strafrecht* 42 n. 1 = *Droit Pénal* 1.46 n. 1, Mommsen est revenu sur le problème de l'ordre dans lequel les textes alignent la flagellation et l'exécution et rappelle que contre les *verbera* il n'y a pas d'appel au peuple; toutefois dans ce traité, il a tort de croire que la flagellation même indiquée en seconde position est une peine accessoire précédant l'exécution; la question a été reprise récemment par Manfredini, *La diffamazione verbale* (1979) 115 n. 54.

la juridiction criminelle : 3, 10 *omnes magistratus auspicium iudicium-que habento*. Il explique ensuite son propos : 3, 27 *deinceps igitur omnibus magistratibus auspicia et iudicia dantur, iudicia, ut esset populi potestas, ad quam provocaretur* . . . Ce commentaire de sa propre loi n'a pu paraître obscur⁷² que parcequ'il est en contradiction avec le droit positif. La latinité du texte a même pu paraître douteuse. A la place de la coercition capitale, Cicéron octroie aux magistrats la juridiction criminelle dans un but précis qu'il énonce en toute loyauté. Le *ut* incriminé est pourtant clair. Si les magistrats pourront prononcer, non plus dans l'ordre de la coercition mais dans celui de la juridiction, des sentences capitales en vertu de cette nouvelle loi, c'est que son auteur a en tête de faire reconnaître au dessus de cette première instance la compétence de la *populi potestas* en dernier ressort. Cicéron déclare poursuivre un but qui ne correspond pas au droit en vigueur. Avec une tranquille audace, il dit qu'il veut restaurer la *provocatio*, bien qu'elle soit sans objet depuis que contre les civils la coercition capitale a disparu. Pour ce faire, il substitue à celle-ci un *iudicium* sans limite des magistrats, afin (*ut*) de laisser par la voie de l'appel le dernier mot au peuple souverain. Il ne dissimule pas le caractère artificiel de son raisonnement, et en paraît même assez satisfait. L'ensemble des dispositions pénales de ce code est cohérent et forme un système⁷³. Dans le passé, la *provocatio* avait été un remède contre la coercition capitale et contre elle seule. Dans son entreprise de restauration, Cicéron se voit contraint de la transformer. La voilà maintenant qui répond aussi bien aux autres formes de coercition qu'à la justice criminelle, dont il équipe à cette fin les magistrats. Celle-ci n'est, en réalité, qu'une coercition capitale déguisée. Et au prix de ce stratagème, la *provocatio* redevient ce qu'elle avait été et même plus, elle est parvenue dans cette cité idéale à contrarier, sans le dire, la coercition sous toutes ses formes.

⁷² Lintott, *ANRW*. 1.2.258; J. Martin, *Herm.* (1970) 93 suiv.

⁷³ A côté de la *provocatio*, dans le *De legibus* Cicéron laisse subsister les instances comitiales où un magistrat présente directement au peuple un projet de *multa* ou de peine de mort, sans qu'aucun appel ait été interjeté : 3.6 : *quom magistratus iudicassit inrogassitve, per populum multae poenae certatio esto*. On retrouve ailleurs la même tournure : *de domo* 45 : *ante . . . quam multam inroget aut iudicet*. Dans ces textes, Cicéron respecte la terminologie courante (Mommsen, *Strafrecht* 166 n. 3 = *Droit Pénal* 1.191 n. 3). *Inrogare* se dit des amendes et *iudicare* indique la proposition de peine capitale (Liv. 1.26.7; 43.16.11; la sentence «*perduellionem tibi iudico*» a pris la valeur d'une accusation, voir infra). Dans ces textes de Cicéron, il n'y a pas à sous-entendre une *provocatio*, qui eût été radicalement en contradiction avec le droit de son temps. Il laisse subsister tels quels ces procès comitiaux et institue à côté d'eux l'appel au peuple en d'autres domaines.

La tâche de l'annalistique était plus aisée, elle était simplement descriptive, on mêla le vrai et le faux, les lois authentiques et celles qui ne l'étaient pas. Leur recurrence ne manqua pas de paraître surprenante à Tite-Live (10, 9, 3-4). Mais les redites de la tradition permettaient de reproduire un thème cher à ce genre littéraire. Les annalistes aimaient les procès politiques, mais n'en connaissaient pas en appel, c'était pour eux une frustration, à laquelle ils ne trouvèrent qu'une contrepartie. L'époque récente se prêtait moins aux falsifications que les temps héroïques. On ne risquait aucun démenti en introduisant dans la querelle des deux ordres des incidents dramatiques qui illustraient la pseudo-histoire de la *provocatio* au cours du premier âge républicain. Mais même en ces circonstances on n'osa pas ajouter une chose qui est restée sans exemple : une instance comitiale cassant la sentence d'un magistrat supérieur. L'affaire en restait toujours à ses débuts et tournait court d'une façon ou d'une autre, sans qu'un procès ait eu le temps d'être lié devant le peuple⁷⁴. Les récits se déroulent dans une atmosphère d'insurrection, et récemment certains savants ont cru reconnaître dans la *provocatio* un appel au secours, adressé à la foule. C'est oublier qu'elle est une institution juridique et non un simple cri. *Provoco* est un mot qui appartient aussi à la justice civile. Autre chose est *provocare*, autre chose *quiritare* et *fidem populi implorare*. On perd son temps à chercher dans un lointain passé coloré de populisme une création bien postérieure du législateur.

4. – Mais en 300 la loi Valeria manqua son but; consuls et préteurs n'exposèrent pas leurs sentences à être cassées par le peuple. La *provocatio*, sans même avoir à se manifester, mit en déroute *domi* la coercition capitale de la magistrature supérieure. Une page était tournée. La répression des délits politiques n'était plus l'affaire des titulaires de *l'imperium*. Mais un point restait acquis : au nom de cette même loi seul le peuple pouvait pour de tels délits prononcer une sentence définitive. Le législateur avait prévu qu'elle serait rendue en appel. A défaut d'appel, il s'ensuivit qu'il n'y eut qu'une seule et

⁷⁴ Liv. 2.27.12; 2.55.5; 3.56.6; sur ces textes : Brecht, ZSS (1939) 283; Bleicken ZSS (1959) 332, 349 n. 1, 350; Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens* (1962) 24 n. 60. A ces textes, il faut ajouter : Liv. 8.31-35, sur le récit dramatique en 325 d'une *provocatio* contre la sentence d'un dictateur, sans que cet appel ait donné lieu à une procès; à cette date une telle *provocatio* est aussi anachronique qu'illégale contre ce magistrat qui y est soustrait; voir sur cet épisode : Waldstein, *Untersuchungen zur römischen Begnadigungsrecht* (1964) 73 suiv. Sur le récit d'un décemvir *legibus scribundis* qui aurait de sa propre initiative saisi le peuple d'une affaire capitale (Cic. *rep.* 2.61; Liv. 3, 33.10), voir la section suivante.

même instance, tout entière devant le peuple. On avait imaginé par le biais de la *provocatio* de soumettre la coercition consulaire au contrôle des comices, le résultat fut tout autre : désormais les délits politiques ne relèveront plus que de la seule compétence du peuple.

Encore fallait-il qu'un magistrat jouât le rôle de ministère public. Consuls et préteurs s'abstinrent obstinément. Eux qui avaient renoncé à leur coercition capitale pour ne pas avoir à défendre leurs sentences devant les centuries, se refusèrent à poursuivre le coupable directement devant elles sans passer par la voie de l'appel. Un principe non écrit se fit jour : la magistrature supérieure ne collabore d'aucune manière avec le peuple lorsqu'il est amené à prononcer la peine de mort⁷⁵.

C'est en apparence que la légende déroge une fois à ce principe. Par modération le décemvir *legibus scribundis* C. Iulius ne statua pas lui-même dans une affaire de meurtre⁷⁶, comme il en avait le droit; dans la logique de l'annalistique sa sentence ne pouvait pas être ensuite portée devant le peuple, puisque cette magistrature était *sine provocatione*. Aussi préféra-t-il sans appel confier lui-même le procès aux comices. La constitution était provisoirement suspendue; la magistrature qui eût été normalement chargée de poursuivre le meurtre, la questure, était vacante. Seul un décemvir pouvait le faire. Le récit est juridiquement impeccable, il fait intervenir un magistrat extraordinaire, ce n'est pas un consul ou un préteur qui prend le risque d'une collision avec le peuple dans une instance criminelle.

Après la loi Valeria, la poursuite des délits politiques passa à des magistrats qui n'étaient pas titulaires de *l'imperium*. Cet accident de l'histoire entraîna une singularité de la procédure comitiale. Dépourvu du droit de convoquer les centuries, le magistrat qui conduisait le procès devait bénéficier d'une délégation de pouvoir⁷⁷. Cet artifice permet de mesurer à quel point le recours à des magistrats dépourvus de *l'imperium* était un expédient. Il fallait bien en passer par là, puisque ceux qui le détenaient étaient désormais dans l'impossibilité

⁷⁵ Sur l'absence de collision entre magistrature et peuple en matière pénale, Mommsen, *Staatsrecht* 1.165 = *Droit Public* 1.188; *Strafrecht* 154 = *Droit Pénal* 1.177. Autre chose est la *quaestio ex lege*.

⁷⁶ Cic. rep. 2.61; Liv. 3.33.10; cf. Mommsen, *Staatsrecht* 2.526 n. 1; 721 suiv. = *Droit Public* 4.224, 447 suiv.

⁷⁷ Mommsen, *Strafrecht* 168 = *Droit Pénal* 1194. Cette donnée stable de la procédure comitiale a été inutilement mise en doute : L. Ross Taylor, *Roman voting assemblies* (1966) 112; Giovannini, *Chiron* 13 (1983) 545 suiv.

d'agir. Dans la pratique, la délégation émanait du préteur et prenait, au regard de la technique, la forme d'un prêt d'auspices⁷⁸.

On aurait pu imaginer que les magistrats supérieurs aient transféré à des auxiliaires nommés par eux un pouvoir qu'ils s'interdisaient d'exercer eux-mêmes. Ce ne fut pas ce cours que suivit l'histoire, mais une idée aussi naturelle inspira l'annalistique, lorsqu'elle inventa la magistrature des *duumviri perduellionis*. Ils instruisirent le procès d'Horace comme mandataires du roi, dont le principal souci était de se dégager de cette responsabilité⁷⁹. Cette magistrature légendaire a pour charte une loi royale⁸⁰, rédigée par un habile faussaire. S'il respecte le style de la législation archaïque, il formule des dispositions qui sont d'un autre temps. L'appel au peuple auquel il soumet, la sentence des duumvirs, prend modèle sur la loi Valeria qui fût la première en 300 à instituer ce recours. D'une loi à l'autre, il existe aussi, entre les procédures d'exécution capitale, une antithèse délibérément voulue. La *securi percussio* de la loi Valeria fait place à la flagellation à mort de la *lex horrendi carminis*, après *suspensio* à l'*arbor infelix*. L'appel au peuple avait fait disparaître en ville la hache des faisceaux, restaient les verges. Dans la loi royale, elles servent à infliger un supplice qui est le substitut élégant de la décapitation. Il était d'autant plus facile de passer d'un rituel à l'autre que la mort par les verges avait quelques précédents dans l'ancien droit⁸¹.

L'heureuse idée de confier la poursuite des délits politiques à des mandataires de la magistrature supérieure resta à l'état de fiction, qui une seule fois servit de modèle à un procès, sous le consulat de Cicéron. Mais Rabirius ne fut pas jugé et la mise en scène fut écourtée. Les duumvirs ne firent jamais concurrence aux tribuns de la plèbe, qui se chargèrent depuis le III^e siècle de poursuivre les coupables de

⁷⁸ Ce prêt est clairement décrit dans le *commentarium anquisitionis* à propos des procès questoriens (Varro, *lingua lat.* 6.91 : *auspicium petitum*). Le principe est le même pour les procès tribunitiens : le prêt d'auspices vaut délégation d'*imperium*, car c'est par une auspication que s'acquiert l'*imperium*, qui permet de convoquer les centuries (Magdelain, *Recherches sur l'imperium* [1968] 46 suiv.).

⁷⁹ Liv. 1.26.5 : *rex, ne ipse tam tristis ingratique ad vulgu iudicii ac secundum iudicium supplicii auctor esset, concilio populi advocato «duumviros, inquit qui Horatio perduellionem iudicent, secundum legem facio»*.

⁸⁰ Liv. 1.26.6. Sur la falsification de ce texte : Bleicken, ZSS (1959) 334-337 ; Magdelain *Hist.* (1973) 412 suiv.

⁸¹ XII tables 8.9 ; Fest. 277 L : il s'agit du vol nocturne de la moisson sur pied et de l'amant de la vestale. Plus tard, ce supplice fut appelé *more maiorum* : Mommsen, *Strafrecht* 918-921. Toutefois Mommsen confond la *suspensio* à l'*arbor infelix* avec la crucifixion, à la suite d'une erreur volontaire de Cicéron (*Rab. perd.* 10-11) ; sur la question, Brecht, *Perduellio* 46 n. 2 ; 61 n. 3 ; Oldfather *TAPA.* (1908) 49 suiv. ; Kuhn, *ANRW.* 2.25.1.761 suiv.

perduellio. C'est seulement à partir de cette époque que les procès tribunitiens sont authentiques, d'après une opinion aujourd'hui générale. Ils prennent le relais de la coercition capitale des magistrats supérieurs au lendemain de la loi Valeria. Mais le tribun n'agit pas comme mandataire du consul ou du préteur. Tout au plus lui faut-il un prêt d'auspices, mais il le demande lui-même, et c'est ce qu'on appelle *petere diem*⁸² ou *auspicium petere* (Varro *lingua lat.* 6, 91).

On ne peut manquer de se demander pourquoi, parmi tous les magistrats sans *imperium*, ce furent les tribuns de la plèbe à la suite de la loi Valeria qui se chargèrent de la poursuite des crimes d'état, pour combler une lacune qui venait de s'ouvrir dans le domaine de la répression. Déjà ils y avaient pris part dans le passé de façon au moins négative, en opposant leur intercession aux sentences du magistrat supérieur. A cette raison, s'en ajoute une autre, qui est bien connue. Ils avaient perdu leurs allures révolutionnaires et étaient devenus des magistrats de la cité. Depuis l'apaisement de la querelle des deux ordres, les intérêts de la plèbe et ceux du *populus* se différenciaient de moins en moins, si bien que les uns et les autres pouvaient trouver les mêmes défenseurs en la personne des tribuns. Quand ils assurent le châtimement des crimes d'Etat, ils prolongent à la mesure de la cité leur action d'autrefois au service de leur ordre. Le mot *perduellio* permet d'apprécier cette continuité. Absent de l'ancien vocabulaire officiel, il fait partie du lexique de l'idéologie plébéienne. Il désigne l'état de *perduellis*, parfois, le *perduellis*⁸³ lui-même. L'hostilité à la plèbe, et en particulier au tribun inviolable met à elle seule le coupable hors la loi, si bien que par *perduellio* on définit simultanément le délit et la peine. L'ennemi du tribun a aussitôt tout l'ordre contre lui. L'hostilité est réciproque, et sous ce double aspect elle tient dans le même mot. Il passe ensuite du vocabulaire plébéen dans la langue juridique de la cité, pour qualifier d'ennemis publics les responsables d'un crime d'Etat. L'instrument de ce transfert fut le tribun, quand il entreprit de les poursuivre devant le peuple. La légende des duumvirs a obscurci l'histoire du mot, comme si dès les temps royaux il appelait une sanction officielle. La *perduellio* a toujours été l'affaire des tribuns, d'abord comme atteinte à leur inviolabilité, ensuite comme délit public dont ils requièrent la peine.

Lorsque l'administration de la preuve est terminée, le tribun s'adresse en ces termes au coupable : « *tibi perduellionem iudico* »⁸⁴, avant de saisir les comices. Cette formule n'est pas un banal acte d'ac-

⁸² Mommsen, *Strafrecht* 168 n. 5 = *Droit Pénal* 1.194 n. 4

⁸³ *Auctor ad Heren.* 4.15; Fest. 58.91 L. Sur l'histoire du mot, Magdelain, *Hist.* (1973) 420 suiv.

⁸⁴ Liv. 26.3.9; 43.16.11 (à rapprocher de 1.26.7).

cusation, même si dans la pratique elle se ramène à cela⁸⁵; c'est un jugement, comme l'indique le verbe *iudico*. L'annalistique l'a empruntée au procès tribunitien pour la mettre dans la bouche du duumvir mandaté par le roi contre Horace⁸⁶; le héros répond: «*provoco*». Appel est fait contre une sentence capitale. Cet enchaînement est dicté par la *lex horrendi carminis*: «*duumviri perduellionem iudicent; si a duumviris provocarit, provocatione certato*»⁸⁷. Ce faux élégant transfère dans la fiction du procès duumviral l'expression *perduellionem iudicare*, propre au procès tribunitien. L'un et l'autre contiennent, dans les mêmes termes, la condamnation à mort incluse dans l'énoncé du délit. Le mot *perduellio* qui le désigne n'oublie pas qu'il évoque la mise hors la loi de l'ennemi public. Le parallèle s'arrête là. La *provocatio* sur laquelle s'articule le procès duumviral, fait défaut dans le procès tribunitien. L'habile faussaire qui a rédigé la loi royale voulait rendre hommage à l'appel en lui prêtant ce lointain passé⁸⁸. Au point de vue de la technique juridique, il n'a pas trouvé de moyen plus commode pour relier le jugement duumviral à celui du peuple. Entre deux jugements consécutifs, l'appel est la meilleure transition. Et cependant rien de tel dans le procès tribunitien. Le motif est simple: la loi Valeria n'a créé la *provocatio* qu'à l'encontre des titulaires de *l'imperium*, elle ignore les tribuns de la plèbe; elle protège le citoyen contre la *securi percussio*, non contre la précipitation de la Roche Tarpéienne. Face à la coercition capitale des tribuns, ce qui a tenu le législateur en respect, c'est leur inviolabilité. Elle rend contre eux l'appel irrecevable⁸⁹. Une seule fois l'annalistique en invente un contre un tribun, c'est celui de l'ancien décemvir Appius Claudius, sans que l'affaire soit ensuite portée devant le peuple⁹⁰. Par un effet littéraire dramatique mais facile, l'ex-tyran aux abois en est réduit à se placer de façon illégitime sous cette sauvegarde de la liberté.

Reste à savoir dans les procès tribunitiens pourquoi en l'absence d'appel le peuple est saisi. On s'égarerait en pensant que le tribun

⁸⁵ Ce sens atténué de *iudicare* apparaît par exemple dans Cic. *leg.* 3.6; *de domo* 45.

⁸⁶ Liv. 1.26.7.

⁸⁷ Liv. 1.26.6.

⁸⁸ Dans le même sens, Cic. *rep.* 2.54; cf. G. Rohde, *Die Kultsatzungen der römischen Pontifices* (1936) 15 suiv.

⁸⁹ Magdelain, *Hist.* (1973) 416 suiv.

⁹⁰ Liv. 3.56.10; voir Magdelain, *Iura* 20 (1969) 283 n. 97. Sur l'absence de *provocatio* dans les procès tribunitiens, Brecht, ZSS. (1939) 269: ceci apparaît clairement dans les descriptions détaillées de tels procès chez Tite-Live (25.3; 26.3; 43.16), D, H, 7.17.5 parle maladroitement d'un appel contre une amende du tribun; les seules amendes qui soulèvent un appel sont celles du Grand Pontife.

apporte lui-même cette limitation à sa puissance et fait preuve de bon vouloir pour laisser sans tâche son image de démocrate. En réalité, il ne peut pas faire autrement. Qu'il y ait appel ou non, depuis la loi Valeria le peuple est seul compétent pour prononcer une sentence définitive contre les coupables d'un crime d'état. La sentence du tribun n'est pas exécutoire et doit être confirmée par les comices. Si ces deux sentences se suivent sans le lien de la *provocatio*, c'est que seule la seconde émane d'une compétence souveraine.

Lorsque les tribuns ont pris la charge des délits politiques, ils n'y furent pas invités par le législateur⁹¹. Comme par le passé, ce type de répression restait étranger à la loi. Les XII tables n'y avaient pas touché; la peine capitale n'avait retenu leur attention que lorsqu'elle frappe les criminels de droit commun. En l'absence de définition légale du crime d'état, les tribuns disposaient de la même liberté qu'autrefois les consuls pour décider quels comportements méritaient d'être poursuivis. La liste qu'on en peut dresser pour l'époque médio-républicaine ne résulte d'aucune codification, mais de la série des procès intentés par les tribuns. A leur gré, il leur était loisible selon la gravité des faits de demander aux tribus une amende ou aux centuries la mort. Dans la phase préparatoire du procès, avant que les comices soient saisis, ils pouvaient d'abord s'en tenir à une amende et puis modifier leur conviction pour demander le châtiment suprême⁹². Ces deux sortes de procès se rapportent souvent à des délits assez semblables, mais on se trompe si l'on pense qu'ils forment un tout, dans lequel il n'y aurait d'autre diversité que le degré de la peine. Avec une rigueur remarquable, la qualification de *perduellio* est réservée aux procès capitaux⁹³; on n'en use pas, quand la peine est une *multa*. Ce n'est pas une loi, ce sont les tribuns qui ont introduit le mot dans la langue officielle, où il conserve la marque de son origine: quand ils le prononcent au cours du procès, avant de saisir les comices, cela revient à dire que l'accusé est un ennemi public, aucun doute n'est plus possible sur la nature du châtiment.

Le développement des procès de *perduellio* ne fit pas disparaître la coercition capitale des tribuns. Elle reposait sur les lois sacrées de

⁹¹ Lorsque Tite-Live (26.3.8 : *legibus*) fait allusion à une base légale du procès de *perduellio*, il s'agit ou bien d'un renvoi aux lois sacrées sur l'inviolabilité tribunitienne (Brecht, *Perduellio* 193; Magdelain, *Hist.* [1973] 422) ou au verset décemviral sur la peine de mort (Bleicken, *Lex publica* [1975] 370). Dans les deux cas, l'allusion est sans valeur.

⁹² Liv. 26.3.

⁹³ Voir le groupement des textes chez : Magdelain, *Hist.* (1973) 406 n. 6; cf. Brecht, *RE.* 19.628. Le cas souvent discuté de Q. Pleminius en 204 reçoit la qualification de *perduellio* (Gell. 6.9.9), comme l'a montré Bleicken, *Volkstribunat* 121.

la plèbe, qui ne pouvaient pas plus être abrogées que tomber en désuétude. La loi Valeria n'avait rien changé à cet égard. En cas d'offense à leur personne, deux voies s'ouvraient aux tribuns. Comme en 169 contre les censeurs, ils pouvaient se contenter d'un procès comitial⁹⁴. Mais au nom de leur sacrosainteté il leur était permis de s'emparer du hors la loi et de le précipiter du haut de la Roche Tarpéienne, sans *provocatio* et sans jugement⁹⁵. De tels incidents⁹⁶ se produisirent en 131 et en 86. Le tribunat revenait à ses origines révolutionnaires. Seule l'intercession d'un collègue pouvait sauver le malheureux, on en relève un cas.

La loi Valeria n'avait apporté de restriction qu'à la coercition capitale *domi*, sans toutefois éliminer celle des tribuns; elle laissait aussi sans changement la juridiction des questeurs sur les crimes de droit commun. La *provocatio* n'était pas opposable à ces magistrats inférieurs, dépourvus de coercition capitale; et la compétence comitiale que la loi Valeria avait fait prévaloir pour les délits politiques, ne s'étendait pas aux crimes de droit commun. Sous aucune forme, en appel ou non, la justice du peuple ne s'imposait à eux. C'était un legs du passé dont on s'accommoda assez longtemps. Dans les XII tables, où n'ont pas de place les délits politiques⁹⁷, le catalogue limitatif, selon Cicéron⁹⁸, des crimes capitaux ne fait qu'un avec celui des crimes de droit commun, que les décemvirs confient à la compétence des questeurs, comme le rappelle Pomponius⁹⁹. Abstraction faite des délits contre la moisson, le code décemviral ne prévoit la peine capitale que pour le meurtre et les crimes qui lui sont assimilés¹⁰⁰, comme le

⁹⁴ Liv. 43.16; cf. Brecht, *Perduellio* 285.

⁹⁵ Dio Cass. 53.17.9.

⁹⁶ Liv. *per.* 59; Plin. *n. h.* 7.143 d'une part et d'autre part : Vell. Pat. 2.42.2. Mommsen explique ces faits soit par la légitime défense du tribun (*Staatsrecht* 1.157 = *Droit public* 1.173), soit par le climat politique (*Strafrecht* 932 = *Droit Pénal* 3.271).

⁹⁷ Il a été déjà remarqué (note 36) que celui qui *hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit* (Marc. D. 48.4.3 = XII t. 9, 5) n'est puni de mort par les décemvirs que parce qu'il met des vies humaines en péril, donc à titre de délit assimilé au meurtre, non comme délit politique.

⁹⁸ Cic. *rep.* 4.12 (= XII t. 8.1 b) : *duodecim tabulae cum perpauca res capite sanxissent*.

⁹⁹ Pomp. enchir, D. 1.2.2.23 (= XII t. 9.4) : *quaestores constituebantur a populo, qui capitalibus rebus praeessent : hi appellabantur quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex duodecim tabularum*.

¹⁰⁰ On ne connaît la disposition des XII tables sur le meurtre que par une allusion de Plin. *n. h.* 18.12 (= XII t. 8.24 b) : *gravius quam in homicidio*. Sur les crimes assimilés au meurtre dans les XII tables, Mommsen, *Strafrecht* 612 suiv. = *Droit Pénal* 2.324 suiv.; Magdelain dans *Du châtement dans la Cité*, *Collect. de l'Eco-*

malum carmen ou l'incendie volontaire, parcequ'ils mettent des vies humaines en péril. Le principe est simple : ne mérite la mort que celui qui l'a donnée ou tenté de le faire par ruse. C'est le talion. Les *quaestores parricidii* étaient le tribunal du meurtre et cette compétence ne laisse aucun doute sur le sens du mot *parricidium*¹⁰¹. Au premier âge républicain, ce tribunal a en droit pénal un rôle unique, il diffère tout autant de la justice civile¹⁰² qui punit les délits privés sans jamais condamner à mort, que de la coercition capitale qui réprime les délits politiques sans que la loi s'en mêle.

Le tribunal du meurtre porte la marque de l'ancien droit, il était appelé à disparaître pour faire place à la justice comitiale. Ce ne fut pas une loi, mais un édit, connu sous le nom de *commentarium anquisitionis*¹⁰³, qui ordonna aux questeurs de saisir les centuries. On ignore l'auteur qui ne peut être qu'un magistrat supérieur¹⁰⁴, dictant au questeur la marche à suivre. L'édit est postérieur à 242, comme l'indique le pluriel *praetores*. La procédure est décrite avec une certaine minutie, du prêt d'auspices à l'ouverture

le fr. de Rome, 79 (1984) 564 suiv. ; dans cette étude l'adage « *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto* » est présenté comme une synthèse de la théorie du meurtre : sont assimilés au *paricidas* ou meurtrier tous ceux qui ont provoqué la mort par ruse ; ce sont précisément les criminels de droit commun qu'énumèrent les XII tables et qui reparaissent en général dans la *lex Cornelia de sicariis*.

¹⁰¹ Voir l'article cité à la note précédente. A part l'expression *quaestores parricidii* le sens premier survit dans Fest. 247 L ; Plut. *Rom.* 22.4 ; Pompeius, *Gram.* (Keil) 5.301 et notamment dans la loi sacrée sur la sacrosainteté tribunitienne : Fest. 424.10 L « *si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit* », Festus précise : *parricidi non damnatur*.

¹⁰² Contre la thèse de Kunkel, *Untersuchungen* 97 suiv., qui admet que la procédure de *sacramentum* s'appliquait aux crimes de droit commun, voir Pugliese, *BIDR.* 66.153 suiv. ; contre l'utilisation dans le même but de D. H. 10.5 par Kunkel (ZSS. [1967] 382 suiv.) voir Behrends, ZSS. (1973) 467 n. 20. A la suite de l'*addictio* du voleur manifeste il n'y a pas d'exécution privée : Magdelain, *loc. cit.*, 566 suiv.

¹⁰³ Varro, *lingua lat.* 6.90-92. Varron indique que ce texte est un édit : 92 *in eodem commentario anquisitionis ad extremum scriptum caput edicti* ; voir Premers-stein, *RE.* v. *commentarii*, 4.733. Le texte est délicat à établir sur certains points : Vetter, *Rhein. Mus.* (1958) 278-283 ; Riganti, *Varrone. De Lingua latina* libro VI (1978) 187-190 ; Flobert, *Varron La langue latine* (1985) 167-169. Au point de vue politique : L. Ross Taylor, *Roman voting assemblies* (1966) 157. Sur le questeur M. Sergius à qui s'adressait cet édit : Münzer, *RE.* v. *Sergius*, 9 (1962) n. 18. Pour un aperçu juridique, Amirante, *Iura* (1983, mais 1987) 25-26.

¹⁰⁴ Premersstein, *loc. cit.*

de l'assemblée. Cet édit rendu dans un cas précis¹⁰⁵ servit ensuite de modèle, sans qu'il paraisse avoir été renouvelé. Il introduisit une réforme radicale que le magistrat supérieur imposa à son auxiliaire, le questeur, en le dessaisissant de sa juridiction capitale au profit des comices. Désormais, ce n'était pas à lui de statuer, il portait directement l'affaire devant le peuple. Les rares procès que le questeur conduisit en des temps plus anciens devant les centuries sont une anticipation de cette réforme relativement récente. Le *commentarium anquisitionis* complétait la loi Valeria. A leur tour, les crimes de droit commun, comme les délits politiques, étaient jugés par les comices. C'est seulement alors que l'on peut parler d'une compétence générale et souveraine du peuple en matière capitale. C'est ce que fit, l'adage célèbre qui déclare qu'en ce domaine le *comitatus* était devenu souverain, *maximus*, comme il l'était en quelques autres. L'insertion de ce verset dans les XII tables accrut son prestige. Déjà la *provocatio* n'avait qu'une valeur symbolique, il ne la mentionne même pas. Aucun appel n'avait à être interjeté, d'emblée un magistrat doit saisir les comices, quelle que soit la nature du crime, politique ou de droit commun. Le peuple avait fait triompher sa compétence d'abord dans un domaine, puis dans l'autre, l'adage enregistrait sa victoire complète. Elle frappa les esprits. Plaute¹⁰⁶ rappelle à plusieurs reprises ce monopole des comices : *capitis comitia*, et Polybe en donne une définition lapidaire : 6, 14, 6 Θανάτου δέ κρίνει μόνος (ὁ δῆμος). Pour eux c'est une question d'actualité, ils ne songent même pas au parrainage des décemvirs, invoqué abusivement par les prudents. Il ne faudrait pas être aujourd'hui plus naïf qu'un poète comique et un historien grec, parfaitement au courant des choses de leur temps, et faire remonter la souveraineté populaire au début de la République. Après Polybe on perçoit encore un ton de modernité dans la loi osque de Bantia (cap. 3) lorsqu'elle emprunte à Rome la procédure comitiale¹⁰⁷. Du début du II^e siècle à celui du I^{er}, ces textes sans aucune référence au passé célèbrent avec une certaine complaisance un récent progrès de la démocratie.

¹⁰⁵ Varron (6.92) rappelle que l'accusé est un *privatus*, ce qui est habituellement le cas pour les crimes de droit commun, et précise son nom, T. Quinctius Trogus, sans qu'il y ait lieu de le tenir pour fictif.

¹⁰⁶ Aulul. 700 : *de capite . . . comitia*; Pseud 1232 : *centuriata . . . capitis comitia*; Truc. 819 : *meo illic nunc sunt capiti comitia*.

¹⁰⁷ Sur cet emprunt, Galsterer *Chiron* 1 (1971) 199, 213. Contrairement à cet auteur, Frederiksen, *JRS.* (1975) 192 émet des doutes sur une datation de cette loi à l'époque syllanienne, trop tardive eu égard au tribunal du peuple.

«PROVOCATIO AD POPULUM»

Depuis plusieurs années, en droit pénal romain s'est fait jour avec un succès croissant une image nouvelle de l'appel au peuple, qui est devenu sous la plume de divers savants un appel au secours¹. Ce qui passait pour une institution est ramené à un fait divers. Le citoyen qui voit s'abattre sur lui la coercition du magistrat, se borne dans cette perspective à invoquer l'aide matérielle de la foule. Au lieu de porter l'affaire devant les comices, il recourt à l'insurrection. Cette vue singulière repose sur un certain nombre de récits annalistiques qui associent dans les premiers temps de la République la *provocatio ad populum* et l'aide qui est demandée à l'assistance : *fidem (Quiritium, populi) implorare*. En 473, Publius Volero crie d'abord : «*provoco ad populum*», puis : «*provoco et fidem plebis imploro*» (Liv. 2,55,5-6). Quelques années plus tard, les annales enregistrent les mêmes paroles dans la bouche de l'ancien décemvir Appius Claudius, quand va s'ouvrir son procès (Liv. 3,56,5-9). De tels récits rapprochent deux choses différentes que les théoriciens du droit pénal romain proposent de confondre. Autre chose est la *provocatio ad populum*. Autre chose l'appel au secours physique. La *provocatio* peut aussi bien se passer de cet appel (par exemple dans les lois qui la sanctionnent) que cet appel se passer d'elle. En littérature latine, il est un lieu commun². Ces deux manifestations poursuivent des carrières différentes; et quand il leur arrive de se rencontrer, cela n'autorise en rien à dire qu'elles s'identifient.

On peut discuter sur le sens littéral de *provocare*³. La *provocatio ad populum* doit être à la fois rapprochée et distinguée de la péripétie de la justice civile que rapporte Gaius au cours du déroulement de la revendication devant le magistrat : 4,16 *sacramento te provoco*. *Provoco* n'a pas tout à fait le même sens dans ces deux registres et de l'un à

¹ Pour une vue synthétique de cette nouvelle conception, Lintott, ANRW, I, 2 (1972) p. 226-267.

² Voir les textes ap. Lintott p. 229 n. 17, 18.

³ M. Elster, *Studien zur Gesetzgebung der frühen römischen Republik*, 1976, p. 121-126.

l'autre il est employé de façon transitive ou intransitive. Cependant, *provoco* dans ces deux emplois est un terme de procédure et tend à faire porter l'affaire soit devant le *iudex unus* soit devant le peuple. C'est dans ce dernier sens que le mot apparaît chez Tite-Live (I, 26,8) dans la bouche d'Horace, meurtrier de sa sœur, avant qu'il ne soit gracié par ses concitoyens. Dans le monnayage⁴ romain on retrouve cette exclamation dramatique pour célébrer la loi qui l'autorisa aux armées, où elle était restée longtemps interdite. Les lois républicaines de *provocatione* et la pseudo-loi sur la *perduellio*, dite *lex horrendi carminis* (Liv. 1,26,6), ont pour but d'ouvrir l'accès des comices aux victimes de la contrainte des magistrats. Et quand une loi accorde à un non-romain le droit d'appel, il ne s'agit pas d'autre chose (*lex* dite *Acilia repetundarum* 78). Sous le consulat de Cicéron, la farce sinistre qui utilisa le procès comitial de *perduellio* contre Rabirius, l'obligea à recourir à ce moyen (Suet. *Iul.* 12 *provocanti*; Dio Cass. 37,27,3). La *provocatio* dirigée contre le Grand Pontife par divers prêtres donna aux comices le soin de se prononcer sur les amendes élevées qu'il avait prononcées contre eux. Qu'il s'agisse de *multa* ou d'exécution capitale, la *provocatio* s'adresse à l'assemblée du peuple. Peu importe que le plus souvent l'affaire tourne court et que le peuple n'ait même pas le temps de statuer, parceque le magistrat renonce à sa coercition et ne donne pas suite, de crainte d'être désavoué. La *provocatio* seule aura suffi pour mettre fin au conflit. L'appel au secours adressé à la foule est autre chose. Quelques récits sur les temps héroïques à la naissance de la République combinent l'un et l'autre. La *provocatio ad populum* n'en est nullement altérée. Elle est une institution et ne se confond pas avec les voies de fait avec lesquelles l'entrelace parfois l'annalistique.

On est passé d'un extrême à l'autre. De nos jours, il n'est plus guère question que d'agitation populaire et d'insurrection là où Mommsen dans son *Strafrecht* avait cru reconnaître la pièce essentielle de la procédure pénale. A ses yeux, chaque fois que se déroule un procès comitial, il a été porté devant le peuple par voie d'appel, si bien qu'après la sentence du magistrat s'ouvre une deuxième instance, que conclut une résolution de l'assemblée. Un mémoire célèbre de Brecht (ZS, 1939, p. 261-314) a montré que la *provocatio ad populum* a un domaine beaucoup plus restreint. En principe, les procès tendant soit à une amende élevée, soit à la peine capitale sont portés directement devant le peuple par le magistrat, sans qu'il ait prononcé de sentence préalable. Sauf rares exceptions, ce schéma souvent reproduit dans les annales n'offre à l'appel aucune occasion de se manifester.

⁴ M. Crawford, *Roman republican coinage*, 1974, I p. 313 n. 301.

ter. Tout le monde reconnaît aujourd'hui que Mommsen a échoué dans sa tentative de placer la *provocatio ad populum* au centre du droit pénal romain. Ce n'est pas une raison pour en faire un simple appel à l'insurrection.

Il n'y a pas à s'arrêter à ces extrêmes. Les lois de *provocatione* n'ont pas en vue les troubles populaires que peut susciter la contrainte du magistrat. Mais elles ne concernent pas plus la justice criminelle. Dans le cours de celle-ci le peuple est saisi directement par le magistrat, sans qu'aucun appel ait à être formulé. Ces lois n'ont pas pour objet la juridiction comitiale, mais la coercition des magistrats supérieurs. Les Romains tiennent la *provocatio* comme l'une des meilleures garanties de la liberté, parcequ'elle apporte un frein à la coercition capitale des consuls.

* * *

Cicéron nous égare quand il fait remonter la *provocatio* aux temps royaux⁵. C'est une institution typiquement républicaine, qui fut imaginée pour limiter l'arbitraire des magistrats. La tradition la fait naître en l'an I de la République⁶, qui dès son origine ne pouvait aux yeux des Romains se passer d'elle. Nul n'était mieux placé que Publicola pour en rédiger la charte. Même si c'est lui qui sous le nom d'un Valerius figure dans le *Lapis Satricanus* récemment découvert, personne aujourd'hui n'attribue plus d'importance à une paternité qui ajoute cette fiction à toutes les autres de cette année. Quelques décennies plus tard la *provocatio ad populum* est absente des XII tables et elle n'y fut pas ajoutée au cours de la modernisation du texte décemviral. Elle n'avait rien à y faire : cette loi traite de la justice criminelle, non de la coercition des magistrats. Cicéron, et lui seul dans nos sources⁷, introduit la *provocatio* dans ce code, qu'il tente ainsi d'harmoniser avec la loi de Publicola. Pour lui, l'appel avait protégé autrefois le citoyen aussi bien contre la coercition du magistrat que contre l'exercice de la justice criminelle (Cic., *Leg.* 3,6; 3,27). Aussi n'hésite-t-il pas à déclarer que dans la loi des XII tables la *provocatio* est une arme *ab omni iudicio poenaeque* (*Rep.* 2,54). De nombreux versets décemviraux (*compluribus legibus*)

⁵ Cic., *Rep.* 2, 54. Il est guidé par le procès d'Horace. L'allusion aux livres pontificaux s'y rapporte sans doute. Celle aux livres auguraux vise les auspices des comices; voir G. Rohde, *Die Kultsatzungen der römischen Pontifices*, 1936, p. 15 suiv.

⁶ Rotondi, *Leges Publicae* p. 190.

⁷ M. Ducos, *Les Romains et la loi*, 1984, p. 76.

en seraient la preuve. Il veut simplement dire que, chaque fois que la loi prévoit la peine de mort, l'appel peut intervenir. Il se met en contradiction avec la tradition d'après laquelle les décemvirs avaient supprimé la *provocatio* (Liv. 3,55,4 *legem de provocatione... decemvirali potestate eversam*)⁸. Il propose une lecture des XII tables en accord avec la loi de Publicola qu'il vient de citer. L'hyperbole est évidente et ne mérite pas qu'on s'y arrête. De nos jours on ne s'y arrête plus. Le pire est le malentendu entre coercition et juridiction.

L'année suivante, en 449, une loi Valeria Horatia aurait rétabli la *provocatio* que l'annalistique a fait abolir par les décemvirs. Elle aurait interdit de *creare* des magistrats *sine provocatione* (Cic., *Rep.* 2,54; Liv. 3,55,4). Il ne s'agit pas seulement de magistrats électifs. *Creare* se dit aussi bien de la *dictio* auspicielle du dictateur (Liv. 2,18,6). La falsification est évidente. Les dictateurs ne sont pas soumis à *provocatio*, et cette loi n'a jamais fait obstacle à leur nomination. C'est une invention de l'annalistique qui se vit dans l'obligation de restaurer l'appel qu'elle avait fait supprimer par les décemvirs⁹.

A la suite de toutes ces falsifications qui glorifient la famille Valeria, on comprend que Tite-Live et sans doute les annalistes en général aient éprouvé de la peine à expliquer qu'en 300 une loi émanant encore d'un Valerius ait servi de nouvelle charte à la *provocatio*. On a raison de penser qu'elle est la première loi sur la question. Mais cela n'autorise pas à supposer qu'avant cette date la *provocatio* ait pu exister à titre facultatif. Cela est bien peu probable. Un tel régime eut suscité de graves flottements. Tite-Live (10,9,4-6) rappelle que la sanction des lois *de provocatione* (il parle aussi des lois Porciae) était une question délicate. Elles gênaient les magistrats. Le sénat lui-même ne les a pas toujours respectées, comme le montrent les *quaestiones ex senatusconsulto*. On sait en outre, par l'absence de procès comitiaux *de provocatione* que les magistrats disposés à tenir compte d'elles renonçaient à leur coercition : ils laissaient tomber l'affaire pour ne pas avoir à convoquer le peuple et entrer en conflit avec lui. L'application de ces lois est entourée d'une atmosphère d'ambiguïté.

La loi de 300 répondait à un besoin politique, que l'on a eu aucune peine à discerner. A cette époque l'intercession tribunitienne n'était plus une arme efficace contre la coercition capitale des ma-

⁸ Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischer Kriminalverfahrens*, 1962, p. 30 n. 96.

⁹ Pour un exemple de magistrat *sine provocatione* voir Cic., *Leg agr.* 2, 33; M. Elster, p. 167.

gistrats supérieurs; le tribunat de la plèbe avait perdu sa virulence révolutionnaire. Il paraissait plus expédient de confier la protection des citoyens à l'assemblée du peuple. La loi Valeria institue l'appel au peuple pour remplacer l'*auxilium* tribunitien, devenu insuffisant. Le but de la loi éclaire ses limites. Ce n'est pas une loi qui régit la justice criminelle, elle l'ignore totalement. Elle ne fait qu'apporter un frein à l'arbitraire des magistrats dans l'exercice de la coercition capitale. C'est ce qui résulte du dispositif de la loi, tel que le résume Tite-Live : 10,95 *Valeria lex cum eum qui provocasset virgis caedi securique necari vetuisset*. . . Ce qu'il importe le plus de remarquer, c'est que ce texte ne traite que d'une seule forme d'exécution capitale : la décapitation par la hache, précédée de la flagellation comme châtiment accessoire. Telle est la forme de la coercition capitale infligée par le magistrat de sa propre autorité. Elle apparaît dans de nombreux textes, notamment chez Tite-Live où il est souvent question des *virgis caesi ac securi percussi*, qu'il s'agisse de soldats romains gravement coupables ou d'étrangers ne méritant pas le pardon de Rome (2,5,8; 2,59,11; 7,19,3; 8,27,7; 9,16,10; 9,24,15; 10,1,4; 24,30,6; 26,13,15; 26,15,8; 26,40,13; 28,29,11; 41,11,8). On ne saurait mieux mettre en lumière la fonction des faisceaux, dont cumulativement verges et hache sont alors utilisés dans le même supplice. Il fait entièrement défaut dans les XII tables, qui ignorent la coercition capitale et ne s'attachent qu'à la justice criminelle. Celle-ci a notamment pour conclusion la *suspensio* à l'*arbor infelix*, la peine du feu, la précipitation de la Roche Tarpéienne. Coercition et juridiction se différencient jusque dans les formes de l'exécution capitale. Dans les XII tables, certains types d'exécution correspondent à certains délits. Il est en général aisé d'identifier l'inspiration de chaque supplice, par exemple lorsque la loi fait périr l'incendiaire par le feu. La décapitation est affaire d'autorité : les verges et la hache groupées dans les faisceaux sont les insignes du magistrat. Comme telle, la *securi percussio* est autrefois absente du catalogue des types légaux d'exécution. Comme la coercition, qu'elle met en œuvre, elle est en marge de la loi. Elle n'est mise en échec avant 300 que par l'*auxilium* tribunitien. Tout autre est la justice criminelle, qui a ses règles et sa procédure. Elle est par définition soustraite à l'arbitraire qui est au contraire, le propre de la coercition. La loi Valeria de 300 n'embrasse pas l'ensemble de la répression – coercition et juridiction confondues. Elle les distingue. Elle a pour critère le mode d'exécution. Elle n'a trait qu'à la décapitation, elle laisse de côté les modes légaux. La juridiction lui est totalement étrangère. Cette loi ne greffe la *provocatio* que sur la coercition capitale du magistrat. Elle est tout aussi indifférente aux autres formes de coercition : *verbera* sans décapitation, *vincula*, *multa*. Pour la flagellation à titre indépendant et pour l'emprisonnement préven-

tif, l'appel au peuple n'est même pas concevable¹⁰. Pour la *multa* il ne se vérifie que contre le Grand Pontife, et il s'agit alors d'une procédure exceptionnelle (*infra*). En somme, la loi Valeria de 300 limite l'arbitraire du magistrat dans l'exercice de la coercition capitale, et c'est son seul objet : elle ne touche ni à la justice criminelle, ni aux autres formes de coercition.

La *provocatio* commença par n'être opposable au magistrat supérieur que *domi*, autrement dit à Rome et dans le rayon d'un mille¹¹. Avant la loi Valeria, la coercition capitale s'exerçait aussi bien en ville qu'au de-là. Il ne faut pas dire que le droit de la guerre s'appliquait *domi* et qu'il y était aussi inflexible qu'aux armées. Ce contresens est né du postulat de l'unité originaire du pouvoir. En réalité, à deux territoires, l'*urbs* et l'*ager*, correspondaient deux pouvoirs, le premier civil, l'autre militaire, chacun acquis par des auspices qui lui étaient propres, les auspices d'entrée en charge pour la compétence urbaine, les auspices de départ pour le commandement de l'armée. Le sol inauguré de Rome ne tolérait, hormis triomphe ou siège, ni l'armée ayant partie liée avec la mort, ni rien qui s'y rattachât, notamment l'*imperium* au sens guerrier du mot, le pouvoir militaire. Les deux compétences *domi* et *militiae* étaient profondément distinctes, mais chacune était absolue dans l'ordre qui lui était propre. Pour l'une et l'autre, la coercition capitale à l'origine ne connaissait pas de frein¹². Ce même absolutisme avait le même insigne, les faisceaux. Les verges et la hache étaient utilisées dans le même supplice. Les faisceaux étaient communs au pouvoir civil et militaire. La hache n'était autrefois nullement un attribut réservé au second. Elle était un symbole de souveraineté, elle manifestait le droit de vie et de mort sur les citoyens aussi bien *domi* que *militiae*. Selon la tradition, avant la loi légendaire de Publicola sur la *provocatio*, les fils de Brutus coupables d'avoir conspiré en vue du rétablissement de la royauté furent décapités sur le forum (Liv. 2,5,8). C'était dans les annales le dernier exemple d'une *securi percussio* civile exécutée *domi*. Le récit est exemplaire, il montre qu'avant le régime de l'appel au peuple la coercition capitale des consuls était aussi absolue en ville qu'aux armées et se concluait par la même supplice. Le crime de ces jeunes gens était civil, on n'était pas à cet instant en guerre avec Tarquin. L'instrument du supplice, la hache, était alors au service de la compétence urbaine

¹⁰ Mommsen, *Staatsrecht*, I p. 149, 154 = *Droit public*, I p. 170, 177; *Strafrecht* p. 42, 1 = *Droit pénal*, I, 46, 1.

¹¹ Liv. 3, 20, 7; Mommsen, *Staatsrecht*, I p. 68 = *Droit public*, I p. 78 n. 1.

¹² Magdelain, *Recherches sur l'imperium*, chap. II.

comme du commandement militaire¹³. La pseudo-loi de Publicola a fait rayer d'un trait dans les annales ce type d'exécution à Rome dans l'ordre civil. *Domi*, il passait pour intolérable depuis l'établissement de la *provocatio*.

La tradition veut que depuis 509 la hache ait été ôtée des faisceaux en *ville* (Cic., *Rep.* 2,55)¹⁴. Cet hommage à la souveraineté populaire est anachronique. Pour en arriver là, il fallut attendre la première loi authentique de *provocatione* en 300. A partir de cette date, le magistrat supérieur n'est pas privé de la coercition capitale à Rome, mais il renonce à en user, il ne veut pas être désavoué par le peuple. Cette crainte est constante dans toute l'histoire de la *provocatio*¹⁵. La loi de 300 en subordonnant la coercition capitale à l'appel a eu pour effet pratique d'en suspendre l'exercice jusqu'à la première borne milliaire. Cela se reflète dans l'insigne du pouvoir : la hache disparue des faisceaux *domi* ne subsiste que *militiae*. C'est à la suite de cet enchaînement juridique que la *securi percussio* a pris l'aspect d'une exécution militaire. Elle s'est effacée de l'*urbs* en même temps que la coercition capitale qu'elle met en œuvre. Elle n'a même pas eu l'occasion de survivre à titre civil dans la justice criminelle, laquelle a de tout autres modes d'exécution.

La loi Valeira de 300, en réformant le régime de la coercition capitale, eut pour effet imprévu de transformer le système de la justice criminelle. Jusque là le consul de sa propre autorité punissait les délits politiques, sous réserve de l'*auxilium* tribunitien. Sont notoirement apocryphes les procès politiques qui passent pour s'être déroulés pendant les deux premiers siècles de la République devant la plèbe ou les comices¹⁶. Tant que la hache fut portée en ville dans les faisceaux avant le loi de 300, elle était le symbole et l'instrument de la répression consulaire des délits politiques. A quoi d'autre eût-elle servi ? Le châtement de ces délits était l'affaire des consuls, non des comices¹⁷. En 509, l'exécution des fils de Brutus en est l'exemple. Les

¹³ A Vetulonia, la bipenne est un insigne de souveraineté : Pallotino, *The Etruscans*, 1975, planches 30, 31, commentées p. 280.

¹⁴ Autres textes chez Schwegler, *Römische Geschichte*, II p. 50 n. 4.

¹⁵ Cic., *Phil.* 1, 21-22 à propos de la *rogatio Antonia de provocatione*; Rotondi, *Leges Publicae*, p. 433; J. Martin, *Hermes*, 1970, p. 77 suiv.

¹⁶ H. Siber, *Die plebejischen Magistraturen bis zu Lex Hortensia*, p. 26 suiv., 74 suiv.; G. W. Botsford, *Roman Assemblies*, p. 247, 290; Ogilvie, *Commentary on Livy*, 1965, p. 323 suiv.; Magdelain, *Iura*, 20, 1969, p. 281 suiv.; Bleicken, *Volkstribunat*, 1968, p. 118; L. Ross Taylor, *Voting Assemblies*, 1966, p. 101 suiv.

¹⁷ Le verset décemviral : 9, 1 *de capite civis nisi per comitiatum maximum ne ferunto*, est une addition du III^e siècle : Magdelain, *Iura*, 20, 1969, p. 280 suiv.; Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*, 1980, p. 161.

rédacteurs de l'annalistique en ont fait le seul, parceque dans leur esprit aussitôt après, la même année, la *provocatio* grâce à Publicola mit fin au port de la hache en ville et à la coercition capitale des consuls. Les annales sont en avance d'environ deux siècles. C'est après 300 que le procès comitial de *perduellio*¹⁸ remplace la coercition capitale consulaire. Il est conduit par des tribuns de la plèbe, qui font figure de ministère public; ils portent le procès directement devant les comices, sans qu'aucun appel n'ait été interjeté.

Ce monopole de fait des tribuns de la plèbe, désormais intégrés dans la constitution républicaine, fut contesté par une pseudo-loi royale. Un rédacteur inconnu imagina que des *duumviri* prononceraient une sentence contre laquelle l'accusé de *perduellio* ferait appel au peuple (Liv. 1,26,6 *duumviri perduellionem iudicent; si a duumviris provocarit, provocatione certato*). Ce texte est postérieur à 300, date à laquelle la *provocatio* fait son apparition. Dans ce faux, l'appel au peuple change de nature: il ne sert pas comme dans la loi Valeria de 300 à mettre en échec la coercition capitale des magistrats. Exceptionnellement il tend à faire casser une sentence judiciaire. Cette fois, la *provocatio* n'a pas pour but de faire obstacle à la coercition, elle est le correctif de la juridiction. Mais la juridiction des duumvirs n'avait été imaginée dans ce texte trompeur que pour donner au peuple la faculté de statuer sur le crime de *perduellio*. Cette concurrence faite par les duumvirs aux tribuns de la plèbe n'eut pas d'effet pratique. Elle servit aux annalistes pour faire condamner Manlius Capitolinus, *affectator regni*, par ces duumvirs (Liv. 6,20,12)¹⁹, alors qu'une autre version le fait poursuivre par des tribuns de la plèbe (Liv. 6,20; Gell. 17,21,24). Ces deux versions sont fausses: Manlius mourut sans procès de mort violente au terme de sa sédition (Diod. 15,35,3)²⁰. Les *duumviri perduellionis* n'eurent l'occasion de se manifester que dans le procès légendaire d'Horace (Liv. 1,26) et dans celui de Rabirius, qui en fut la copie (Cic., *Rab. perd.* 15 *ex annalium monumentis atque ex regum commentariis*)²¹. Comme Horace, Rabirius fit appel (Suet., *Iul.* 12 *ad populum provocanti*; Dio Cass., 37,27,3 ἐφῆκε). Une farce judiciaire prenait une légende pour exemple. Ce ne sont pas les duumvirs, mais les tribuns de la plèbe qui devant les comices ont pris le relais de la coercition capitale consulaire qui avant 300 assurait la repression des délits politiques.

¹⁸ Bleicken, *Volkstribunat*, 1968, p. 120 suiv. sur les procès tribunitiens pour *perduellio*.

¹⁹ Mommsen, *R. Forschungen*, II p. 193.

²⁰ G. De Sanctis, *Storia dei Romani*, II (réimpr. 1960) p. 184.

²¹ Magdelain, *Hist.*, 1973, p. 411.

Ainsi la justice comitiale remplaça la coercition consulaire pour châtier ces délits. La forme de l'exécution fut dès lors transformée. Les consuls usaient par l'intermédiaire des licteurs de la *securi percussio*, précédée de flagellation. Après 300, les tribuns de la plèbe avaient à leur disposition, pour punir la *perduellio*, la précipitation du haut de la Roche Tarpéienne, qui était d'une manière générale leur arme favorite. Mais l'exil, dont bénéficiaient les condamnés comme d'une faculté, ne laissait pas à l'exécution capitale le temps d'intervenir²². La pseudo-loi royale sur la *perduellio* déposait les tribuns au profit d'imaginaires duumvirs de la poursuite de ce crime. Au lieu de la précipitation du haut de la Roche Tarpéienne, elle prévoyait la *suspensio* à un *arbor infelix* suivie de flagellation à mort : Liv. 1,26,6 *infelici arbori reste suspendito, verberato vel intra pomerium vel extra pomerium*. Ce type d'exécution²³ n'était pas nouveau. Dans les XII tables il frappait le voleur nocturne de la moisson sur pied (8,9). De longue date, il servait à liquider l'amant de la vestale²⁴. Ce supplice n'avait eu autrefois que des applications ponctuelles. Après 300, la prétendue loi royale dite *lex horrendi carminis* lui ouvrit, au moins en principe, une large carrière. La *securi percussio* était éliminée *domi*, cette loi royale la remplaçait par la flagellation à mort. La hache était maintenant otée des faisceaux, restaient les verges. Le vieux rite de la flagellation à mort, jusque là peu fréquent, devenait théoriquement le moyen de punir la *perduellio*. Le résultat qu'on ne pouvait plus atteindre par la hache, on se proposait de l'obtenir par les verges. Le texte de cette loi royale assura à ce supplice, dans l'esprit des Romains et dans leur littérature, une incroyable fortune. C'était lui qui dans la légende avait menacé Horace (Liv. 1,26), si le peuple n'avait ménagé son salut. C'était lui qui avait frappé Manlius, au moins dans l'une des versions de sa fin (Gell. 17,21,24)²⁵. C'était lui qui comme Horace avait à son exemple menacé Rabirius, sauvé par Cicéron d'un simulacre de procès (Cic. *Rab. perd.* 15,16,28). C'était lui enfin qui planant sur Néron l'avait conduit au suicide (Suet. *Nero* 49). Ce supplice, dit *more maiorum* (Tac., *Ann.* 2,32; Suet., *Claud.* 34; *Nero* 49; *Domit.* 11)²⁶ en raison de ses quelques emplois archaïques, était à la suite d'une série de falsifications historiques présent dans l'esprit de tous, mais ne se manifestait guère. L'exécution des séducteurs des vestales

²² Mommsen, *Strafrecht*, 932 n. 4 = *Droit pénal*, III p. 271 n. 5.

²³ W. A. Oldfather, T.A.P.A. 1908, p. 49 suiv.

²⁴ Liv. 22, 57; voir Mommsen, *Strafrecht*, p. 919 n. 1 = *Droit pénal*, III p. 255 n. 2.

²⁵ Mommsen, *R. Forschung*, II p. 193 suiv.; Münzer, RE, XIV, 1172-74.

²⁶ Mommsen, *Strafrecht*, p. 918 n. 5 = *Droit pénal*, III p. 254 n. 8.

entretenait son actualité²⁷. Toutes ces erreurs et tromperies ne prêtent guère à conséquence, puisque la prétendue loi royale sur la *perduellio* ne s'appliqua jamais et ne connut à propos de Rabirius qu'une esquisse de procédure. Il est plus important de rappeler que les procès tribunitiens de *perduellio*, en raison de l'exil, ne furent pas suivis d'exécution capitale. Dans la pratique, le crime d'État n'eut guère l'occasion d'être puni soit de flagellation à mort à la suite d'un procès duumviral, soit de précipitation du haut de la Roche Tarpéienne à la suite d'un procès tribunitien. La première de ces procédures comitiales ne s'appliqua qu'une fois sans succès sous le consulat de Cicéron; la deuxième assez fréquente laissait volontairement échapper le condamné, on tolérait la fuite. Dans un cas comme dans l'autre, la répression était théorique; et la peine de mort, quel que fut le mode d'exécution, n'était qu'un spectre. Mais, sous une forme ou sous une autre, elle occupait dans l'esprit des Romains une place considérable.

L'autorité des consuls après 300 avait été mise en échec. La menace de la *provocatio* les avait conduits à renoncer à la coercition capitale, remplacée désormais par des poursuites tribunitiennes devant les comices. Restaient toutefois à la magistrature supérieure les mesures moins graves de coercition : *vincula*, *verbera*, etc. Pomponius le rappelle : D. 1, 2, 2, 16 *solum relictum est illis, ut coercere possent et in vincula publica duci iuberent*. La loi Valeria avait ignoré ces aspects moins sévères de la coercition, elle n'institua la *provocatio* que contre la décapitation. En particulier, elle n'avait rien dit de la vente du citoyen. Celle-ci était-elle pratiquée avant 300? C'est peu probable. Elle fut, semble-t-il, imaginée comme expédient pour permettre au magistrat d'échapper à la *provocatio*. Le magistrat renonçait à la coercition capitale mais, à sa place faisait vendre le réfractaire à la levée ou l'*incensus*²⁸. C'était de simples affaires civiles; l'autorité militaire, qui pouvait sans *provocatio* frapper de mort les soldats, n'avait

²⁷ Cicéron à propos de Rabirius pour dramatiser les choses a volontairement confondu *suspensio* à l'*arbor infelix*, accompagnée de fustigation à mort, avec la crucifixion : Brecht, *Perduellio*, 1938, p. 46 n. 2; p. 61 n. 3; Oldfather cit.; Kuhn, ANRW, 11, 25, 1 p. 761 suiv.

²⁸ Voir ma *Loi à Rome*, p. 72-74. En 138 le déserteur Matienus fut flagellé et vendu (Liv. per. 55; Frontin., *Strat.* 4, 1, 20). Mommsen (*Strafrecht*, p. 43 n. 2 = *Droit pénal*, I p. 48 n. 2) a reconnu que dans la rédaction défectueuse de l'épitomé de Tite-Live la mention des tribuns de la plèbe vise un appel qui leur fut adressé sans résultat : il a clairement reconnu ici un cas de coercition consulaire. Dans le même sens, Bleicken, *Volkstribunat*, p. 79 n. 4, qui exclut justement dans cette affaire un procès comitial tribunitien. Cette affaire s'est déroulée à Rome à l'occasion d'un *dilectus*. Pour une autre vue de ce problème, Lintott, ANRW, I, 2, p. 243.

rien à y voir. L'*incensus* est un civil et la levée, qui est antérieure aux auspices de départ, ne relève pas de l'*imperium* militaire. En recourant à la vente des coupables, le magistrat usait d'une coercition très lourde mais exempte de *provocatio* : la loi de 300 était tournée.

D'une manière ou d'une autre, la magistrature supérieure avait fait tant et si bien que la *provocatio* n'avait guère l'occasion d'intervenir. La coercition capitale du consul avait été remplacée soit par des poursuites tribunitiennes devant les comices, soit par la vente du coupable. Si l'on fait abstraction de récits chancelants qui décrivent au début de la République quelques cas légendaires de *provocatio*²⁹, bien avant qu'elle soit reconnue par la loi, curieusement les seuls procès authentiques où l'appel conduit à un *iudicium populi* sont dirigés contre le Grand Pontife. Il lui arrivait, en vertu de son pouvoir de contrôle sur le culte public, de prononcer des amendes élevées contre des prêtres qui étaient amenés, pour une raison ou une autre, de ne pouvoir satisfaire à leurs obligations sacerdotales³⁰. Il n'acceptait pas leurs excuses, notamment l'exercice d'une fonction transmarine, mais eux répondaient à son amende par un appel au peuple. Par rapport aux règles générales du droit pénal, ce type d'affaires est marginal. Il n'est pas d'usage de prononcer une amende au dessus du taux de la *multa maxima*. D'autre part, la *provocatio* en vertu de la loi Valeria de 300 est instituée contre la coercition capitale, non contre les amendes. Ces deux singularités méritent d'être expliquées. Ce sont deux expédients. Les magistrats respectent le taux de la *multa maxima*. Quand ils veulent le dépasser, ce qui est le cas des tribuns de la plèbe et des édiles, ils n'agissent pas de leur propre autorité par un simple décret, ils font une *rogatio* devant le peuple, pour qu'il vote l'amende³¹. Cette voie était fermée au Grand Pontife, dépourvu du *ius agendi cum populo*³², si ce n'est pour les comices pontificaux, par exemple en vue de l'inauguration de certains prêtres. Autrement, il n'y a pas lieu de supposer qu'il ait disposé d'un droit réservé aux magistrats. Aussi bien, ne lui restait-il que la faculté de prononcer contre les prêtres des amendes élevées, en vertu de sa seule autorité sacerdotale. Le

²⁹ On a déjà cité les cas de Publius Volero (Liv. 2, 55, 5-6) et du décemvir Appius Claudius (Liv. 3, 55-5-9).

³⁰ Wissova, *Religion und Kultus der Römer*, 1912, p. 511; Bleicken, *Hermes*, 1957, p. 450 suiv. On relève plusieurs cas : Liv. *per.* 19; Val. Max. 1, 1, 2; Liv. 37, 50, 8; 40, 42, 8-11; *per.* 47; Cic., *Phil.* 11, 8, 18; Fest. 462 L.

³¹ Bleicken, RE v. *provocatio*, XXIII, 2450-51; Elster, 164; Brecht, ZS, 1939, p. 280; Simon, *KL. Pauly v. multa*, III, 1455. Il est bien établi qu'il n'y a pas de lien entre la *multa maxima* et la *provocatio*.

³² Mommsen, *Staatsrecht*, I p. 192, le lui attribue par pure hypothèse. Voir Bleicken, *Hermes*, 1957, p. 463.

taux de la *multa maxima* ne s'imposait qu'aux magistrats, non aux prêtres (Gell. 11, 1, 2 *a magistratibus*; D.H. 10, 50, 2)³³. Tout concourait à ce que le Grand Pontife prononçât lui même de fortes amendes, sans demander l'approbation des comices. Ce faisant et ne pouvant faire autrement, il dérogeait au principe qu'au delà d'un certain taux les amendes doivent être votées par le peuple. C'était l'impasse. Pour en sortir, il n'y avait qu'un moyen, la *provocatio*. Mais elle n'était qu'un expédient, la loi de 300 ne l'avait instituée que contre la coercition capitale. Elle n'avait pas à intervenir contre les fortes amendes des magistrats; les tribuns de la plèbe et les édiles les présentaient directement aux comices³⁴. La *provocatio* contre les amendes du Grand Pontife était exceptionnelle. Elle l'était aussi à un autre point de vue. Les consuls avaient reculé devant l'éventualité de la *provocatio*, qui risquait de les faire désavouer par le peuple. Le Grand Pontife ne reculait pas devant ce risque, il maintenait son amende. C'est qu'en tant qu'autorité sacerdotale il était sûr de son droit. Aussi bien, par une sentence conditionnelle le peuple ne confirmait l'amende pontificale que si le prêtre, qu'elle frappait, persistait à ne pas s'acquitter des devoirs de sa charge. Ce type de sentence comitiale est lui aussi exceptionnel. Le *iudicium populi* autrement ne comporte pas de condition.

En somme, la *provocatio* instituée en 300 avait eu un destin singulier. On la rencontre dans la pratique là où on ne l'attend pas, contre le Grand Pontife. C'est le résultat du conflit entre le droit sacré et le droit public. Elle n'est alors qu'un subterfuge pour sortir d'une situation juridiquement inextricable. Mais là où on l'attend, on n'en voit pas trace. On ne connaît pas d'exemple d'appel au peuple contre un décret consulaire ordonnant la décapitation d'un coupable³⁵. Tel était pourtant le but de la loi, elle soumettait la coercition capitale des consuls au contrôle des comices. Autrement dit, elle subordonnait cette coercition à la juridiction comitiale. Les consuls refusèrent d'engager leur responsabilité dans ce système, de peur de voir leur décision cassée par les comices. Leur coercition capitale disparut, sans laisser à la loi Valeria l'occasion de s'appliquer. La répression des délits politiques passa entre les mains des tribuns de la plèbe qui, sans *provocatio*, portaient l'affaire directement devant le peuple. Le but du législateur avait été de coordonner coercition et juridiction. Le résultat fut tout autre. La coercition capitale des consuls céda la place à la juridiction comitiale.

³³ H. Siber, *R. Verfassungsrecht*, 1952, p. 82.

³⁴ Brecht, *ZS*, 1939, p. 280.

³⁵ Mommsen, *Staatsrecht*, I p. 164 = *Droit public*, I p. 187.

*
* *
*

La loi Valeria avait laissé intacte la compétence *militiae*³⁶. L'appel n'était pas opposable au général en chef, et la hache des faisceaux restait aux armées le symbole de sa toute puissance. La *securi percussio*, que le consul n'ordonnait plus à Rome, était devenue un mode désormais militaire d'exécution capitale. A cela, il y a une réserve, qui mérite d'être appréciée à sa juste valeur. Le dictateur conserve la hache dans les faisceaux *domi* (Liv. 2, 18, 8-9; 8, 33, 18)³⁷. Il n'y a pas à en déduire qu'elle est alors un insigne militaire et que le dictateur exerce en ville le *Kriegsrecht*. Le consul aussi avait la hache à Rome avant l'introduction de la *provocatio*, et son pouvoir était cependant avant comme après exclusivement civil³⁸. Le dictateur garde en ville la hache, parcequ'il est soustrait à la *provocatio* (Liv. 2, 18, 8)³⁹. *Domi* son pouvoir est civil : il dispose de la juridiction civile (Liv. 41, 9, 11), bien qu'il n'en use pas, à la manière du consul qui la conserve comme une simple faculté après l'établissement de la préture. C'est seulement avec les auspices de départ que le dictateur comme le consul acquiert l'*imperium* militaire.

Une des fonctions de la dictature est de mettre fin à des troubles intérieurs; les Romains tenaient ce rôle pour aussi important que l'unité de commandement en temps de guerre. Cicéron dans le *De legibus* (3, 9 *ast quando duellum gravius, discordiae civium escunt*) et l'empereur Claude dans la table de Lyon (29 *in asperioribus bellis aut in civili motu difficiliore*) associent étroitement ces deux missions pour justifier le recours à la magistrature suprême. L'annalistique fait intervenir un dictateur aussi bien contre l'aspirant à la tyrannie Sp. Maelius (Liv. 4, 13) que plus tard contre M. Manlius (Liv. 6, 16),

³⁶ Cic., *Leg.* 3, 6 *militiae ab eo, qui imperabit, provocatio nec esto*, ce qui n'était plus vrai après les lois *Porciae* sur l'appel.

³⁷ Mommsen, *Staatsrecht*, I p. 379; II p. 153.

³⁸ Dans le récit annalistique sur le conflit entre le dictateur L. Papirius Cursor et son maître de la cavalerie en 325 (Liv. 8, 33-35), la *provocatio* n'a aucune valeur : le dictateur accorde sa grâce de sa propre autorité; cf. Waldstein, *Untersuchungen zum r. Begnadigungsrecht*, 1964, p. 74.

³⁹ On trouvera d'autres textes chez Mommsen, *Staatsrecht*, II p. 163 n. 1. La dictature *quaestionibus exercendis* de 314, instituée pour juger des conspirations en Campanie et qui s'étendit à des intrigues électorales à Rome, montre que le prestige de cette magistrature pouvait être utilisé *domi* et *militiae* pour juger des délits politiques. Toutefois les Fastes capitolins appellent ce dictateur *rei gerundae causa*. Sur cette obscure question : Mommsen, *Staatsrecht*, II p. 157, 2; p. 165 n. 6 = *Droit public*, III p. 179 n. 5; p. 188 n. 5; Bauman, *Hist.*, 1973, p. 38; Rilinger, *Chiron*, VIII p. 280; Frederiksen, *Campania*, 1984, p. 229 suiv.

coupable d'un semblable projet, et utilise ces incidents dramatiques pour faire l'éloge d'une magistrature libérée des entraves qui gênaient le consulat. Il est difficile d'apprécier la valeur de ces récits, qui donnent à Tite-Live l'occasion de développer cette louange. Ce thème n'est pas dénué de fondement. En 368, apparaît dans les fastes un dictateur *seditionis sedendae et rei gerundae causa*⁴⁰. Vers la fin de la querelle des deux ordres, on voit par trois fois un dictateur faire voter une loi qui apaise les esprits : en 342 la *lex Valeria militaris*, en 339 la loi *Publilia Philonis* sur l'*auctoritas patrum* et en 286 la loi *Hortensia* sur la force obligatoire des plébiscites à la suite de la dernière sécession de la plèbe.

Lorsque le dictateur apporte, d'une manière ou d'une autre, un terme à des troubles civils, il n'introduit pas en ville le *Kriegsrecht*. Il use de l'immense prestige qui entoure sa charge extraordinaire. Il ne partage son titre avec personne et n'est soumis ni à l'appel au peuple, ni à l'intercession d'un tribun ou d'un collègue. Il a les mains entièrement libres pour ramener la paix intérieure. Il n'impose pas le droit de la guerre aux citoyens. La plénitude de son pouvoir civil suffit. Rien ne permet de supposer que cette prééminence du dictateur ait pris fin en 300 avec la *lex Valeria de provocatione*⁴¹. Cette loi n'institue l'appel au peuple qu'à l'encontre de la magistrature ordinaire. Si elle avait limité aussi le pouvoir du dictateur, l'annalistique toujours à l'affût des progrès de la *provocatio* n'aurait pas manqué de le dire⁴². Elle rappelle avec insistance que dès son apparition la dictature est exempte de *provocatio*, mais cela n'a de sens qu'après que la loi de 300 ait institué celle-ci.

Avant cette loi, la *provocatio* ne s'imposait ni au consul, ni au dictateur ; et aucune clause de leur investiture n'était nécessaire pour les en dispenser. On n'eût recours à la mention «*optima lege*» (Fest. 216 L), quand on nommait un dictateur, que pour le décharger d'une contrainte, qui depuis la loi Valeria pesait sur le consul. On voulait dire par là que le dictateur conservait un *plenissimum ius* comme par le passé, ce que répète Festus en ajoutant : *utpote imminuto iure priorum magistrorum*⁴³. Cette clause «*optima lege*» ne se rapporte pas à l'*imperium militiae*, auquel la loi Valeria n'avait pas touché, quel qu'en soit le titulaire. A l'aide de cette mention, la compétence *domi* du dictateur échappe à la *provocatio*, qui limite celle du consul. Pour soumettre ensuite le

⁴⁰ Leifer, *Studien zum antiken Amterwesen*, 1931, p. 111 ; Lübtow dans *Der Staatsnotstand*, publié par E. Fraenkel, 1965, p. 118 suiv.

⁴¹ Contra Bauman, *Hist.*, 1973, p. 34 suiv.

⁴² Elster, p. 169.

⁴³ Sur ce sens d'*imminuto* comme intact, voir Lübtow, p. 116 suiv.

dictateur à cette restriction, aucune loi ne fut nécessaire; il n'y avait qu'à omettre, si on le jugeait bon, ces deux mots dans son investiture. Au cours du III^e siècle jusqu'à la guerre Hannibalique, les dictateurs se raréfient. Et il est vain de se demander si on étendait la *provocatio* plutôt aux dictatures spéciales qu'à la dictature militaire. Il suffit de remarquer que c'est alors qu'on eût recours à la clause «*optima lege*» pour maintenir sans limite, s'il y avait lieu, la coercition capitale.

Le thème littéraire des magistratures *sine provocatione* de l'âge archaïque est purement artificiel. On dramatise à bon compte à propos du deuxième collège décemviral, réputé détestable; ou on exalte aisément les dictateurs qui grâce à leur liberté d'action rétablirent autrefois en ville la paix civile. La différence entre magistratures supérieures ordinaires et extraordinaires est ailleurs, les deuxièmes étaient seules à ne pas être exposées à l'*auxilium* tribunitien, mais avant 300 elles étaient les unes et les autres également libres de *provocatio*. Après cette date, seule la dictature en vertu d'une clause spéciale conserve en ville la hache dans les faisceaux, que perdirent le consulat et la préture. Mais il ne semble pas qu'on en fait grand usage. C'était surtout une affaire de prestige, qui eut sans doute son prix lors de la dernière sécession de la plèbe ou pendant la guerre Hannibalique.

A première vue, on pourrait être tenté de croire qu'après la loi Valeria il n'y eût plus à Rome même de *securi percussio* ordonnée par un consul. Ce serait une erreur. Contrairement à ce que l'on pense souvent, le lieu de l'exécution est indifférent. Peu importe que l'autorité qui prononce la condamnation soit civile ou militaire; l'exécution pourra avoir lieu dans les deux cas aussi bien en ville qu'ailleurs. Ce qui diffère, c'est le mode d'exécution. Le mode civil par excellence, la *suspensio* à l'*arbor infelix* avec flagellation jusqu'à ce que mort s'ensuive, peut, selon les termes du formulaire mis au compte d'un roi, se dérouler *vel intra pomerium vel extra pomerium* (Liv. 1, 26, 6). La sentence émane du peuple, elle est partout exécutoire. Inversement, la *securi percussio*, qu'ordonne l'autorité militaire, peut dans un but d'exemplarité avoir lieu à Rome même sur le forum, parceque nulle part la *provocatio* n'est opposable à la décision du général en chef. En somme, dans ces deux cas le lieu ne fait rien à l'affaire. La sentence du peuple et la décision du général ont partout la même valeur. N'est soumise à *provocatio* que la coercition capitale qu'exerce *domi* le consul⁴⁴.

⁴⁴ Brecht, *Perduellio*, p. 71.

En 270, à Rhégion une garnison de *cives Romani Campani* se livra à des pillages et massacres⁴⁵. L'un des consuls donna l'assaut contre les rebelles, qui furent tués en grand nombre. Plus de trois cents, faits prisonniers, furent envoyés à Rome et là sur le forum après avoir été passés par les verges furent décapités. L'ordre émanait des consuls selon Polybe (1, 7, 12); et Valère Maxime (2, 7, 15) ajoute que l'opposition d'un tribun de la plèbe fut sans effet. Contre la coercition capitale du général en chef, il n'y avait alors pas de remède, ni intercession tribunitienne, ni *provocatio*. L'exécution à Rome n'y changeait rien. Une exécution en masse sur le forum n'était pas alors une nouveauté. Les Romains comme d'autres peuples (Liv. 7, 15, 9) avaient eu recours à cet impressionnant cérémonial contre des cités étrangères, dont il voulaient tirer vengeance (Liv. 7, 19, 2; 9, 24, 15). En 270, les victimes étaient des Romains, mais Campaniens. Denys d'Halicarnasse (20, 16; cf. Orose 4, 3, 5), pour atténuer la brutalité de la chose, attribue la sentence aux tribus. Cette version édulcorée a peu de poids en face du témoignage de Polybe. Seule une condamnation consulaire pouvait être suivie de *securi percussio*, non un vote du peuple⁴⁶. A cette date, c'est un mode d'exécution exclusivement militaire⁴⁷.

* * *

La loi Valeria de 300 n'avait trait qu'à la coercition, et c'est seulement par voie de conséquence qu'elle a bouleversé, sans l'avoir prévu, la justice criminelle. Dans l'ordre de la coercition, cette loi n'avait qu'une portée assez étroite, aussi importante fût-elle : sans toucher aux autres formes de contrainte que le magistrat peut exercer sur le citoyen, elle ne soumettait à *provocatio* la coercition capitale qu'à Rome même jusqu'à la première borne milliaire. Il restait à l'arbitraire du magistrat un domaine immense que des lois Porciae⁴⁸, d'ailleurs mal connues, tendirent à restreindre. L'une d'elles interdit la

⁴⁵ Sur cet épisode, pour un état de la question, voir Bauman, *Lawyers in roman republican politics*, 1983, p. 85-91.

⁴⁶ D'ailleurs, les centuries seules eussent été compétentes, malgré l'énorme difficulté de la procédure pour un délit collectif. Denys d'Halicarnasse n'a pas mentionné les tribus à la place des centuries, comme cela arrive parfois dans les annales : il parle d'un vote de toutes les tribus, cela n'aurait aucun sens pour les centuries.

⁴⁷ Mommsen, *Staatsrecht*, I p. 379 suiv. = *Droit public*, II p. 10.

⁴⁸ J. Martin, *Hermes*, 1970, p. 87-91.

flagellation à Rome et dans tout l'empire à l'encontre des citoyens⁴⁹ comme simple châtement corporel, sans toucher à la flagellation à mort comme mode civil d'exécution. L'appel au peuple n'avait même pas à intervenir, c'était une interdiction pure et simple (Sall., *Cat.* 51, 22 *vetat*). Il n'y a pas de procès comitial avec la flagellation pour objet⁵⁰. C'est pourquoi une simple interdiction suffisait. Les lois Porciae (peut-être la même) ont également interdit au profit des citoyens, sous peine de graves sanctions, la coercition capitale dans tout l'empire⁵¹. Les Romains (Cic., *Rep.* 2, 54; Liv. 10, 9, 4) ont rapproché de telles mesures de la *provocatio*. La parenté est évidente. Mais il n'y a pas identité. Les lois Porciae interdisent la flagellation et la coercition capitale, mais ne les soumettent pas à l'appel au peuple. La loi Valeria avait enseigné que ce système n'était pas pratique. Les lois Porciae se contentèrent de brandir de lourdes sanctions comme une menace, qui loin de Rome ne fut pas toujours suivie d'effet⁵².

Le citoyen sur lequel s'abattait la coercition du magistrat, qu'il s'agisse des verges ou de la mort, n'avait pas à dire «*provoco*», puisque ces lois n'avaient organisé aucune procédure d'appel; il n'avait qu'à se prévaloir de sa citoyenneté, qui à elle seule suffisait à le mettre à l'abri: «*civis Romanus sum*» (Cic., *Fam.* 10, 32, 5; *Verr.* 2, 5, 162-163; Suet., *Galba* 9; Actes des Apôtres, 22, 25; cf. Diod. 27, 12, 3)⁵³. L'opposition entre les deux formules est très nette⁵⁴ et correspond à deux types de législation, selon que la coercition est soumise à l'appel ou interdite.

Toutefois, dans un domaine précis, aux armées, une loi Porcia a autorisé la *provocatio*. Une monnaie célèbre, émise par P. Porcius

⁴⁹ Sall., *Cat.* 51, 22 (*Lex Porcia vetat*); Cic., *Verr.* 2, 5, 162-163; *Rab. perd.* 12; *Att.* 5, 11, 2 (Shackleton Bailey, *Cicero's Letters to Atticus*, 1968, III p. 207); Liv., *per.* 57; Fest., *Pro scapulis* 266 L; voir Bleicken, RE v. *provocatio*, XXIII, 2448; Fuhrmann, RE, Sup. IX v. *verbera*, 1593.

⁵⁰ Mommsen, *Staatsrecht*, I p. 149 = *Droit public*, I p. 170-171; *Strafrecht*, p. 42 n. 1 = *Droit pénal*, I p. 46 n. 1.

⁵¹ Liv. 10, 9, 4 *Porcia tamen lex sola pro tergo civium lata videtur, quod gravi poena, si quis verberasset necassetve civem Romanum, sanxit*; Cic., *Verr.* 2, 5, 162-163; Sall., *Iurg.* 69, 4 *nam is ex Latio erat*, où il apparaît que le général n'avait plus le droit de faire exécuter un citoyen romain, mais avait ce droit sur un Latin: Mommsen, *Strafrecht*, p. 31 n. 3; A.H.M. Jones, *The criminal courts of the roman Republic and Principate*, 1972, p. 23-24; Fuhrmann, RE, Sup. IX v. *proditio*, 1228.

⁵² Comme le montre le cas célèbre de Gavius: Cic., *Verr.* 2, 5, 162-163. Il faut citer aussi le cas de Fadius, ancien soldat de Pompée: Pollio ap. Cic., *Fam.* 10, 32, 3.

⁵³ Sur l'expression *ius virgarum* comme privilège de la citoyenneté: Plin. *n.h.* 7, 136; cf. Bleicken, RE, XXIII, 2448.

⁵⁴ De Martino, *Storia della costituzione romana*, II (1973), p. 427.

Laeca vers la fin du II^e siècle (Sydenham n. 571; Crawford n. 301), représente au centre un militaire tendant le bras vers un *togatus* à gauche, tandis qu'un licteur à droite s'approche de lui. La légende est *PROVOCO*. Qui prononce ce mot? On a prétendu que c'était le *togatus* pour se protéger du militaire qui a le bras tendu. C'est peu probable. L'auteur de la *provocatio* est évidemment le personnage central, à lui se rapporte la légende. Ce militaire joint le geste à la parole pour s'adresser au *togatus*, qui représente le peuple romain, comme on l'a justement remarqué⁵⁵. Également dans la langue latine il arrive que le singulier ait une valeur collective, par exemple lorsque *miles* désigne l'armée. Toute la tension de la scène est entre le commandement militaire et la souveraineté populaire, thème cher aux Romains. Ainsi interprétée, cette monnaie montre l'extension de la *provocatio* aux armées au profit des soldats. Il ne pouvait pas en être autrement. La discipline militaire ne tolérait pas l'abolition de la coercition capitale à l'armée. Cette coercition était maintenue, mais soumise à l'appel. On ne sait pas comment cette loi fut appliquée⁵⁶. Mais on n'a aucune peine à voir comment elle fut tournée⁵⁷. Le *fustuarium* n'avait pas été aboli, cette bastonnade à mort par l'ensemble des soldats (Pol. 6, 37) était une sorte de lynchage, qui échappait aux restrictions légales imposées à l'exécution officielle. La responsabilité du général ne paraissait pas engagée. Un artifice du même genre permit de maintenir le châtiment corporel aux armées. Au lieu d'appliquer la flagellation par les verges, interdite partout par une loi Porcia, on se contentait de la correction à coups de ceps de vigne, insigne du centurion : Liv., *Per. 57 quem militem extra ordinem deprehendit, si Romanus esset, vitibus, si extraneus virgis cecidit* (en 134)⁵⁸. Les verges étaient plus flétrissantes que le bâton, on ne les conservait que pour les étrangers. Par une *rogatio*, Livius Drusus tenta, semble-t-il sans succès, d'y soustraire les Latins, même à l'armée (Plut. *C. Grac.* 9, 5). Sur ce point encore, les citoyens jouissaient d'un privilège.

Les lois Porciae n'avaient pas dénaturé la *provocatio*, qui n'est opposable qu'à la coercition capitale. Quand l'une d'entre elles voulut mettre un terme à la flagellation, ce fut tout simplement par voie d'interdiction. Le législateur avait respecté la finalité de l'appel au peuple, qui est de corriger l'arbitraire du magistrat, quand il y va de la vie ou de la mort d'un citoyen.

⁵⁵ Strachan-Davidson, *Problems of roman criminal law*, 1912, I p. 117-118; H. Mattingly, *Roman Coins*, 1960, p. 82.

⁵⁶ Dio Cass., fr. 100, Boiss. I p. 344; cf. Brecht, *Perduellio*, p. 83.

⁵⁷ A. H. M. Jones, p. 24, 122 n. 147.

⁵⁸ G. Pugliese, *Appunti sui limiti dell'imperium nella repressione penale*, 1939, p. 90.

Ce fut la littérature, notamment Cicéron, qui altéra un principe aussi simple. Et cette altération a gravement contribué à obscurcir l'image que les savants se font de cette institution depuis le siècle passé. Cicéron étend la *provocatio* aux amendes, aux *vincula*, aux *verbera* (*Leg. 3, 6 magistratus nec oboedientem et noxium civem multa vinculis verberibusve coerceto, ni par maiorve potestas populusque prohibessit, ad quos provocatio esto*). Le droit positif dans ce texte d'une constitution idéale est mis en pièces. Il n'y a pas de *provocatio* contre les amendes élevées, si ce n'est celles du Grand Pontife. Au dessus du taux légal de la *multa maxima*, le magistrat (tribun de la plèbe ou édile) présente directement sa *rogatio* au peuple, sans qu'il y ait appel. La *provocatio* contre la flagellation est un contre-sens encore plus grave. Un *iudicium populi* sur ce point serait tout à fait insolite et inutile, puisque une loi Porcia a interdit ce châtiment. Aussi étrange est l'appel contre les *vincula*. Ils servent pour les procès comitiaux à assurer la comparution du coupable. Ce qui est jugé par le peuple, ce n'est pas l'emprisonnement préventif, c'est le crime. Cicéron a accumulé les erreurs, sans doute consciemment, dans le but d'élargir autant que possible les emplois de la *provocatio*, puisqu'il doit se taire sur l'essentiel, qui n'est plus d'actualité, la coercition capitale, abolie par une loi Porcia. Il n'a même pas la possibilité de parler de la *provocatio* aux armées, qu'il écarte peremptoirement de son système idéal : *Leg. 3, 6 militiae ab eo, qui imperabit, provocatio, nec esto*. Décidé à exalter la *provocatio* il est conduit à lui prêter des fonctions qui ne sont pas les siennes.

Tout le monde connaissait le mécanisme des procès comitiaux, ils se déroulaient sans *provocatio*, et Cicéron ne pouvait pas se permettre de l'y introduire. Aussi dans le même passage du *De legibus* écrit-il modestement : *3, 6 quom magistratus iudicassit inrogassitve, per populum multae poenae certatio esto*. L'auteur respecte la terminologie habituelle, qui use des verbes *iudicare* et *inrogare* pour définir le rôle du magistrat dans le procès comitial⁵⁹. *Iudicare* se rapporte au procès capital, le magistrat affirme la culpabilité de l'accusé. C'est à lui que revient le soin de : *alicui perduellionem iudicare*. *Inrogare* se rapporte au procès d'amende, on dit couramment *multam inrogare*. Quand Cicéron décrit à grand traits la justice comitiale dans le *De domo sua*, il accouple ces deux verbes comme dans le *De legibus*, en leur accordant la même portée : *45 ante... quam multam inroget aut iudicet*. Dans un texte comme dans l'autre, il ne trompe personne ; le lecteur ou l'auditeur est averti et sait à quoi s'en tenir. Il n'y a pas à

⁵⁹ Mommsen, *Strafrecht*, p. 166 n. 3 = *Droit pénal*, I p. 191 n. 3.

sous-entendre dans un traité une *provocatio* qui serait intolérable dans un discours.

Cicéron veut généraliser l'emploi de la *provocatio*, mais en droit positif de son temps elle est pratiquement introuvable. Aussi la fait-il intervenir contre des formes de coercition auxquelles le législateur ne l'a jamais opposée. Mais il ne ressuscite pas dans la vie civile la seule coercition contre laquelle la loi a prévu l'appel, la coercition capitale, honnie de tous et définitivement abolie. Il n'ose pas non plus insérer la *provocatio* dans le déroulement bien connu de la justice comitiale, dont elle est absente. Que lui reste-t-il ? Il va procéder à une autre réforme de la constitution. De façon inouïe, Cicéron dote globalement tous les magistrats de sa cité idéale du pouvoir de statuer au criminel, si bien que la *provocatio* qui s'ensuit acquiert à son tour une valeur aussi générale. *Omnes magistratus auspicium iudiciumque habento* (3, 10), dit-il d'abord, pour commenter ensuite : 3, 27 *deinceps igitur omnibus magistratibus auspicia et iudicia dantur, iudicia, ut esset populi potestas, ad quam provocaretur...* Cicéron confère en même temps à tous les magistrats l'*auspicium*, dans ce but précis que, pour défendre leur sentence devant le peuple, ils aient pu prendre les auspices qui doivent précéder l'assemblée comitiale. En fait, Cicéron restaure sous le nom de juridiction la coercition capitale, qu'il a soigneusement omise. Ce transfert de la *provocatio* au cœur de la justice criminelle a eu des effets désastreux dans la science contemporaine. L'appel a longtemps passé pour la pièce maîtresse du procès comitial. Cicéron a largement contribué à faire oublier que la *provocatio* ne s'appliquait qu'à la coercition capitale. Il respecte la disparition de celle-ci *domi*, il était impossible de revenir là-dessus, mais il lui substitue une juridiction criminelle appartenant à tous les magistrats, pour restituer à la *provocatio* la fonction première et fondamentale de pouvoir casser une sentence capitale. De la sorte, dans le *De legibus* le peuple connaît de la peine de mort aussi bien en première instance, selon le schéma traditionnel du procès comitial, qu'en appel après une sentence d'un magistrat quelconque, chose qu'on n'avait jamais vue.

L'annalistique fut également amenée à déformer l'histoire de la *provocatio*. Tite-Live rapporte fidèlement le contenu de la loi Valeria de 300, qui institue l'appel contre la coercition capitale. Mais il ne se contente pas de citer les deux autres lois Valeriae légendaires, qui passent pour avoir précédé celle-ci, il donne à l'institution une portée pratique qui n'est pas la sienne. Les annalistes étaient sans doute embarrassés de ne pas trouver trace de procès comitiaux en appel contre une sentence de mort prononcée par un consul. Pour illustrer l'histoire de la *provocatio*, célébrée comme une conquête de la liberté, il fallait bien combler ce vide. A la manière de Cicéron et sous l'impulsion du même courant de pensée, on imagina des récits où l'appel

était dirigé contre des formes moins graves de coercition, soit les verges (Liv. 2, 55, 5 *consules spoliari hominem et virgas expediri iubent. «provoco», inquit, «ad populum» Volero*), soit l'arrestation (2, 27, 12 *arripi unum insignem ducem seditionum iussit. Ille, cum a lictoribus iam traheretur, provocavit*; 3, 56, 6 *arreptus a viatore, «provoco» inquit*; 3, 56, 8 *rapique in vincla*). Ces récits⁶⁰ sont si peu conformes au droit que le narrateur fut obligé d'interrompre, en invoquant tel ou tel motif, le cours d'une procédure qui ne pouvait aboutir à rien, puisque le peuple comme juge n'a jamais statué sur autre chose que la mort ou une amende. On écrivait l'histoire comme on pouvait : on alla même jusqu'à inventer un appel contre un magistrat qui y échappait, le dictateur. Et il fallut là encore renoncer à un procès comitial contraire au droit ; on s'en tira en racontant que le dictateur s'était finalement abstenu de sévir (Liv. 8, 35, 5 *damnatus donatur populo Romano*).

La situation est également exceptionnelle, lorsque un décemvir *legibus scribundis*, lui aussi magistrat *sine provocatione* selon la tradition, présente une accusation capitale pour meurtre devant le peuple, au lieu de statuer de sa propre autorité (Cic., *Rep.* 2, 61 ; Liv. 3, 33, 10 *diem Sestio dixit et accusator ad populum exstitit*). Il n'y a même pas eu appel, lequel eût été irrecevable d'après l'image qu'on se faisait du décemvirat. Le décemvir agit spontanément et par modération renonce à ses prérogatives pour que les comices connaissent de l'affaire à sa place. Ce récit légendaire est le seul cas où un titulaire de l'*imperium* porte une accusation capitale devant le peuple. C'est «anormal», comme le souligne Mommsen (*Staatsrecht*, I p. 164 n. 2) ; mais dans la texture de la narration il ne pouvait pas en être autrement, puisque à côté du décemvirat ne subsistait aucune autre magistrature, en particulier la questure qui est le tribunal du meurtre⁶¹. Seul un décemvir pouvait conduire le procès ; c'est un cas-limite, ingénieusement inventé, où un magistrat renonce à sa propre compétence pour que le peuple ait l'occasion de statuer sur un crime capital. Le récit va à l'encontre du principe non écrit qu'un titulaire de l'*imperium* ne s'expose jamais à être désavoué par le peuple, lorsqu'il s'agit de la peine de mort. Cette irrégularité s'explique par le fait qu'à ce moment il n'existait à Rome qu'une seule magistrature, le décemvirat *imperio consulari legibus scribundis*.

Les falsificateurs du droit pénal romain n'ont même pas su donner un contenu cohérent à la loi légendaire de Publicola sur la *provocatio*. Ils ne se sont pas contentés d'en faire une anticipation de la loi

⁶⁰ Sur ces textes, Brecht, ZSS, 1939, p. 283 ; Bleicken, ZSS, 1959, p. 332, 349 n. 1, 350 ; Kunkel, p. 24 n. 60.

⁶¹ Mommsen, *Staatsrecht*, II p. 526 n. 1, 721 suiv.

Valeria de 300, elle anticipe aussi à leurs yeux la loi Porcia sur les *verbera*. Ainsi l'un des pères fondateurs de la République aurait institué l'appel à la fois contre la coercition capitale et contre la flagellation comme correction indépendante : Cic., *Rep.* 2,53 *ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret*; D.H. 5, 19, 4 τινὰ ἀποκτείνειν ἢ μαστιγοῦν. Dans ces textes, la flagellation est mentionnée après l'exécution, alors que dans la loi Valeria de 300 elle la précède, comme c'est l'usage : Liv. 10, 9, 4 *virgis caedi securique necari*. C'est que dans cet ordre habituel la flagellation est une peine accessoire qui ouvre la voie à l'exécution. Au contraire, lorsque de façon significative la flagellation, dans le cas de la loi de Publicola, apparaît au second rang, c'est qu'elle est indépendante de l'exécution, elle n'est alors que la banale correction. La loi de 509 est réputée avoir institué l'appel tant contre la coercition capitale que contre le châtiment corporel, lorsqu'il se suffit à lui-même⁶². Le contresens juridique, largement répandu, qui étend aux *verbera* l'appel au peuple, est de façon surprenante mis au compte du législateur⁶³.

⁶² Mommsen (*Staatsrecht*, I p. 156 = *Droit public*, I p. 178) a clairement exposé cette conception de la loi de 509. Dans le *Strafrecht*, p. 42 n. 1 = *Droit pénal*, I p. 46 n. 1, il affirme justement que l'appel est impossible contre la flagellation, mais il en déduit à tort que dans les textes cités elle n'est qu'une peine accessoire qui accompagne l'exécution capitale.

⁶³ La loi *Iulia de vi*, sans doute d'époque augustéenne (Kunkel, RE v. *quaestio*, XXIV, 771), afin de réprimer les abus de la puissance publique, adopte une conception impropre de la *provocatio* (J. Martin, *Hermes*, 1970, p. 90 n. 1). Celle-ci fait obstacle non seulement à la coercition capitale, mais aussi à la flagellation, l'arrestation, la torture (Mommsen, *Strafrecht*, p. 243, 663; Bleicken, RE, XXIII, 2455; Garnsey, JRS, 1966, p. 167 suiv.). La *provocatio* est alors une simple opposition (Pugliese, *Appunti*, p. 66). Elle arrête la coercition. Sur la suite, on est réduit aux hypothèses. Le procès comitial est exclu. Voir Cloud, Ath. 1988, p. 579-595.

[V - Droit privé]

ASPECTS ARBITRAUX DE LA JUSTICE CIVILE ARCHAÏQUE À ROME

Depuis la dernière guerre, la science de la procédure civile romaine a fait des progrès considérables, qui ont principalement tendu à renverser les idées de Wlassak, sans que toutefois son incomparable apport dans la critique des textes soit périmé. L'art du raisonnement juridique s'est si finement aiguisé qu'il serait vain de reprendre le thème de l'*arbitrium liti aestimandae* avec les seules armes à présent en usage sans tenter de mettre à contribution l'instrument partiellement délaissé de la philologie juridique. Sous cet angle, toute une gamme de correspondances s'offre aussitôt à l'esprit. Quelle relation unit *aestimare* et *damnare*? Et quelle opposition sépare *damnare* et *iudicare*? Les correspondances sont encore plus significatives lorsqu'elles rattachent un substantif à un verbe, ainsi *arbiter* non seulement à *aestimare* mais à *damnare*. Et ce jeu de relations et de contrastes peut être porté au second degré, lorsqu'il se dédouble en mettant un couple de substantifs : *iudex* et *arbiter*, en face d'une paire de verbes : *iudicare* et *damnare*, comme on y est invité par la langue des actions de la loi qui connaît aussi bien *iudex sive arbiter* que le *iudicatus sive damnatus*, en laissant à l'interprète le soin de mesurer la portée du *sive*. Il y a tout à parier que ces binômes se font pendant.

Pour apprécier le contenu des sentences de l'un ou l'autre type : *iudicare* et *damnare*, on ne pourra se dispenser de faire un excursus sur la *litis contestatio*, rendu nécessaire par une contradiction de la science contemporaine, qui fait remonter à l'ancien droit son effet extinctif tout en admettant une condamnation *in ipsam rem*, ce qui suppose la survie de l'obligation déduite en justice. Un autre excursus sur l'obligation *verborum* aura montré d'abord l'archaïsme de la promesse de *certa res*.

Pour finir, il faudra prendre parti sur le sens premier d'*oportet*, car ce mot est le pivot de tous ces problèmes.

I

1. – La regrettable lacune du manuscrit de Gaius sur le *sacramentum in personam* est partiellement compensée par la citation que fait Cicéron des *verba* introductifs de l'action *furti nec manifesti* : *nat. deor.* 3, 74 *ope consilioque tuo furtum aio factum esse*¹. Le *sacramentum* étant l'action *generalis* utilisée lorsque les décemvirs n'avaient pas prévu d'autre procédure (Gaius 4, 13), la *iudicis arbitrive postulatio* obéissant à la règle inverse qui exige une disposition législative expresse (Gaius 4, 17a), il ne paraît pas douteux aujourd'hui que l'action *furti* de même que les autres actions délictuelles empruntaient la première de ces actions de la loi². Mais le jugement *sacramentum Primi iustum, sacramentum Secundi iniustum*, même si on admet avec certains savants qu'il s'accompagne d'une décision au fond, ne tranche que sur la culpabilité du voleur, et il reste à prononcer la condamnation au double de la valeur de la chose volée, telle que l'imposent les XII Tables. On a compris depuis longtemps³ que le *sacramentum in personam* de l'a. *furti* devait être suivi d'une procédure complémentaire (*Nachverfahren*) que l'on n'a eu aucune peine à identifier avec l'*arbitrium liti aestimandae*, attesté par Valerius Probus (4, 10) dans le régime des actions de la loi⁴. Deux sentences se suivent : la première du *iudex* (Gaius 4, 15) pour le *sacramentum* et la seconde de l'*arbiter* pour la condamnation au double. L'intervention d'un *arbiter* a été rendue nécessaire par la technicité de l'*aestimatio*, comparable à celle qui exige un partage ou bornage, le *iudex* dans le droit des XII Tables ne se voyant confier que le soin de mettre au clair une situation juridique. c'est seulement dans le cas où le vol porte sur un montant d'*aes* (alors pesé) que le juge⁵, en l'absence d'estimation à faire, prononce la condamnation au double en vertu de la loi.

On interpréterait mal ce mécanisme procédural complexe, si on ne voyait dans l'*aestimatio litis*, à laquelle procède l'*arbiter*, que l'estimation d'une condamnation déjà prononcée au terme du *sacramentum in personam*. Le *Nachverfahren* ne serait qu'estimatoire et le juge du *sacramentum in personam* aurait à la fois constaté le vol et condamné au double, en laissant à l'*arbiter* la simple tâche d'évaluer

¹ Sur ce texte, Huvelin, *Furtum*, p. 129, 385-386, 442, 452.

² Kaser, *Das r. Zivilprozessrecht*, 1966, p. 65 (cité ZP).

³ Karlowa, *Der r. Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, p. 114, 145; Kaser, *R. Privatrecht*, 2^e éd., I, p. 159 (cité RPR).

⁴ Voir E. Levy, ZSS 1934, p. 306 n. 2 sur la place que devait occuper cet *arbitrium liti aestimandae* dans les lacunes du livre IV de Gaius.

⁵ Sur la distinction *iudex-arbiter*, Kaser, ZP, p. 41 suiv.; Girard, *Organisation judiciaire*, p. 82.

la *res* pour formuler définitivement la condamnation en *aes*, comme si deux condamnations pouvaient se suivre. La succession des sentences du *iudex* et de l'*arbiter* est tout autre : dans le *sacramentum in personam* le *iudex* (sauf le cas de vol d'*aes*) se borne à établir le délit sans s'occuper de la peine, de même que le juge du *sacramentum in rem* établit la propriété de l'une des parties, sans s'occuper de la suite, la restitution de l'objet ; c'est l'*arbiter* de la procédure complémentaire qui après avoir évalué la *res* volée prononce la condamnation. Par *damnum decidere*, expression typique du vol (Gaius 4, 37 ; 4, 45), si on laisse pour l'instant son sens littéral et son emploi dans la *legis actio* en suspens, on entend en gros la condamnation pécuniaire qui frappe le voleur. Le matériel de notre information a permis de reconstituer dans les recueils de *leges* un verset des XII Tables : 8, 16 *si adorat furto, quod nec manifestum erit, . . . [duplione damnum decidito]*⁶. Or dans une hypothèse voisine du vol, la *vindicia falsa*⁷, quand il s'agit de faire obtenir au gagnant du procès réel le double de la valeur des fruits perçus par le perdant, qui avait bénéficié de la possession intérimaire, on retrouve dans le code décemviral l'expression *damnum decidere* et c'est à des arbitres qu'incombe la tâche de liquider et de prononcer la condamnation : XII Tables 12, 3 *si vindiciam falsam tulit, si velit is, (prae)tor arbitros tris dato, eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidito*. De même que pour la *vindicia falsa* la condamnation au double est contenue dans l'*arbitrium* des trois arbitres, de même pour le vol la condamnation également au double est l'œuvre de l'*arbiter liti aestimandae*, sans que dans un cas comme dans l'autre cette condamnation ait été précédée au cours du *sacramentum* (ici *in rem*, là *in personam*) par une autre préalable qu'il s'agirait simplement d'évaluer. Il y a unicité de condamnation⁸.

On s'est parfois demandé qui dans le régime des actions de la loi prend l'initiative de l'*arbitrium liti aestimandae* et requiert la nomination d'un *arbiter*⁹. On a parfois supposé que cette initiative revenait à celle des parties qui devait en supporter les frais, par exemple le possesseur intérimaire en cas de *vindicia falsa*. Pour l'*a.furti* serait-ce le

⁶ Huvelin, *cit.* p. 75 ; Kaser, RPR I, p. 159, n. 37.

⁷ Sur le sens de cette expression voir l'état du problème dans Santoro, *Annali del Seminario Giuridico di Palermo* 30, 1967, p. 5 suiv. Voir en particulier Kaser, *Iura*, 1962, p. 22-62.

⁸ Dans la *vindicia falsa* il n'y a pas de jugement antérieur sur la culpabilité, qui résulte du jugement du *sacramentum in rem* : celui-ci fait apparaître le caractère délictueux de la possession intérimaire du perdant : voir Kaser, *ZP*, p. 95, n. 11 ; du même, *BIDR* 65, 1962, p. 95.

⁹ Koschaker, *ZSS* 1916, p. 357 ; Kaser, *Iura* 1962, p. 33 ; *ZP*, p. 97 ; Santoro, *cit.* p. 56.

voleur? Son but serait alors d'échapper à la vengeance par le paiement de la composition évaluée par l'arbitre. C'est oublier que dans les XII Tables la peine du double s'impose au voleur comme au volé pour le vol non manifeste : le volé qui voudrait faire *manus injectio* sur le voleur aussitôt après que le juge du *sacramentum* a constaté le délit, se verrait opposer un refus d'*addictio* par le magistrat. Il ne faut pas raisonner autrement pour la *vindicia falsa* et supposer que c'est le possesseur intérimaire qui prend l'initiative de l'*arbitrium*. Quand la loi dit : *si vindiciam falsam tulit*, elle désigne concrètement la possession intérimaire pendant le *sacramentum in rem* par le mot *vindicia* qui signifie « l'objet pendant la durée du procès » (Fest. 516 L *vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est*; 517 L *vindiciam esse ait . . . qua de re controversia est*). La *vindicia* est *falsa* parce que l'objet a été pris par celui des plaideurs qui devait ensuite être perdant (cf. Cic. Mil. 74 *iniustis vindiciis*)¹⁰. La suite du verset : *si velit is, (prae)tor arbitros tris dato . . .*, indique par *si velit is* une simple faculté, comme c'est habituellement le cas lorsque les XII Tables parlent de *velle* ou *nolle* (I, 3; 3, 4); cette faculté ne saurait être la demande elle-même de l'*arbitrium* adressée au magistrat, il faudrait alors supposer que chaque fois que la loi organise une action ou un arbitrage, elle indiquerait par une semblable clause que la demande est à la discrétion de l'intéressé, ce qui ne se vérifie pas dans les autres versets décemviraux et serait absurde. Par *si velit is* il faut entendre que pour la *vindicia falsa* le choix est laissé entre un arbitre ou 3 au plus¹¹. Telle est la faculté exprimée par *velit*. Il ne s'agit pas de la demande d'arbitrage, mais d'une modalité de cette demande. Qui est *is*? Ce ne peut être le même qui *vindiciam falsam tulit*, ce serait contraire au style laconique de la loi qui dans ce cas aurait fait l'économie du pronom, elle aurait dit simplement *si velit*. La loi des XII Tables utilise habituellement *is* pour désigner l'adversaire. Quelques exemples : I, 1 *em capito*; 3, 4 *qui eum vinctum habebit*; 8, 12 *si im occisit*; 8, 2 *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*. La loi se passe du pronom, lorsqu'il n'y a pas d'ambiguïté. Sans lui le changement de sujet est souvent évident : ainsi à la table III, 2 *in ius ducito*. 3 *Ni iudicatum facit . . .* Quand c'est nécessaire, pour opposer clairement les personnages du drame judiciaire, la loi se résout à appeler *is* l'antagoniste, même s'il apparaît grammaticalement pour la première fois : *ni cum eo pacit*, mais il était déjà implicitement présent. Dans *si velit is*, le pronom est introduit pour marquer un changement de sujet qui autrement ne serait pas perceptible : comme d'habitude dans la loi *is* est l'adversaire, ici le gagnant du procès en revendication. Il

¹⁰ Voir Kaser, Iura 1962, p. 28.

¹¹ Wlassak, R. *Prozessgesetze* II, p. 294.

était jusque là sous-entendu dans la seule mention de la *vindicia falsa*. La loi le dévoile ensuite pour lui faire demander l'*arbitrium liti aestimandae*. Ainsi s'évanouit la seule preuve que dans les XII Tables cette demande puisse être présentée au magistrat par le défendeur : ce type d'arbitrage ne fait pas exception à la règle que dans la procédure archaïque l'initiative revient au demandeur.

Pour la *vindicia falsa* comme pour le *furtum nec manifestum*, l'obligation de *damnum decidere* (XII Tables 8, 16; 12, 3) aboutit à une *litis aestimatio*, qui dans ces deux hypothèses voisines a été pareillement exigée en justice par la victime, sans qu'il y ait lieu d'imaginer d'une procédure à l'autre un renversement du rôle des parties devant le magistrat. Dans les deux cas, la *litis aestimatio* ne se borne pas à être une évaluation, elle est une condamnation. Elle revêt le même aspect dans les actions noxales : on sait que de nombreux textes mettent en balance l'abandon du coupable et la peine¹²; avec une prédilection remarquable ils appellent cette dernière *litis aestimatio*. Gaius remontant aux XII Tables présente une synthèse qui est à ce point exemplaire qu'elle a été insérée dans la reconstitution de la loi : 4, 75 (= XII Tables 12, 2b) *ex maleficio filiorum familias servorumque ... noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*¹³. Les interprètes du texte comme de tous ceux qui présentent presque dans les mêmes termes cette alternative, sont d'accord pour identifier dans la *litis aestimatio* la composition qui rachète le coupable. On reconnaît à propos de la noxalité à cette expression une fonction pénale qui se retrouve dans l'*arbitrium liti aestimandae* de la *vindicia falsa* et du *furtum nec manifestum*. La parenté entre ces trois hypothèses est d'autant plus frappante qu'elle se situe tout entière au sein du code décemviral, qui égrène d'ailleurs d'autres délits donnant lieu à estimation parfois appelée *noxiam sarcire*¹⁴. Abstraction faite de ses aspects répersécutaires, la *litis aestimatio* a dès l'ancien droit, quels que soient les termes peut-être variables employés alors, la valeur de rachat du coupable¹⁵. Cet emploi de l'expression en matière délictuelle s'est conservé ensuite intact dans la terminologie de la noxalité, et il n'est pas indif-

¹² Ils sont groupés par Betti, *Studi sulla litis aestimatio* I (1915), p. 32-44.

¹³ Sur ce texte : Girard, *Mél.* II, p. 349; Biondi, *Actiones noxales*, 1925, p. 257 suiv.; De Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, 1947, p. 217; Kaser, *RPR* I, p. 631 n. 5.

¹⁴ Lisowski, *RE* sup. 7, v. *noxa*.

¹⁵ A la manière de la noxalité, en matière de *pauperies* Ulpien D. 9, 1, 1 pr. (= XII Tables 8, 6) met au compte des décemvirs une *aestimatio noxiae* mise en parallèle avec l'abandon. Sur ce texte, Girard, *Mél.* II, p. 345, Lenel, *EP*, p. 196; Kaser, *RPR* I, p. 631, n. 5.

férent de la retrouver sous ce même aspect dans le langage littéraire : Caes. BG 5, 1, 9 *arbitros inter civitates dat, qui litem aestiment poenamque constituant*¹⁶.

La *vindicia falsa* et la noxalité permettent de tirer de son isolement l'*arbitrium liti aestimandae* de l'action *furti nec manifesti* et de mieux le comprendre. Malgré leurs différences, ces trois types de procédure ont en commun d'aboutir à une *litis aestimatio* qui est une condamnation pécuniaire de caractère pénal. Ce bref bilan n'est pas exhaustif, la loi des XII Tables connaît d'autres variétés de ce genre de procès. Dans le cas du *furtum nec manifestum*, comme sans doute pour d'autres délits, l'arbitrage estimatif est précédé d'un *sacramentum in personam*, qui fait défaut pour la *vindicia falsa*. Mais avec ou sans *sacramentum in personam* préalable, la *litis aestimatio*, qu'il s'agisse de *furtum*, de *vindicia falsa*, ou des actions noxales, vaut condamnation, elle n'est pas seulement évaluative. Lorsque le *sacramentum in personam* est suivi d'un *arbitrium liti aestimandae*, c'est à cette deuxième procédure qu'appartient le prononcé de la peine, la première n'ayant fait qu'établir le délit. Dans ce complexe procédural, le juge du *sacramentum* a une fonction purement déclarative (abstraction faite du vol d'*aes*, qui ne suscite ni évaluation ni *Nachverfahren*). Reste à condamner le coupable. Deux sentences se suivent de contenu fort différent, sans que la deuxième soit la traduction en *aes* d'une première condamnation qui fait défaut et serait inimaginable pour le cas de *vindicia falsa*. Il faut s'attendre pour ces deux sentences conjuguées à trouver deux qualifications différentes de l'activité du *iudex*, qui prononce la première, et de l'*arbiter* à qui incombe la deuxième. Le dualisme *iudex-arbiter* correspond aux deux aspects de ce mécanisme procédural. Le *iudex* prononce d'abord un jugement déclaratif, sa fonction est de *iudicare*; ensuite l'*arbiter* prononce une *litis aestimatio* emportant condamnation¹⁷. On voit dès à présent se

¹⁶ Sur ce texte, Ehrhardt, ZSS 1935, p. 90.

¹⁷ L'*arbitrium liti aestimandae* qui fait suite au *sacramentum in personam* n'a rien à voir avec l'estimation approximative de la valeur de la chose litigieuse qui intervient pour chaque *sacramentum* soit *in rem* soit *in personam*, en vue d'établir le montant de la *poena sacramenti*. Cette évaluation préalable, sans doute sommaire, est étrangère à l'*arbitrium liti aestimandae*, qui est subséquent et n'est pas la suite obligée du *sacramentum* (voir Lévy-Bruhl, *Recherches sur les Actions de la loi*, p. 183 et 232; dans un autre sens Scapini, *Confessione I* (1973), p. 20). Depuis la création des *tresviri capitales*, il semble que cette évaluation préalable leur soit confiée par la loi *Papiria de sacramentis* (Bruns, n. 4), qui les charge de *iudicare sacramenta (et exigere)* : sur ce point Wenger, ZSS 1939, p. 349-350. Dernièrement sur cette loi, Albanese, *Studi Volterra II*, p. 178 suiv.

profiler la perspective qui dans la suite de cette étude associera le binôme *iudicare-damnare* au couple *iudex-arbiter*.

La relation entre *litis aestimatio* et condamnation pécuniaire n'est pas à démontrer : Gaius 4, 48 *omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est* (cf. Neratius D. 16, 3, 30 *litis aestimatione damnatus*)¹⁸. Deux témoignages transmis par Aulu-Gelle la font remonter à l'ancien droit. Sex. Caecilius (Africanus)¹⁹ rapporte pour une période de peu consécutive aux XII Tables que l'auteur du *membrum ruptum* pouvait par son refus échapper au talion prescrit par la loi et se voir simplement condamner à une *litis aestimatio* : Gell. 20, 1, 38 *aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat*. Un passage du *De Dotibus* de Servius Sulpicius, cité également dans les Nuits Attiques, enseigne qu'en droit latin avant la *lex Julia de civitate Latinis danda* (90 av. J.-C.) la rupture des fiançailles donnait lieu, grâce à l'action *ex sponsu*, moyennant *litis aestimatio* à une condamnation que les interprètes²⁰ du texte mettent habituellement au compte de la *iudicis arbitrive postulatio* : Gell. 4, 4, 2 *Iudex quamobrem data acceptave non esset uxor quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum qui spondebatur, (ei) qui stipulatus erat, condemnabat*. Cependant, les *sponsalia* décrits par Servius Sulpicius pour le Latium, donnant lieu à des dommages-intérêts, ne sont pas le type le plus ancien de cette promesse, pour laquelle on commença par prévoir une *pecunia certa* en cas de rupture (Varro, *Lingua*, 6, 70 *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa*)²¹. L'*id quod interest* n'est pas un critère archaïque de la justice civile²². A travers ces textes, le *membrum ruptum* et les fiançailles montrent que dans la *legis actio* post-décemvirale la *litis aestimatio* est définie par les jurisconsultes comme une *damnatio* pécuniaire, ce qu'elle est aussi dans les XII Tables dans les cas de la *vindicia falsa* et de la noxalité etc. Tout au long de l'ancien droit avec des nuances elle

¹⁸ Il est instructif de se reporter aux doutes anciens de Bekker sur l'efficacité de la *litis aestimatio* : *Aktionen* I, p. 85. Pour une tentative de renouveler le problème de la relation entre *aestimatio* et condamnation, voir au sujet de l'*iniuria* et talion : Selb, *Acta Juridica* 1978, p. 29 suiv.

¹⁹ Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, p. 172, sur cette identification avec Africanus dans le texte d'Aulu-Gelle.

²⁰ Lévy-Bruhl, *Recherches sur les Actions de la loi*, p. 230; Kaser, *ZP*, p. 79, n. 18; du même, *Das altrömische Ius*, p. 280 (cité *AJ*); Monier, *Manuel* II, § 82; E. Levy, *ZSS* 1934, p. 304, n. 2.

²¹ Kaser, *RPR* I, p. 72; Knütel, *Stipulatio poenae*, 1976, p. 60-61; contra Watson, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, 1975, p. 29-30.

²² Medicus, *Id quod interest*, 1962, p. 213, 334 à propos de Serv. Sulp. ap. Gell. 4, 4, texte avec lequel commence l'histoire de cette notion.

reste semblable à elle-même. Rien n'autorise à dire que l'*arbitrium liti aestimandae* pénal fasse exception à la règle lorsqu'il s'ajoute à un *sacramentum in personam*, lequel a tendu seulement à faire la preuve d'un délit. L'*arbiter* de la *litis aestimatio* a pour fonction de *damnare*, comme cela se produit dans les autres hypothèses d'estimation judiciaire dans les actions de la loi, alors que dans le *sacramentum in personam* préalable à seule fin d'établir la culpabilité du délinquant la sentence déclarative correspond à la mission de *iudicare* du *iudex*. On observe l'antithèse bien connue *iudicare-damnare*²³ répartie, dans ces deux instances combinées du *sacramentum* et de l'*arbitrium*, sur les têtes du *iudex* et de l'*arbiter*.

Il ne faut pas se dissimuler qu'on est arrivé pour l'action *furti nec manifesti*, qui a servi de prototype, à cette conclusion par voie d'induction et de comparaison avec un lot de cas analogues qui commandent aussi ce contraste terminologique. La science contemporaine apprécie le binôme *iudicare-damnare* de diverses manières. Sans entrer en d'inutiles controverses, qu'il suffise de retrouver dans le procès des *repetundae* ces deux termes associés pour qualifier la succession des deux sentences, qui ont respectivement les mêmes fonctions que celles du *iudex* et de l'*arbiter* dans la combinaison décenvirale du *sacramentum* et de l'*arbitrium liti aestimandae*.

La *lex repetundarum* épigraphique (habituellement dite Acilia et datée du temps des Gracques) décrit avec une certaine minutie une procédure dont les deux phases principales sont définies globalement dans la formule : *iudicatio leitisque aestumatio*²⁴ (lignes 4; 6 etc.). A chacune correspondent respectivement la rubrique : 49 *De reis quomodo iudicetur*, et la rubrique : 58 *De leitibus aestumandeis*, lesquelles sont suivies à leur tour séparément d'autres rubriques donnant le détail de ces deux opérations. La double sentence des jurés porte d'abord sur la culpabilité de l'accusé, ensuite sur l'estimation du liti-

²³ Sur cette antithèse, qui fera l'objet de développements ultérieurs, voir Betti, *L'antitesi di iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio)*, 1915; Wlassak, ZSS 1904, p. 179 suiv.; Hägerström, *Der r. Obligationsbegriff*, 1927, I, p. 441 suiv., 444 n. 1, 450; Kaser, *AJ*, p. 128 n. 42; Liebs, ZSS 1968, p. 229 suiv.; Wlassak souvent critiqué est approuvé par E. Levy, ZSS 1934, p. 267.

²⁴ La formule complète est : *iudicium iudicatio leitisque aestumatio*. A notre avis, *iudicium* paraît désigner l'ensemble de l'instance, décomposée dans les deux éléments indiqués ensuite dans la formule. Eder (*Das vorsullanische Repetundenverfahren*, 1969) dans sa traduction de la loi propose : *die Verhandlung*. Warmington (*Remains of Old Latin IV*) et Johnson etc. (*Ancient roman Statutes*, p. 38) traduisent par *trial*. Hägerström, (I, p. 439) explique par : *Entscheidungsakt als ein Ganzes*.

ge²⁵. La loi distingue et oppose *iudicare* (première sentence) et *aestimare* (deuxième sentence)²⁶. Cette distinction à propos des *repetundae* reparait chez Cicéron : *Cluent.* 115 *hic profertur id quod iudicium appellari non oportet, P. Septimio Scaevolae litem eo nomine esse aestimatam . . .* 116 *aestimationem litium non esse iudicium*²⁷. Les exégètes de ce passage sont d'accord pour admettre que *iudicium* signifie ici jugement. Cette opposition entre *iudicare* et *aestimare* se retrouve chez Ulpien à propos de la loi Aquilia en cas d'aveu : D. 9, 2, 25, 2 *notandum, quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, iudex non rei iudicandae sed aestimandae datur : nam nullae partes sunt iudicandi in confitentes*²⁸. Après la *confessio*, il n'y a pas de conflit à trancher ; au sens propre un jugement est superflu, il suffit de procéder à une évaluation.

Si jusqu'à présent la terminologie de la *lex repetundarum* s'accorde avec l'antithèse *iudicare-aestimare* des actions de la loi, cependant elle se sépare du langage de cette procédure civile, lorsque pour définir le contenu de la première sentence des jurés elle parle de « condamnation » (en particulier lignes 7 ; 11 ; 13 ; 55 ; 157 etc ; 55 rubrique *de reo condemnando*). Les tablettes de vote des jurés portent les lettres *A*(bsolvo) ou *C*(ondemno) (ligne 54). Mais il ne s'agit pas de condamnation pécuniaire. La première sentence des jurés, tranchant seulement sur la culpabilité, a pour objet : *fecisse videri*²⁹ selon les termes de la *pronuntiatio* du préteur (lignes 42 ; 55). L'*Absolvo* ou *Condemno* des jurés, comme on l'a remarqué depuis longtemps³⁰, se borne à cela. Le règlement financier de l'affaire relève ensuite de la *litis aestimatio* : la loi sépare (par ex. lignes 7 ; 58) *condemnatio* et *aestimatio*, sans donner à la première la valeur d'une sanction qui relève seulement de la seconde. Cet emploi de *condemnare* ne correspond pas au sens le plus ancien du mot qui a trait comme pour *damnare*

²⁵ Mommsen, *Strafrecht*, p. 446 ; 725. Sur la *litis aestimatio*, voir aussi Bekker, *Aktionen* I, p. 300 suiv. ; Eder, *cit.*, p. 110 ; 208, n. 3 ; 216, n. 2 ; Kunkel RE, v. *Quaestio*, 766 ; 768 ; Kipp-Leonhard, RE, v. *Aestimatio litis* ; Perozzi, *Scritti* III, p. 425 suiv. ; Cuq, *Dar. Sag.*, v. *litis aestimatio*, 1270.

²⁶ Hägerström, I, p. 439.

²⁷ Sur ce texte : Huvelin, *Mél Gérardin*, p. 351 suiv. ; Wlassak, ZSS 1904, p. 179-180 ; Karlowa, *Civilprozess*, p. 146. On a remarqué que Cicéron dans le même texte commet lui-même l'impropriété de langage qu'il reproche aux autres. Mais Boyancé dans l'édition de ce discours (Belles Lettres) propose de lire *incertis* au lieu de *in ceteris iudiciis*, ce qui résoudrait cette contradiction. Sur le fond du *casus* : Sherwin-White, JRS 1952, p. 45 ; 51 ; cf. Ehrhardt, ZSS 1935, p. 84 suiv.

²⁸ Sur ce texte, Wlassak, *cit.*, p. 180 ; Hägerström, I, p. 442 ; Kaser, ZP, p. 285, n. 8 ; Scapini, *Confessione* I, p. 34.

²⁹ Sur cette formule, Daube, *Forms of roman Legislation*, 1956, p. 73 suiv.

³⁰ Hägerström, I, p. 439 ; Kunkel, RE, v. *Quaestio*, 766.

(infra II, 1) à une condamnation pécuniaire. Ces mots sont passés, comme le reconnaissent les meilleurs lexicographes³¹, de la justice civile à la justice criminelle, où ils ont acquis une portée toute différente et beaucoup plus vaste³². Ainsi les lettres *L(ibero) D(amno)* sur une monnaie commémorant la loi tabellaire de C. Coelius Caldus en 107, se rapportent aux bulletins de vote de l'assemblée populaire jugeant la *perduellio*³³. *Damnare* et *condemnare*, pour le vote aussi bien des jurés des *questiones* que des membres des *centuries*, n'avaient plus rien à avoir avec la condamnation pécuniaire de la procédure civile.

Cependant, grâce à Cicéron il est permis de retrouver à propos des *repetundae* les termes traditionnels qui séparent le jugement déclaratif de culpabilité de la liquidation pécuniaire du procès. À côté de la *lex repetundarum*, qui emploie pour la constatation du délit *condemnare* dans un sens extensif complètement détaché du sens premier du mot, l'orateur restitue sa valeur fondamentale à *damnare* précisément en matière de concussion, lorsqu'il parle pour un tel procès de *causa iudicata atque damnata* (*Rab. Post.* 8). Wlassak³⁴ n'a pas eu de peine à identifier, en dehors de tout pléonasme, dans la *causa iudicata* la première sentence qui déclare l'accusé coupable et dans la *causa damnata* la *litis aestimatio* calculée dans la deuxième³⁵. Par là même, Cicéron confirme, comme il le dit ailleurs (*Cluent.* 115-116, déjà cité), que la seconde sentence n'est pas un *iudicium* mais, faut-il ajouter, une *damnatio*. Le couple *iudicare-damnare* se répartit sur les deux sentences du procès de *repetundae*. Si l'on songe que conformément à la *lex Calpurnia* de 149³⁶, ce procès ouvrait une procédure de

³¹ Walde-Hofmann, I, p. 322; Ernout-Meillet, 4^e éd., p. 164.

³² Sur ce transfert, Heinze, *Vom Geist des Römertums*, p. 35, n. 18; Liebs, ZSS 1968, p. 224-225.

³³ Sydenham, n. 891; Crawford, n. 437; L. Ross Taylor, *Roman voting Assemblies*, p. 37; Cody, *Class. Phil.* 1973, p. 205-208.

³⁴ ZSS 1904, p. 182.

³⁵ Les contradicteurs de Wlassak (Hägerström, I, p. 445 note; Kaser, *AJ*, p. 128, n. 42) ont opposé que *causa damnata* avait ailleurs un tout autre sens (*Cluent.* 7 *ad eam causam accedere, quae ... ipsa opinione hominum tacita prope convicta atque damnata sit*). En réalité, entre *causa iudicata et damnata* d'une part et *causa convicta atque damnata* le parallélisme est évident. La *causa* est d'abord *iudicata* ou *convicta* : dans les deux cas la culpabilité est établie. Ensuite, la *causa* est *damnata* : c'est la sanction. Pour les *repetundae* c'est la *litis aestimatio* ; ailleurs ce peut être autre chose. *Damnare* conserve son sens premier (condamnation pécuniaire) pour la concussion. Le passage du mot de la justice civile à la justice criminelle l'étend aux sanctions de cette dernière.

³⁶ Lignes 23; 81 de la *lex repetundarum*. Sur la loi *Calpurnia* : Girard, *Mél.* I, p. 102-107; Eder, *cit.*, p. 58-119; Venturini, *BIDR* 1969, p. 79.

sacramentum, à laquelle se rattache aussi dans un *Nachverfahren* une *litis aestimatio*³⁷, on obtient à travers cette loi le moyen de remonter du *sacramentum* des *repetundae* à cette même *legis actio* des procès civils pour retrouver dans les deux sentences du *sacramentum in personam* et de l'*arbitrium litis aestimandae* la forme originale de l'antithèse *iudicare-damnare*. En somme, l'association du *sacramentum in personam* et de l'*arbitrium liti aestimandae* aligne les deux sentences d'un *iudex* et d'un *arbiter*, le premier ayant pour fonction de *iudicare* selon un jugement déclaratif (*sacramentum iustum*)³⁸ et le second de *damnare* dans les termes d'une *litis aestimatio* valant condamnation pécuniaire.

2. – Avant de mesurer ce que sont le *iudex* et l'*arbiter* de la *iudicis arbitrive postulatio*, il y a lieu de faire d'abord un bref excursus sur la *sponsio* archaïque, afin de se débarrasser du dogme encombrant³⁹ qui restreint le contrat *verbis* à ses origines à une promesse d'argent, alors que au cours des «dark ages» l'*aes* était rare (*infra*). Lorsque le nouveau Gaius (4, 17a) reproduit la formule d'une *iudicis arbitrive postulatio* mise au service d'une promesse de *certa pecunia*, rien n'autorise à voir là plus qu'un exemple (précédé de *ferre*) et à s'enhardir à rayer d'un trait la promesse de *certa res* ou d'*incertum*. Pour la *condictio* aussi Gaius se contente de citer seulement la formule qui a trait à une somme d'argent. Certes on peut dire que les *stipulationes incerti* dans les formulaires de Caton (*agr.* 144, 5; 146, 5 *recte haec dari fierique* . . .)⁴⁰ dénotent peut-être une facture plus avancée que la

³⁷ Huvelin, *Mél. Gérardin*, p. 335, n. 1; E. Levy, ZSS 1934, p. 306, n. 4. – Il ressort du texte de la rubrique : *De leitibus aestumandeis* de la *lex repetundarum*, lignes 58-59, que dans le régime des *repetundae* antérieur à ce texte épigraphique la *litis aestimatio* était déjà en vigueur : cela renvoie aux lois *Calpurnia* et *Iunia* (de 149-123) sur les *repetundae* (sur ce point Ehrhardt, ZSS 1935, p. 87-88), conformément à la place de la loi épigraphique dans la chronologie des *leges repetundarum* (Tibiletti, *Le Leggi de iudiciis repetundarum*, 1953, p. 81; Eder, *cit.*, p. 120; cf. Kaser, ZSS 1977, p. 120 suiv.). Sur les controverses actuelles à propos de l'identification de la loi épigraphique, voir la bibliographie donnée par Reynolds, JRS 1976, p. 177.

³⁸ Sur cette expression attestée par divers textes voir en particulier Bekker, *Aktionen I*, p. 77 note.

³⁹ Récemment, en faveur de ce dogme Frezza (ANRW I, 2, p. 174, n. 18) remarque que les vœux publics n'étaient pas *ex incerta pecunia* jusqu'en 200 (Liv. 31, 9, 6 suiv.). Cette règle de la *voti sponsio* publique, en réalité, est expliquée par Tite-Live par un motif de comptabilité : *7 quia ea pecunia non posset in bellum usui esse seponique statim deberet nec cum alia pecunia misceri*.

⁴⁰ Sur ces textes, von Lübtow, *Symb. Taubenschlag*, *Eos* 48, 3, p. 307 suiv.; Kaser, ZSS 1973, p. 214 suiv. Pour une autre approche de la *Sponsio*, voir l'article «L'acte juridique».

technique des textes décemviraux, sans que cela soit un impératif de l'évidence. Mais il n'est pas facile de faire bon marché de la *nota* de Valerius Probus : 4, 2 *te mihi dare facere oportere* (s.e. *aio*) [FIRA II p. 458]⁴¹. On est d'accord aujourd'hui pour admettre que cette formule, inadaptée au mécanisme du *sacramentum in personam*, est celle d'une *iudicis arbitrive postulatio* sanctionnant une stipulation incertaine. Il n'est pas satisfaisant de penser qu'il s'agisse d'un développement post-décemviral de cette *legis actio*, qui selon un principe rigoureux n'est utilisable que dans les cas prévus par une loi (Gaius 4, 17a). Il faudrait alors admettre à l'encontre de ce principe que la *iudicis arbitrive postulatio* a vu son champ d'action élargi par la coutume au profit d'une *actio incerti ex stipulatu* (EP § 55) ignorée du législateur.

Contre la *stipulatio incerti* de l'ancien droit, il n'est d'aucun profit, à propos des promesses de *facere*, de relever que autrefois elles revêtaient dans certains cas une forme alternative, mettant en balance la prestation avec une somme d'argent⁴². On suppose que la prestation en nature n'était pas exigible et que c'est pour remédier à cela que le stipulant se faisait promettre à son défaut une *pecunia certa*. On cite à propos du *vadimonium* Plaute : *Rud.* 777 *nam promissimus carnufici aut talentum magnum aut hunc hodie sistere*⁴³; et à propos des *sponsalia* Varron : *Lingua* 6, 70 *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa*. Sans même se demander si le montant stipulé est une peine conventionnelle ou une simple réparation du dommage⁴⁴, les deux exemples mis en avant correspondent à des situations délicates, où le juge se serait trouvé en face d'un véritable casse-tête pour évaluer une condamnation pécuniaire. La forme alternative (*aut*)⁴⁵ de la stipulation répond simplement à une opportunité pratique, en un temps reculé où la notion d'*id quod interest* ne connaissait pas encore ses développements ultérieurs précisément en matière de *sponsalia* (Serv. Sulp. ap. Gell. 4, 4, 2)⁴⁶ et de *vadimonium* (Neratius D. 2, 11, 14)⁴⁷.

⁴¹ J'ai attiré l'attention sur ce texte dans mes *Origines de la Sponsio*, p. 189; depuis voir : Pastori, *Sponsio e stipulatio*, 1961, p. 91; Kaser, ZSS 1973, p. 206; Knütel, *Stipulatio poenae*, 1976, p. 59.

⁴² Kaser, ZSS 1973, p. 206; 213; 216; Knütel, *cit.*, p. 60.

⁴³ Kaser, *AJ*, p. 273; Steinwenter, RE, v. *vadimonium* VII A, 2055.

⁴⁴ Sur ce problème Kaser, ZSS 1973, p. 206; 213.

⁴⁵ Watson, (*Rome of the XII Tables*, 1975 p. 29-30) pense que la stipulation alternative des fiançailles est plutôt récente et destinée à mettre en échec la désuétude de la sanction des *sponsalia*.

⁴⁶ Sur ce texte Medicus, *Id quod interest*, 1962, p. 213; 334; Kaser, ZSS 1973, p. 216-217.

⁴⁷ Kaser, *ZP*, p. 168; Medicus, *cit.*, p. 271; 330; Coudert, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui*, 1957, p. 168; Knütel, *cit.*, p. 35. – D'une

Le mot *sponsus* (génitif *us*), rare et archaïque, bien que peu étudié, permet de remonter assez haut dans l'histoire du contrat *verbis* et facilite l'étude de son champ d'application. Gaius (3, 179) parle de la *communio sponsus* refusée au pérégrin⁴⁸. Paul (2 *edict.* D. 50, 16, 7) pour définir la *sponsio* explique la réponse «*spondeo*» par l'*interrogatio sponsus*⁴⁹. Ulpien (1 *ed. aed. cur.* D. 21, 1, 19, 2) fait la même chose⁵⁰. Dans la langue classique, *sponsus* a parfois une certaine technicité pour désigner le cautionnement sans autre précision (Gaius 4, 22 *lex Furia de sponsu*; Ulp. *fragm. Argent.* 3, 2 – FIRA II p. 309 – *obligatio contracta, cui sponsus accedit*)⁵¹. Dans un autre ordre d'idées, à propos de l'ancien droit des fiançailles, juristes et antiquaires aiment à parler de l'action *ex sponsu* (Serv. Sulp. ap. Gell. 4, 4, 2; Varro, *lingua*, 6, 72). En somme, ce mot qui a une saveur d'archaïsme a été sauvé en jurisprudence tant pour rendre compte de l'usage spécial du mot «*spondeo*» dans la réponse du promettant que pour évoquer une ancienne action ou désigner le cautionnement du *sponsor*. Ce dernier point peut recevoir une explication aisée : contrairement à une opinion longtemps reçue on sait à présent grâce à de récentes études qu'à propos de l'engagement du *sponsor* les Romains s'abstiennent de parler de *sponsio*. Il faut ajouter que c'est le mot *sponsus* qui remplit cette fonction, au moins dans certains textes, sans que l'on soit en mesure d'évaluer l'étendue jurisprudentielle de cet emploi après le sort fait par Justinien à ce type de sûreté⁵².

Le terrain est déblayé pour aborder chez Varron (*lingua* 6, 69-72) les définitions de *sponsio* et *sponsus* (génitif-*us*). Ce passage, écrit dans

manière générale, la stipulation alternative avec *aut* est à distinguer de la stipulation *poenae* conditionnelle (*Stichum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?*). Voir Kaser, *RPR* I, p. 519; Knütel, p. 62. Pour le *vadimonium*, chez Tite-Live (3, 13, 6) la forme : *sisti reum pecuniamque ni sistatur populo promitti placere*, bien que placée en 461, n'est pas archaïque (Coudert, p. 22-24) : cf. D. 45, 1, 115 pr. *te sisti certo loco : si non steteris, quinquaginta ... dari spondes?* (Kaser, *ZSS* 1973, p. 206). On admet en général que la stipulation alternative (*aut*) est plus ancienne que la stipulation *poenae* conditionnelle.

⁴⁸ D'après une correction certaine du manuscrit.

⁴⁹ Sur ce texte, Lenel, *ZSS* t. 2, 1881, p. 39; Arangio-Ruiz, *BIDR* 1962, p. 206; Bruna, *Lex Rubria*, 1972, p. 69-70.

⁵⁰ Arangio-Ruiz, *cit.*, p. 208; Impallomeni, *Editto degli edili curuli*, 1955, p. 26 suiv.; 262, qui cependant s'intéresse peu à l'aspect philologique du texte.

⁵¹ On trouve le même emploi technique dans la langue littéraire, Cic. *Att.* 12, 19, 2 *de sponsu si quid perspexeris*, cautionnement visé dans lettres 12, 4, 2 et 12, 17. Voir aussi : Cic. *in Clod. et Cur.* 16 (*orationum deperdit. fragmenta*, ed. Paccioni, p. 97), texte expliqué par *Schol Bob.* 88, 1. – Sur ces textes, Hägerström, II, p. 126.

⁵² Arangio-Ruiz, *BIDR* 1962, p. 201; 210; Daube, *Roman Law*, 1969, p. 24 suiv. et déjà E. Levy, *ZSS* 28, 1907, p. 404.

une langue rebutante de nature à décourager l'exégèse (comme il semble que ce fut bien le cas), se décompose en trois parties destinées à illustrer une étymologie à partir de *sponte*, qui met en évidence le rôle du consentement dans un contrat formel, selon un thème cher aussi aux prudents. Tout d'abord l'auteur explique le formalisme de la réponse «*spondeo*» par son fondement dans la volonté du promettant : 69 *spondere est dicere «spondeo», a sponte : nam id valet et a voluntate*. Puis viennent des citations littéraires sur *sponte* pour confirmer l'étymologie proposée. Quelques dérivés de *spondere* sont alignés ensuite : par exemple *desponsor*, *sponsa*, termes empruntés aux fiançailles. Varron conclut le paragraphe en revenant à la proposition initiale : *spondet enim qui dicit a sua sponte «spondeo» ; spondet et [est] sponsor* (correction⁵³ que je propose pour éviter d'appeler incorrectement *sponsor* le débiteur principal, alors que Varron semble parler du promettant d'abord et de la caution aussitôt après). Sur quoi s'articule une définition du terme extrajuridique *consponsus*, moyennant un renvoi à Naevius sans citation littérale : *qui idem faciat obligatur sponsu, consponsus*, les *consponsi* étant d'après l'information qu'on possède une sorte de conjurés⁵⁴. Varron vient de mettre en lumière un emploi de *sponsus* en dehors du droit civil. Les § 70 et 71 passent dans une deuxième partie aux fiançailles et en dissertent assez longuement. Le § 72 dans une troisième partie revient, indépendamment des fiançailles, à *spondere* en général, expliqué de nouveau par *sponte*, et maintenant le polygraphe met en avant «*ad spontem*» pour faire intervenir aussi la volonté du stipulant : *cum «ad spontem» responderent, id est ad voluntatem rogatoris*. La phrase suivante pose un principe général qui domine toute la matière du contrat *verbis* sans référence particulière aux promesses de mariage : *itaque qui ad*

⁵³ Dans un autre sens, E. Levy, ZSS 28, 1907, p. 403.

⁵⁴ *Consponsus* est un mot ignoré des prudents. Varron a trouvé *consponsi* chez Naevius (Warmington, *Remains of Old Latin* II, p. 598); Varron explique : *qui idem faciat obligatur sponsu, consponsus*. Ce qui correspond à Paul. Fest. 36 L *consposos antiqui dicebant fide mutua conligatos*. Il s'agit d'une sorte de conjuration, ce qui est clair dans le SC *Bacch.* 13 *neve posthac inter se coniourase neve comvovise neve conspondise neve compromesise velet* (de même Paul. Fest. 37 L *convoti isdem votis obligati*; cf. Norden, *Aus altröm. Priesterbüchern*, p. 72). L'absence du mot *consponsus* dans la langue des prudents exclut qu'il puisse s'agir d'une pluralité de cautions; la définition de Varron : *qui idem faciat obligatur*, ne vise pas le cautionnement mais la réciprocité des conjurés. De son côté *consponsor* ou signifie *coniurator* (Paul. Fest. 51 L) ou vise la pluralité des *sponsores* (Cic. *fam.* 6, 18, 3; *Att.* 12, 17) cf. Shackleton-Bailey, *Epistulae ad familiares*, 1977, II, p. 385. Hägerström (II, p. 256) rappelle que *coniuratus* a le même sens que *coniurator*. Sur *coniuratio*, Latte, *Kl. Schrift.*, p. 348. Kupiszweski (ZSS 1960, p. 132 suiv.) s'est efforcé de rattacher *consponsi* à la matière des fiançailles; cf. Hägerström, II, p. 261.

id quod rogatur «non» dicit, non respondet, ut non spondet ille statim, qui dixit «spondeo», si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. A propos d'un contrat *verbis* nul, Varron refuse l'action *ex sponsu*, et telle se révèle être la qualification générale de cette action dans l'ancien droit, quel que soit son objet. Du théorème Varron passe au corollaire à propos des fiançailles : *itaque is qui dicit in tragoedia : «meministine te spondere gnatum tuam?» quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu.* Deux fois successivement Varron parle d'*agere ex sponsu*, d'abord en général, ensuite dans le cas particulier des fiançailles, comme le fait aussi Servius Sulpicius (Gell. 4, 4, 2). C'est une erreur de croire que l'action *ex sponsu* est réservée à la promesse de mariage, elle sanctionne tout *sponsus* civil.

Dans le § 70, qui est avec le § 71 un développement intercalaire consacré aux fiançailles au sein de l'exposé général sur le contrat *verbis*, Varron oppose *sponsus* (génétif-us) et *sponsio* : *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa; . . . quae pecunia inter se contra sponsum rogata erat, dicta sponsio.* La stipulation alternative de *pecunia aut filia* (expliquée supra) est analysée comme composée de deux éléments : le *sponsus*, qui est la promesse de remettre la fille, et la *sponsio*, qui est la promesse de l'argent. La *sponsio* de la *pecunia* est faite *contra sponsum*, c'est-à-dire en réparation de la promesse inexécutée des fiançailles, pour que la somme prévue serve de peine ou de dédommagement⁵⁵. Le binôme *sponsio-sponsus* chez Varron correspond aux deux branches de la stipulation alternative, la *sponsio* de *pecunia* venant au secours du *sponsus* de *dare filiam*. *Sponsio* et *spon-*

⁵⁵ L'Oxford Latin Dict., fasc. II (1969), p. 433 v. *contra* § 12 D, explique *contra* dans ce texte par : «*in discharge of*». Il n'y a pas dans ce passage de Varron à répartir *sponsus* et *sponsio* sur des têtes différentes et penser à des promesses réciproques (cf. Kupiszweski, ZSS 1960, p. 148; Hägerström, II, p. 258). *Contra sponsum* se rapporte au mécanisme de la stipulation alternative seule et n'implique pas la réciprocité attestée ailleurs pour les fiançailles (Gell. 4, 4; Ulp. D. 23, 1, 2 *stipulari et spondere sibi uxores futuras*). Mais quand Varron (*lingua* 7, 107) pour expliquer le mot *sponsus* dans le Romulus de Naevius (Warmington, *Remains* II, p. 139 note a) écrit : «*sponsus*» *contra sponsum rogatus*, on est hors du droit, et il s'agit de «promesse pour promesse» de *consponsi*, conjurés, ce dernier terme apparaissant chez le poète (Varron, *lingua* 6, 69; Warmington, II, p. 598) vraisemblablement dans la même œuvre. En 6, 70, Varron appelle à la fois *sponsa* et *sponsio* la somme promise en cas de rupture. Cette double qualification n'entraîne nullement qu'il s'agisse de deux promesses différentes et réciproques; Varron ne parle que de la promesse alternative (*pecunia aut filia*) faite par le père de la fiancée, et dans la suite il n'est question que d'elle, en particulier à propos de l'action *ex sponsu* (dans un autre sens, Watson, *Law of Persons in the later Roman Republic*, 1967, p. 13). Dans le texte de Varron *inter se* vise les parties d'une stipulation unique et n'a pas à être compris comme *ultra citroque*.

sus sont subsumés dans le même acte, ont le même promettant, le père, mais ont des objets différents. Pour Varron *sponsus*, qui revient à plusieurs reprises dans le texte, est la qualification générale de toute promesse formelle par «*spondeo*», et l'objet peut être aussi divers, selon les exemples présentés, que la conjuration des *consponsi*, l'engagement du *sponsor*, celui du débiteur principal, ou les fiançailles. Au contraire Varron ne parle de *sponsio* qu'une fois dans ce texte pour en faire exclusivement une promesse de *pecunia certa*. Il établit entre *sponsus* et *sponsio* un contraste tranché qui ne se comprend que si le premier terme a une valeur générale (dont les fiançailles ne sont qu'un cas particulier) et le second une portée limitée. Reste à vérifier ce propos.

On sait depuis une belle étude d'Arangio-Ruiz⁵⁶ que le mot *sponsio* est d'un emploi beaucoup plus rare qu'on avait cru. Le regretté savant a montré que chez Gaius et dans la loi Rubria⁵⁷ (le mot ne survivant guère au Digeste)⁵⁸ il n'est question que de *sponsio tertiae partis* ou de *sponsio praeiudicialis*, le contrat *verbis* dans ses autres aspects étant désignés différemment (*stipulatio*, *verborum obligatio*). Toutefois la spécialisation du mot *sponsio* n'est pas aussi procédurale que l'avait cru l'illustre disparu. Si chez Gaius et dans la loi Rubria *sponsio* ne se dit que des promesses précitées, ce n'est pas tant parce qu'elles sont une pièce de la procédure civile, que parce qu'elles portent sur une somme d'argent. C'est ce que confirme Plaute : dans les

⁵⁶ BIDR 1962, p. 193 suiv.

⁵⁷ Un examen du mot chez Gaius vérifie entièrement le propos d'Arangio-Ruiz. Un passage obscur : 4, 1 *nam qui III esse dixerunt* (il s'agit des *genera actionum*) *ex sponsionum generibus, non animadverterunt quasdam species actionum inter genera se rettulisse*, paraît devoir être expliqué en ajoutant aux deux *genera actionum* indiqués d'abord dans le texte (*in rem et in personam*) deux types d'*actio per sponsionem (praeiudicalem)* (Gaius 4, 91 suiv.), comme l'indique De Zulueta, *Institutes of Gaius* II, p. 228. Pour la *Lex Rubria*, l'exégèse de Bruna, *Lex Rubria*, 1972, donne aussi raison au savant italien. Bruna, p. 375 fait la synthèse du problème en groupant tous les passages concernés en renvoyant aux pages où figurent les exégèses particulières : pour XXII 34-35, où il s'agit de *sponsio praeiudicialis*, il ne paraît pas évident que le texte s'étende à d'autres *sponsiones* procédurales (Bruna, p. 222 ; cf. Giffard, *Confessio*, p. 116 suiv.).

⁵⁸ Sur les rares emplois de *sponsio* au Digeste, voir E. Levy, *Sponsio*, p. 7, n. 1. Presque tous sont non techniques (pari : Marc. D. 11, 5, 3 ; Ulp. D. 19, 5, 17, 5 ; *rei publicae sponsio* comme définition de la loi : Pap. D. 1, 3, 1). Paul D. 50, 16, 7 associe *sponsio* et *sponsus* (gen.-us) à propos de l'*obligatio verborum* ; sur ce texte voir supra : cf. E. Levy, ZSS 28, 1907, p. 402 ; Bruna, *Lex Rubria*, p. 69-70. Comme l'a bien vu Arangio-Ruiz, BIDR 1962, p. 206, n. 21 (avec une riche littérature), dans ce texte Paul 2 ed. vise une *sponsio* procédurale, l'objet est pécuniaire.

deux vers où apparaît *sponsio*, il s'agit d'une promesse de *pecunia*⁵⁹. Dans la langue courante, la *sponsio* est souvent le pari. Ce sens se retrouve au Digeste⁶⁰. Il apparaît déjà chez Caton et chez Scipion Émilien dans des discours. L'enjeu ouvre une sorte de procédure *per sponsionem* qui paraît variable selon les cas et reste à étudier; il est en principe pécuniaire (Cic. *Verr.* 5, 141), et il y aura lieu un jour de préciser si le débat est porté seulement devant un tribunal d'honneur ou les tribunaux d'État⁶¹. Mais quelle que soit la nature de la procédure, le mot *sponsio* a une certaine technicité dans cet emploi non en raison du contentieux qui est mis en branle, mais parce que le pari, qui lui sert de point de départ, a pour objet privilégié une somme d'argent. Souvent c'est un point d'honneur que le pari tend à vérifier par cette singulière procédure *per sponsionem* qui fait dépendre la réputation d'un homme d'un enjeu pécuniaire. Tout confirme le propos de Varron 6, 70 : *quae pecunia . . . rogata erat, dicta sponsio*, si évident qu'on n'y a pas de nos jours prêté attention; il était fort banal pour un romain : la *sponsio* est une promesse d'argent, ce n'est qu'un cas particulier du *sponsus*, sans doute le plus courant, et qui en procé-

⁵⁹ *Trin.* 427 b; *Men.* 593 : dans ce dernier vers il s'agit d'une *sponsio praeiudicialis* d'après l'interprétation la plus probable : Girard, *Org. judic.*, p. 225, notes 1 et 2; Karlowa, *Civilprozess*, p. 53; Costa, *Diritto privato nelle commedie di Plauto*, p. 433-434; pour une solution différente, Cuq, *REA* 1919, p. 250 : promesse d'une somme correspondant à une amende.

⁶⁰ Heumann-Seckel, *Hundlexicon*, 9^e ed., p. 551, v. *sponsio*, n. 4.

⁶¹ La *sponsio* comme pari est attestée de bonne heure : Cato *ap.* Gell. 14, 2, 26 (Cato 206 Malcovati, *orat. rom. frag.*); Cato *ap.* Frontonis *Epist.* p. 93, 1 Van den Hout (Cato 173 Malcovati); Scipion Émilien *ap.* Isid. *etym.* 2, 21, 4 (Scip. Aemil. 33 Malcovati). Dans ce dernier texte qui paraît viser aussi un pari, il est question du *iudex* qui le tranche comme dans les passages de Caton explicitement ou implicitement. Ces textes sont parmi les plus anciens où figure le mot *sponsio*. Si l'enjeu du pari, comme c'est probable, est une somme d'argent, les textes littéraires confirment cette spécialisation de la *sponsio* comme promesse de *pecunia*, telle qu'on la trouve dans les sources juridiques. Voir aussi : *auctor ad Heren.* 4, 23, 33 *grandi sponsione victus*. Typique est Cic. *Verr.* 5, 141 *sponsionem II milium nummum. . . , ni «furtis quaestum faceret»* (cf. *Verr.* 3, 135). Voir aussi Liv. 39, 43, 5 (cf. Plut. *Cato* 17); 40, 46, 14; cf. Liv. 3, 24, 5. Exemple le récit de Valère Maxime 2, 8, 2 *Valerius sponsione Lutatium provocavit «ni suo ductu Punica classis esset oppressa»*. *Nec dubitavit restipulari Lutatius. Itaque iudex inter eos convenit Atilius Calatinus. . . «secundum te litem do»*. Du même 6, 1, 10; 7, 2, 4 *iudex addictus de sponsione quam is cum adversario «quod vir bonus esset» fecerat*. Voir aussi Sen. *controv.* 5, 6; Quint. 2, 10, 5. Il reste à enquêter si la langue littéraire est ailleurs aussi rigoureuse que la langue juridique et respecte toujours la valeur technique de *sponsio* comme promesse de *pecunia certa*. – Cf. Astin, *Cato the censor*, 1978, p. 106; 108, 136, sur la *sponsio*-pari. Sur la procédure née de ce pari, Crook, *Sponsione provocare* JRS 1976, p. 132 sv.

ture civile a des emplois techniques. On trouve chez les grammairiens un écho encore plus précis que chez Varron de la spécialisation de la *sponsio* : *sponsio poena est* (*Orthographia Capri, Gram. Lat. VII* p. 99, 14 Keil), par quoi il faut entendre sans doute la peine conventionnelle de la *stipulatio poenae*.

Cette relation exclusive entre *sponsio* et *pecunia* reçoit une illustration frappante dans l'une des tablettes de Pompéi récemment découvertes (Tavola VII, Giordano, Rend. Acc. Arch. Napoli 46, 1971, p. 187) où on lit en tête d'une formule de *condictio certae pecuniae* la *praescriptio* : *ea res agetur de sponsione*⁶². Cet emploi technique du mot *sponsio* remonte à l'ancien droit ; comme exemple de formule de *iudicis arbitrive postulatio* Gaius 4, 17a présente : *ex sponsione te mihi X milia sestertium dare oportere aio*. Moyennant les variations monétaires, le texte est archaïque et donne raison à Varron quand il définit la *sponsio* typiquement comme la réponse à une *rogatio pecuniae*. En dehors de cette catégorie spéciale de promesse, Varron pour les autres parle de *sponsus* en général et traite avec la même généralité de l'action *ex sponsu*, dont l'utilisation pour les fiançailles n'est qu'un cas particulier. L'action *ex sponsu*⁶³, dont la demande *ex sponsione* pour *pecunia certa* est une variété, a une extension aussi large que celle que prête Varron au *sponsus* en dehors des engagements financiers. Pour l'antiquaire le *sponsus* est aussi bien l'engagement extrajuridique de *facere* contracté par le conjuré, *consponsus* (6, 69 *qui idem faciat obligatur sponsu*), que la promesse autrefois juridiquement contraignante de *dare filiam* : 6, 71 *non enim, si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus*. Le *sponsus* est la promesse par *spondeo* de tout objet (licite), alors que la *sponsio* est une promesse de même type portant seulement sur une *pecunia certa*. Telle est la leçon de Varron, que confirme dans la langue aussi bien littéraire que juridique l'emploi spécialisé du mot *sponsio*. Au point de vue procédural, l'action *ex sponsione* (Gaius 4, 17a)⁶⁴, sanctionnant une promesse de *pecunia certa*, n'est qu'une application de l'action *ex sponsu*, laquelle conformément au sens général du mot est selon une autre leçon de Varron au service non seulement des fiançailles mais de toute promesse employant aussi le terme *spondeo*. Le couple verbal *sponsus-sponsio* est dans l'ancien droit la garantie que la *verborum obligatio* n'avait pas, à l'époque archaïque, pour seul objet une somme d'argent, puisque à

⁶² Sur ce texte au point de vue de la procédure, Kaser, *Labeo*, 1976, p. 21 suiv.

⁶³ En matière de fiançailles, l'action *ex sponsu* est employée en cas de promesses réciproques aussi bien par le père de la jeune fille que par le fiancé : Gell. 4, 4, 2.

⁶⁴ Sur cette action, Kaser, *RPR* I, p. 76.

côté de cette fonction étroite de la *sponsio*, attestée dans la formule de la *iudicis arbitrive postulatio*, le *sponsus* a vocation pour promettre toute chose licite et même une jeune fille. Aussi bien à côté de l'action *ex sponsione* qui porte, comme le veut tant le nouveau Gaius qu'une tablette récemment découverte à Pompéi, sur une *pecunia certa*, l'action *ex sponsu* est pour la *verborum obligatio* de l'ancien droit la sanction générale dont la demande *ex sponsione* n'est qu'un aspect aussi limité que fondamental. Le contraste terminologique entre *ex sponsione* et *ex sponsu* est la meilleure preuve que la *iudicis arbitrive postulatio* assurant le respect du contrat verbal s'intentait aussi bien pour la somme d'argent promise par *sponsio* que pour la *certa res* ou l'*incertum* promis par *sponsus*. Entre *sponsio* et *sponsus* existe la relation de la partie au tout⁶⁵.

En Grèce, l'homologue de *spondere*, dès qu'on en a connaissance, a des applications variées et ne favorise pas l'idée qu'à Rome l'*obligatio verborum* ait commencé par n'être exclusivement qu'un instrument du crédit sous forme de promesse d'un certain montant d'*aes*. Dans la loi de Gortyne, de la première moitié du V^e siècle, ἐπισπένδειν⁶⁶ indique une promesse, qui dans les tables IV, 50-54 et V, 1-4 a une portée limitée en relation avec les fiançailles ou le mariage (il semble s'agir de la promesse de dot, valant titre de propriété), alors que dans les tables VI, 9-11 et X, 27-29 à propos d'abord du mari, qui se voit interdire de disposer des biens de sa femme, ou ensuite à propos de l'esclave litigieux, qui est provisoirement indisponible, la promesse paraît revêtir un aspect général, indépendant des fiançailles et du mariage, et est alignée avec d'autres actes juridiques de vaste portée, tels que la vente, le gage, le trans-

⁶⁵ Le cautionnement s'appelant techniquement *sponsus* et non *sponsio*, terme qui lui est refusé (supra), cette terminologie est de nature à confirmer qu'il ne se bornait pas à garantir une dette d'argent, mais pouvait avoir pour objet une dette quelconque, notamment d'*incertum* (Cato agr. 146, 5; sur ce texte Lubtow, *Eos* 48, 3, p. 307 suiv.; Gaius 4, 137). A cela ne fait pas obstacle qu'une législation célèbre ait réglementé l'engagement du *sponsor*, quand il est pécuniaire.

⁶⁶ Voir Willetts, *The Law Code of Gortyn*, 1967, p. 20-22, 68, 76. Ce savant opte pour un sens restreint de ἐπισπένδειν, se rapportant aux fiançailles ou au mariage et développe cette thèse dans *Glotta* 1965, p. 251-256. Citron, *Semantische Untersuchung zu σπένδεσθαι – σπένδειν, εὐχεσθαι*, 1965, p. 44-45, présente à propos de cette loi un commentaire purement philologique du mot, notamment du moyen ἐπισπένδεσθαι, que Willetts, *Law Code*, p. 21, n. 40 traduit par «to accept in pledge». Pour un commentaire à la fois philologique et juridique, voir Metzger, *Untersuchungen zum Haftungs- und Vermögensrecht von Gortyn*, 1973, p. 116-123, où est niée toute relation entre la *sponsio* romaine et la promesse de la loi de Gortyne, mais cette position est très affaiblie par l'inscription sur *mitra* récemment découverte (infra) qui doit être versée au dossier.

fert. Dans la loi de Gortyne, l'acte de ἐπισπένδειν malgré un emploi précis à propos de l'institution matrimoniale est rebelle ailleurs dans le code à toute spécialisation qu'on aurait tort de vouloir lui imposer. A propos des interdictions de disposer, cet acte est traité avec la même ampleur que des opérations telles que la vente ou le gage etc. On pourrait arguer à la rigueur qu'à propos des biens de la femme, soustraits aux entreprises du mari, le contexte reste familial, mais on est privé de toute argumentation de ce genre en face de l'indisponibilité de l'esclave litigieux⁶⁷.

Le dossier, limité jusqu'ici à la loi de Gortyne, vient de s'enrichir d'une nouvelle pièce. Dans une inscription crétoise d'environ 500 av.

⁶⁷ La table VI, 2-36 contient une série d'interdictions de disposer frappant le fils, le père, le mari à l'égard respectivement des biens du père, du fils, de la femme vivante ou décédée. Le fils ne peut aussi disposer des biens de sa mère. Ces interdictions n'ont pas toutes le même contenu quant aux actes interdits. Ainsi le fils (lignes 4-5) ne peut vendre ou donner en gage les biens du père. Même interdiction pour le mari à l'égard des biens de la femme décédée, sans le consentement des enfants (lignes 34-35). D'après la ponctuation la plus probable des lignes 7 à 12 (Guarducci, *Tituli Gortynii*, 1950; cf. Citron, p. 45; contra Willetts) dans une phrase unique le père à l'égard des biens des enfants et le mari à l'égard des biens de la femme, comme le fils à l'égard des biens de sa mère, ne peuvent ni vendre, ni promettre (ἐπισπένσαι) et sans doute ne peuvent donner en gage; le gage est omis par le lapicide (Guarducci, *ad loc.*), puisque la phrase suivante à propos de la femme quant aux sanctions de l'interdiction embrasse les trois cas de vente, gage, promesse. La promesse paraît avoir une portée générale, et rien dans le texte n'indique que la fille puisse en être la seule bénéficiaire comme à la fin de la table IV et le début de la table V. Willetts pour les lignes 7 à 12 de la table VI place un point entre les deux interdictions frappant d'abord le père ensuite le mari, ce qui laisse sans contenu précis la première de ces interdictions à l'égard des enfants, ce qu'il complète dans la traduction. Willetts (*Glotta* 1965, p. 254) objecte contre la ponctuation habituelle, que je retiens, que le fils se voit interdire de disposer des biens de sa mère, mais que ceux de ses frères et sœurs échappent alors à l'interdiction, tandis qu'ils sont protégés à l'égard du père. Mais pareillement au début de la table VI le fils ne peut disposer des biens du père, sans que de même il soit question de ceux de ses frères et sœurs. Ce silence n'est pas plus surprenant dans le deuxième cas que dans le premier.

A la table X, 27-29 l'esclave litigieux est soustrait au transfert (δέκσασθαι), à la promesse (ἐπισπένσασθαι) et au gage. Pas moyen de restreindre la promesse à une opération liée aux fiançailles ou au mariage dans une interdiction ayant une portée absolument générale. Si le transfert est lié à une vente (Willetts, *Law Code*, p. 76), on trouverait la même série des trois actes dont l'interdiction protège le patrimoine de la femme à la table VI, 13-14. A noter pour finir que partout dans la loi de Gortyne dans les tables IV, V, VI, X, où il est question de promesse reposant sur l'acte de ἐπισπένδειν, celui-ci apparaît, si je vois bien, comme un titre de propriété (en particulier aux Tables IV et V). – Sur σπονδῇ dans le droit des papyrus comme prestation contractuelle accessoire, voir Herrmann, *Studi Volterra* III, p. 141 suiv.

J.-C. récemment découverte⁶⁸, gravée sur une pièce d'armure (*mitra*), on lit un contrat de travail passé entre une cité et un scribe, Spensithios, contrat commençant par un engagement solennel de la πόλις en ces termes : ligne 1 . . . καὶ ἐσπένσαμες πόλις Σπενσιθίωι, «et nous la cité avons promis à Spensithios». La cité accorde un salaire (avec prestations en nature), des privilèges, un monopole. Cet emploi exceptionnel⁶⁹ de σπένδω complète celui de ἐπισπένδω dans la loi de Gortyne pour révéler à travers ces deux verbes une promesse pouvant avoir des objets fort variés, sans qu'il soit possible de percevoir que de l'un à l'autre le préverbe ἐπί- marque une spécialisation du champ d'application⁷⁰.

Le parallèle entre ἐπισπένδειν et σπένδειν en Grèce avec la *sponsio* romaine dépasse la simple morphologie⁷¹. D'un peuple à l'autre il s'agit d'une promesse qui a partie liée avec le mariage, en même temps qu'elle a en dehors de ce cas une portée générale. A cela s'ajoute la concordance entre la *sponsio* internationale et les σπονδαί grecques. Toutes les conditions sont réunies pour parler d'un emprunt de Rome à la Grèce et Verrius Flaccus cité par Festus (440L v. *Spondere*) se fait le champion de cette idée qui est peut-être chez lui plus qu'une simple induction, puisqu'il présente cette filiation à propos du domaine commun des fiançailles : *sponsum et sponsam ex graeco dictam ait, quod ii σπονδάς interpositis rebus divinis faciant*. Si la *sponsio* Romaine a toutes les chances d'être une imitation du droit grec, avec un éventail d'emplois peut-être plus large que dans le pays d'origine, on ne voit guère pourquoi dans les XII tables ce contrat serait cantonné à la seule promesse d'*aes*. Si la *sponsio* comme le mot *poena* vient de Grèce, on est amené à penser que le droit romain des obligations s'est développé au moins partiellement à l'époque archaïque sous l'influence du modèle hellénique.

3. – Cet excursus était indispensable pour comprendre le mécanisme de la *iudicis arbitrive postulatio*. Ceux qui pensent que le contrat *verbis* dans le droit des XII tables ne peut porter sur une *res certa* ou un *incertum*, sont amenés à fausser le fonctionnement de cette *legis actio* et présenter une image inexacte des rôles respec-

⁶⁸ Jeffery et Morpurzo-Davies, *Kadmos*, 9, 1970, p. 118-154; cf. Manganaro, *Antichità Cretesi, Studi in onore di D. Levi* II (1978), p. 50-54.

⁶⁹ Les éditrices p. 146 remarquent : «σπένδω does not occur elsewhere in the meaning to pledge». Sur le mot ἐσπένσαμες voir en outre : Van Effenterre, BCH 1973, p. 31; Gschnitzer, ZPE 19, 1974, p. 266, n. 4.

⁷⁰ Voir Citron, p. 47. On retrouve ἐπισπένδεσθαι chez Thucydide (5, 22, 2) dans le sens de renouvellement d'une trêve; et chez le même auteur (5, 32, 5) ἐπισπονδαί a le sens analogue de trêve additionnelle.

⁷¹ Willetts, *Law Code*, p. 21, n. 40.

tifs du *iudex* et de l'*arbiter* dans cette procédure, qui serait selon eux tantôt une *iudicis postulatio* tantôt une *arbitri postulatio* : dans ce système pour une promesse de *certa pecunia* on fait intervenir un *iudex*, et pour les actions divisoires, comme elles requièrent une certaine formation technique, un *arbiter*. La logique de cette construction n'est qu'apparente. Dans cette perspective, étant forcé d'admettre qu'au cours de la République, comme cela est attesté, la promesse *verbis* a pu aussi porter sur une *res certa* ou un *incertum*, on confie alors la sentence à un *arbiter*⁷² chargé de l'estimation, de telle sorte que l'*obligatio verborum* paradoxalement relève tantôt de la compétence d'un *iudex*, tantôt d'un *arbiter*, selon que son objet est pécuniaire ou non. En fin de compte, la *iudicis arbitrive postulatio* cesse d'être une procédure originale, une *legis actio* typique, utilisable seulement dans certains cas, pour se réduire à n'être plus, après que la prétention a été affirmée avec indication de sa *causa*, qu'une simple requête adressée au magistrat pour qu'il nomme soit un juge soit un arbitre.

En réalité, cette *legis actio* ne tend pas à la nomination d'un *iudex* ou d'un *arbiter* selon la nature de l'action intentée, mais d'un personnage unique qui est cumulativement *iudex sive arbiter* d'après Gaius (4, 17a) ou *iudex arbiterve* selon Valerius Probus (4, 8). L'originalité de cette procédure tient dans cette formule, qui est deux fois attestée comme formant un tout indivisible dans la même instance : *te praetor iudicem sive arbitrum* (ou *iudicem arbitrumve*) *postulo uti des*. Les XII tables juxtaposent parfois *iudex* et *arbiter* comme deux personnages différents, ce qui est le plus souvent le cas (2, 2 *iudici arbitrove reove*; 9, 2). La *iudicis arbitrive postulatio* a pour trait caractéristique d'attribuer ces deux qualités au même homme. C'est en cela que réside sa typicité. Dès la découverte du nouveau Gaius, E. Levy⁷³ avait vu clair et les interprètes les plus avisés⁷⁴ se sont rangés à son avis. Mais il ne faut pas perdre le bénéfice de ce progrès de la recherche en concédant ensuite que dans *iudex arbiterve* selon les cas seul un des deux éléments peut être vivace, tandis que l'autre est en sommeil, comme s'il s'agissait d'une alternative. Ce serait revenir subrepticement au dualisme de la *iudicis postulatio* et de l'*arbitri postulatio*. Il est seulement vrai qu'après la diffusion assez tardive de la monnaie pour une promesse de *certa pecunia* le juge est uniquement *iudex*, si bien que dans

⁷² Kaser, ZSS 1973, p. 205.

⁷³ ZSS 1934, p. 303 suiv.

⁷⁴ Kaser, ZP, p. 80. Mais on s'est demandé si la formule *iudex-arbiterve* était postdécenvirale. Voir : v. Lübtow, ZSS 1951, p. 357; Behrends, *Zwölftafelprozess*, 1974, p. 50. Wlassak, PG II, 287 avait préparé la voie.

le binôme *arbiter* reste alors en l'air. Certes, dans la langue archaïque *ve* a un sens disjonctif qui est fréquent dans les XII Tables (*morbis aevitasve; plus minusve*)⁷⁵, mais chez Plaute et Ennius cette particule conserve aussi un sens copulatif⁷⁶, dont la langue juridique donne un exemple dans la bouche du fétial : Liv. I, 24, 7 *ex illis tabulis cerave*, à mettre en parallèle avec la formule du testament : *in his tabulis cerisque* (Gaius 2, 104). Ce qui est le plus près de *iudex arbiterve*, c'est parmi les formules qui ont survécu : *in diem tertium sive perendinum* (Val. Prob. 4, 9), où le même *dies* reçoit deux qualifications, de même qu'un juge unique peut être à la fois *iudex* et *arbiter* : *ve*, comme c'est son rôle, marque dans la *iudicis arbitrive postulatio* une opposition qui est très forte, mais les deux qualités contrastées se regroupent sur la même tête, si bien que la particule dans ce cas limite a un rôle copulatif à propos du même titulaire moyennant un dualisme nettement tranché des deux titres.

Pour le fond, le cumul des fonctions de *iudex* et *arbiter* correspond à la nature des actions qui empruntent la forme de la *iudicis arbitrive postulatio*. Le juge des actions divisoires est *arbiter* pour l'opération délicate du partage, comme cela est unanimement reconnu, mais *iudex* quand il prononce l'*adiudicatio*⁷⁷, car celle-ci ne saurait être incluse dans un simple *arbitrium*⁷⁸. Pour la promesse *verbis* de *certa res* ou d'*incertum*, le juge est *arbiter* pour évaluer la valeur litigieuse, mais *iudex* pour constater qu'un tel contrat a été conclu et est resté inexécuté⁷⁹. En somme, le juge est *iudex arbiterve* à la manière dont Festus (200 L), usant d'une formule consacrée, dit du *pontifex maximus* que *iudex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque*, sans toutefois préciser le contenu de ce cumul d'attributions. Par contre, Gaius n'a pas transmis les formules de la *condictio certae rei*, et on ignore si cette procédure tendait aussi à la nomination d'un *iudex arbiterve* ou d'un simple *iudex*, ce

⁷⁵ Hägerström, I, p. 477.

⁷⁶ Leumann-Hofmann-Szantyr, *Lat. Grammatik*, II (1972), p. 503. Voir Voigt, *Jus naturale* IV, 3, p. 450 suiv. (citant de nombreux textes).

⁷⁷ Gaius 4, 42 *adiudicato*, dans la formule des actions divisoires en procédure formulaire; sur l'adjudication dans les *legis actiones*, voir Kaser, *ZP*, p. 91; Broggin, *Iudex arbiterve*, 1957, p. 71; 157; 165; 190; 192; Liebs, *ZSS* 1968, p. 237.

⁷⁸ Dans la langue de la jurisprudence classique, toutefois, le juge des actions divisoires est appelé tantôt *iudex* tantôt *arbiter* (Gaius 4, 17a; 4, 42; Paul 1, 18, I; 1, 18, 3). Voir Wlassak, *PG* II, p. 287 suiv.

⁷⁹ Dans la langue jurisprudentielle, quand le *iudex* selon une évolution bien connue a absorbé la fonction estimatoire de l'*arbiter*, il n'est plus question d'*arbiter* pour les procès nés d'une promesse *verbis* : voir Broggin, p. 176.

qui est tout à fait possible⁸⁰, car à cette époque le *iudex* avait déjà absorbé la fonction estimatoire (de la *res*) confiée à l'*arbiter*⁸¹.

Il n'y a pas à s'étonner que chez Gaius le formulaire de la *iudicis arbitrive postulatio* à propos d'une promesse de *certa pecunia* fasse intervenir un *iudex arbiterve* dans une hypothèse où rien ne fait appel à la compétence d'un arbitre en l'absence de toute évaluation. Depuis l'introduction de la monnaie, la formule reste immuable, même dans un cas où un de ses éléments est devenu superflu. Mais, tant que le bétail a coexisté avec l'*aes* (pesé) comme moyen de paiement, un *iudex arbiterve* a été nécessaire pour trancher les litiges portant sur la *sponsio* d'une certaine somme : quand deux moyens de paiement sont en concurrence, l'*arbiter* a pour fonction de fixer la conversion de l'un dans l'autre ; et, si dans la *litis aestimatio* son rôle est d'évaluer en *aes* la valeur litigieuse, inversement quand un montant de ce métal est promis *verbis*, il a aussi pour fonction d'évaluer en bétail la libération du débiteur. Dans les XII Tables le seul moyen de paiement officiel est l'*aes* et toute cette loi s'organise autour de lui (*aeris confessio* ; acte *per aes et libram* ; *arbitrium liti aestimandae* ; *poena* etc.). Mais alors l'*aes* est rare : Fest. 232 L *neque aeris adhuc neque argenti erat copia* ; 468 L *propter aerarii inopiam*. Le métal est alors surtout une monnaie de compte⁸². Matériellement les paiements se font aussi en bétail ou autre chose, l'acte *per aes et libram* tolère un versement fictif en *aes* (*raudusculum*)⁸³. Les amendes publiques étaient libellées en bétail et conservèrent longtemps ce mode de formulation (Gell. 11, 1, 4 *ego ei unum ovem multam dico* ; Varro *r.r.* 2, 1, 9 ; Plin. *n.h.* 18, 11). La *multa suprema* avait vu une loi fixer son tarif en bétail⁸⁴. L'État disposait de troupeaux mal entretenus qui étaient le produit de ce mode de coercition (Fest 220 L ; Cic. *rep.* 2, 60), si bien que les bêtes étaient souvent volées, ce qu'on appelait typiquement *peculatus* (Fest. 220, 232, 268 L). Un taux officiel de conversion entre l'*aes* et le bétail ne fut établi qu'en 430 par la loi Julia Papiria, qui selon une pluralité de sources concordantes n'avait en vue que les amendes publiques, pour lesquelles une *levis aestimatio* favorable tendait

⁸⁰ Gaius 4, 17b *iudicis capiendi causa*, dans la formule de la *condictio certae pecuniae*.

⁸¹ E. Levy, ZSS 1934, p. 309.

⁸² Zehnacker, *Moneta*, 1973, I, p. 199.

⁸³ Sur la coexistence des deux modes de paiement, R. Thomsen, *Early roman Coinage III* (1961), p. 250 ; Alföldi, *Fondation Hardt*, 13, 1966, p. 268.

⁸⁴ Magdelain, *La loi à Rome*, 1978, p. 65 suiv.

à protéger le bétail⁸⁵, si bien qu'entre particuliers ce taux ne s'appliquait pas et que seul prévalait le prix du marché. Une anticipation malheureuse a prêté confusément à deux lois de peu antérieures aux XII Tables (Aternia Tarpeia de 454 et Menenia Sestia de 452)⁸⁶ la réforme de 430. Dans l'esprit des faussaires il s'agissait, comme l'a bien vu Mommsen (*Munzwesen* p. 175-176), à l'aide d'une législation apocryphe créant une conversion fixe entre deux moyens de paiement, de préparer le code décemviral qui n'en devait retenir plus qu'un, l'*aes*. En réalité, il n'y a pas à chercher une médiation entre le régime des amendes publiques libellées en bétail pendant des siècles encore (Varro *r.r.* 2, 1, 9 *etiam nunc*) et le système métallique des XII tables. La *levis aestimatio* de la loi Julia Papiria protège le cheptel privé contre la coercition envahissante des magistrats (Cic. *rep.* 2, 60 *multis dicendis vim armentorum a privatis in publicum averterunt*), mais cette *aestimatio* reste en marge du commerce, qui continue à obéir à une économie libre. La *sponsio* d'*aes*, qui est un instrument favori du crédit⁸⁷, a besoin de pouvoir convertir aisément en têtes de bétail le montant prévu en monnaie de compte, tant que dura la coexistence de ces deux modes de paiement. En cas de procès, en marge du taux légal réservé aux *multae* des magistrats, un *iudex arbiterve* fixera en concours avec la somme de métal l'équivalent en bétail, ce qui paraît une commodité réservée au crédit par *sponsio*. Le même juré est alors *iudex* pour trancher le point de droit (l'inexécution du contrat) et *arbiter* pour évaluer en bétail le montant de l'*aes* promis⁸⁸.

Dans une économie où le métal sert de monnaie de compte, *aestimare* est ressenti étymologiquement comme l'évaluation en *aes* de toutes sortes de marchandises et notamment du bétail, qui joue un rôle éminent comme moyen de paiement. Cette *aestimatio* du bétail en *aes*, les anciens en ont gardé un souvenir tenace et Festus à la suite de Verrius Flaccus associe les deux mots selon ce qu'il pense être aussi bien leur relation étymologique qu'économique : *Paul. Fest.* 23 L *aestimata poena ab antiquis ab aere dicta est, qui*

⁸⁵ Cic. *rep.* 2, 60 *levis aestimatio pecudum in multa*; Liv. 4, 30, 3 *legem de multarum aestimatione*; Fest. 220 L *aestimatio pecoralis multae*.

⁸⁶ Sur le silence de Tite-Live à propos de cette législation, CAH VII, p. 324; 458, 1; Elster, *Studien zur Gesetzgebung der frühen r. Republik*, 1976, p. 164. Sur ces lois Magdelain, *cit.*; Gagé, *Ant. Class.* 1978, p. 70-95.

⁸⁷ Behrends, *Zwölftafelprozess*, 1974, p. 34 suiv.

⁸⁸ Sur les récits légendaires relatifs à l'*aes* dans les premiers temps de la République, voir : Gjerstad, *Early Rome* V, p. 320; Crawford, *R. republican Coinage*, 1974, II, p. 621, note; 630. Sur les usages prémonétaires en Étrurie, Panvini Rosati dans *Contributi allo studio della monetazione etrusca*, 1975, p. 33.

*eam aestimaverunt aere, ovem decussis, bovem centussis, hoc est decem vel centum assibus*⁸⁹. Ce que la *iudicis arbitrive postulatio* a de remarquable, c'est qu'à propos d'une promesse d'*aes* elle renverse les termes habituels du problème : au lieu d'évaluer telle chose en *aes*, c'est l'*aes* par une *aestimatio* inversée, pour rendre le crédit plus facile, que l'*arbiter* convertit en bétail.

Si le propre de la *iudicis arbitrive postulatio* dans toutes ses applications est de confier la solution du litige à un juré unique qui est cumulativement *iudex* et *arbiter*, ce critère permet de refuser le nom de cette procédure à des cas où ces conditions ne sont pas remplies, selon que au lieu d'un juge unique interviennent plusieurs arbitres ou un seul *arbiter* qui n'est pas en même temps *iudex*. A ce compte, l'*arbitrium liti aestimandae* n'est sûrement pas un cas de *iudicis arbitrive postulatio*, car l'*arbiter* procède à l'évaluation du montant de la condamnation, alors que préalablement le *iudex* du *sacramentum in personam* s'est prononcé sur la source de l'obligation. Même solution négative pour la *vindicia falsa* qui selon les XII Tables (12, 3) donne lieu à un *arbitrium* de trois arbitres, et pour l'action *finium regundorum* qui elle aussi selon la même loi (7, 5b) fait intervenir trois arbitres⁹⁰. S'il faut se fier aux sources qui confient l'action *aquae pluviae arcendae* à un simple arbitre⁹¹, qui ne serait pas en même temps *iudex*, la *iudicis arbitrive postulatio* est encore hors de cause.

Un doute pourrait naître, malgré la présence de trois arbitres, au sujet de l'action *finium regundorum* qui en droit classique peut donner lieu à une *adiudicatio* (Gaius 4, 42), laquelle est le propre d'un *iudex*. Mais on sait par Justinien que en règle générale cette action ne débouche pas sur une *adiudicatio*, à laquelle on aura seulement recours si par simple opportunité, au lieu de maintenir la limite ancienne, on en trace une nouvelle qui entraînera des déplacements partiels de propriété et, s'il y a lieu, un règlement financier : Inst. 4, 17, 6 *si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet iudex, an necessaria sit adiudicatio. Quae sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti : nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adiudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat*

⁸⁹ Sur *aestimare*, Norden, *Aus altröm. Priesterbüchern*, 1939, p. 82.

⁹⁰ Ter. *Heaut.* 499-500; Wlassak, *PG* II, p. 295.

⁹¹ Cic. *Top.* 39; 43; Lab. D. 22, 3, 28; Alf. D. 39, 3, 24 etc. Voir Karlowa, *Civilprozess*, p. 57; Brogini, p. 168.

condemnari (cf. D. 10, 1, 2, 1; D. 10, 1, 3)⁹². Une adjudication est alors nécessaire pour servir de titre aux parcelles déplacées. Une commodité de ce genre paraît fort peu conforme à l'esprit du droit archaïque, qui a dû s'en tenir pour cette action au rétablissement du tracé ancien des *finis*, ce qui rend superflue une adjudication qui excéderait la compétence de simples *arbitri*. C'est le *iudex arbiterve* des actions divisoires proprement dites qui procède autrefois à une adjudication.

D'une manière générale, dans le droit des XII Tables il faut distinguer avec soin la *iudicis arbitrive postulatio*, qui tend à la nomination d'un juge unique à la fois *iudex* et *arbiter*, des *arbitria* assez divers qui se contentent d'un ou plusieurs arbitres dépourvus de la qualité de *iudex*.

Dans la *iudicis arbitrive postulatio* l'association des qualités de *iudex* et *arbiter* sur la même tête a pour résultat de confier à ce juge unique la double fonction de *iudicare* pour constater l'existence d'une *verborum obligatio* restée inexécutée, et de *damnare* pour évaluer l'objet litigieux et prononcer la condamnation pécuniaire, terme attesté pour l'ancienne action *ex sponsu* en matière de fiançailles sous la forme *condemnare* (Serv. Sulp. ap. Gell. 4, 4, 2). Dans le système d'origine plus archaïque qui combine un *sacramentum in personam* à un *arbitrium liti aestimandae*, les qualités de *iudex* et *arbiter* sont séparées et relèvent respectivement de ces deux procédures : comme on l'a vu (I, 1), le *iudex* du *sacramentum* a pour rôle de *iudicare* pour établir la source de l'obligation, alors que l'*arbiter* de l'*arbitrium* subséquent a pour mission de *aestimare* et *damnare*. Dans la *iudicis arbitrive postulatio* par une contraction remarquable la procédure est simplifiée : un juge unique cumule les titres de *iudex* et *arbiter* et les fonctions de *iudicare* et *damnare*, qu'un système plus ancien répartit sur deux procédures et deux titulaires.

Quelle que soit la préhistoire des actions divisoires, on n'a aucune peine à identifier dans l'action *ex stipulatu* des XII Tables une simplification du complexe qui associe *sacramentum in personam* et *arbitrium liti aestimandae*. La loi (ou peut-être avant elle la coutume) a remplacé pour le contrat *verbis* ce lourd mécanisme par une *iudicis arbitrive postulatio* qui résume en un seul procès deux procédures et deux sentences et confie l'ensemble de

⁹² Kaser (*Symbolae Martino David dedicatae*, 1968, I, p. 89 suiv.) a tenté de dévaloriser le témoignage de Justinien. Au contraire Hinrichs (*Die Geschichte der römischen Institutionen*, 1974, p. 204 suiv.) démontre, avec d'autres arguments que les miens, que l'adjudication n'est pas ancienne dans l'action *finium regundorum*.

l'affaire à un seul juge. Il s'agit d'un régime privilégié qui suppose une autorisation particulière de la loi, comme le souligne Gaius 4, 17a, pour échapper aux lourdeurs de l'action *generalis* ainsi qu'à la *poena sacramenti*. Aussi faut-il pour bénéficier de ces privilèges que l'action soit « causée » : *ex sponsione* selon le formulaire de Gaius. Pour la *verborum obligatio* c'est une facilité donnée aux affaires.

Mais rien ne fait obstacle à ce que ce contrat puisse après l'introduction de la *iudicis arbitrive postulatio* continuer à faire naître un *sacramentum*⁹³, sans que l'on connaisse le critère du choix entre ces deux procédures. Leur concours est rappelé par Gaius (4, 20) sans autre précision. Dans le régime de l'action *in rem per sponsionem* devant les centumvirs (Gaius 4, 95), c'est un *sacramentum* que déclenche la *sponsio* préjudicielle, la *iudicis arbitrive postulatio* étant exclue puisque le procès est porté non devant un juge mais un jury.

En somme, dans la *iudicis arbitrive postulatio* on continue à distinguer *iudicare* et *damnare* comme dans le complexe qui unit le *sacramentum in personam* à l'*arbitrium liti aestimandae*; ces deux prononcés sont toujours respectivement l'œuvre d'un *iudex* et d'un *arbiter*, mais le même juge dit *iudex sive arbiter* réunit les deux qualités et s'acquitte des deux rôles. La *iudicis arbitrive postulatio* est une synthèse simplifiée de l'ensemble *sacramentum-arbitrium*; deux procédures sont fondues en une seule grâce à l'abandon de la *poena sacramenti* et du rituel qui l'entoure. Mais en dépit de cette simplification qui ne retient, des deux instances désormais réduites à l'unité, que la quintessence, la pureté des catégories reste intacte : comme dans le système plus ancien qui survit parallèlement, autre chose reste le *iudex*, autre chose l'*arbiter*, bien que ces deux rôles soient assurés par le même juré. Autre chose reste *iudicare*, autre chose *damnare*, bien que ce soient deux aspects d'une seule sentence. La réunion des qualités de *iudex* et *arbiter* en la même personne est le premier pas qui conduira ensuite pour d'autres actions à la relative confusion de ces deux personnages moyennant l'acquisition par le *iudex* tout

⁹³ Contre l'emploi du *sacramentum in personam* pour sanctionner la *verborum obligatio* à l'époque archaïque il n'y a pas lieu de tenir la formule à l'origine sacrale de ce contrat pour incompatible (comme faisant double emploi) avec le serment du *sacramentum*; ces deux formules sacrales ne coïncident pas, l'une est promissoire, l'autre est déclarative, elles n'ont pas le même objet et ne s'excluent pas : sur ce point Brogгинi, p. 170-171; dans un autre sens Kaser, *ZP*, p. 78-79; ZSS 1973, p. 205. D'ailleurs toute cette dialectique risque d'être inutile : quand le contrat *verbis* donne lieu à une poursuite judiciaire, il est déjà fortement en voie de laïcisation ou déjà laïcisé. Tant que *sponsus* et *sponsio* ont été des actes du pur droit sacré, leur sanction religieuse était hors du domaine de la justice civile.

court de la fonction estimatoire de l'*arbiter* sans l'adjonction de ce titre, comme cela paraît être le cas pour la *condictio certae rei*.

En conclusion, avant l'apparition de cette dernière procédure les deux paires *iudex-arbiter* et *iudicare-damnare* coïncident selon la relation de l'agent à la fonction : le *iudex* a pour fonction de *iudicare*, il constate de façon déclarative l'existence de la source de l'obligation, alors que l'*arbiter* procède à l'estimation et condamne (*damnare*). Dans le complexe *sacramentum in personam* – *arbitrium*, le système fonctionne à l'état pur, tel qu'il est apparu à l'origine : *iudex* et *arbiter*, chacun respectivement au terme de ces deux instances associées, se succèdent, le premier pour *iudicare*, le second pour *aestimare* et *damnare*. Dans la *iudicis arbitrive postulatio*, ce mécanisme archaïque est ramené à l'unité au profit de la vie des affaires dans la sanction du *sponsus* : les deux fonctions de *iudicare* et *damnare*, tout en restant distinctes, incombent au même juge, qui est cumulativement *iudex* et *arbiter* pour les exercer dans la même sentence.

Lorsque l'obligation porte sur un poids certain d'*aes*, il n'y a pas d'estimation à faire et un arbitre est inutile. Le *iudex*, quelle que soit la procédure (*sacramentum in personam* ou *iudicis arbitrive postulatio*), ajoute à sa fonction de *iudicare* celle de *damnare*, et il prononce une condamnation pécuniaire, ayant selon les cas pour objet ou bien le montant d'une composition légale fixe ou bien le double de l'*aes* volé ou bien la somme promise par *sponsio* etc. Cette extension de la compétence du *iudex* résulte, dans les temps archaïques, de la diffusion progressive du métal, d'abord rare, pour servir de moyen de paiement en concurrence avec le bétail. Il n'y a pas d'hypothèses à faire pour l'ère de l'économie prémétallique.

II

1. – Tout ce qui vient d'être dit sur la correspondance du couple *iudex-arbiter* avec le binôme *iudicare-damnare*, permet d'aborder l'exégèse de la formule de la *manus iniectio*. Gaius 4, 21 *quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio*. Il est possible qu'en dehors des variations monétaires ce texte ait pu connaître des rajeunissements, en particulier qu'il faille supposer⁹⁴ originellement une version *te non solvisti*, conforme aux *verba* de la *solutio per aes et libram* (Gaius 3, 174 *me a te solvo*). Pour *iudicatus sive damnatus*, il faut rejeter l'explication courante d'une alternative,

⁹⁴ Eisele, *Beiträge zur r. Rechtsgeschichte*, 1896, p. 16. Kaser, *ZP*, p. 97, n. 34.

comme si *sive* était étranger à la formule, qui s'adresserait tantôt à un *iudicatus* tantôt à un *damnatus*, jamais aux deux à la fois. On suppose qu'à côté de l'exécution d'un jugement la *manus iniectio* pouvait servir à sanctionner, sans décision de justice, une *damnatio* automatiquement exécutoire comme celle du legs auquel elle donne son nom. Sans se prononcer sur une telle efficacité de la *damnatio* archaïque, il suffit de remarquer que la formule de la *manus iniectio* se termine sur le cas unique du jugement : *sestertium X milium iudicati manum inicio*, sans la moindre allusion à une *damnatio*. Si le formulaire avait associé au début deux cas séparés du *iudicatus* et du *damnatus*, comme s'il s'agissait de deux *manus iniectioes* indépendantes, il aurait dû à la fin à côté du cas du jugement indiquer aussi, pour respecter cette dualité, celui de la *damnatio* exécutoire. De plus, Gaius dans son commentaire, en bon pédagogue, aurait dû à côté du jugement indiquer que la formule était également mise au service d'une *damnatio*⁹⁵. Passons, en outre, sur le silence des XII Tables à l'égard de *damnationes* de ce type qui auraient mis en branle automatiquement l'exécution sur la personne⁹⁶. En réalité, l'expression *iudicatus sive damnatus* forme un tout, prononcé en bloc par le créancier, comme forme un tout l'expression *iudex sive arbiter* (*iudex arbiterve*). Dans les deux cas *sive* marque une opposition copulative qui fixe deux qualités distinctes sur la même tête. Le débiteur est à la fois *iudicatus* et *damnatus*, de même que le juge est simultanément *iudex* et *arbiter* dans la *iudicis arbitrive postulatio*. De plus ces deux binômes se recouvrent, puisque le *iudex* a pour rôle de *iudicare* et l'*arbiter* celui d'*aestimare* et *damnare*.

Quelle que soit la *legis actio* qui a précédé la *manus iniectio* contre le *iudicatus sive damnatus*, celui-ci est *iudicatus* en tant que la source de son obligation a été constatée par le *iudex* (délit, contrat etc.); il est *damnatus* en tant que l'*arbiter* après estimation a prononcé la condamnation pécuniaire, qui est la condition indispensable de la *manus iniectio iudicati*⁹⁷. C'est le *iudex* lui-même qui prononce la condamnation pécuniaire, lorsque d'emblée l'obligation porte sur une somme certaine d'*aes* (*sponsio*, composition pécuniaire à tarif fixe etc.), ce qui en l'absence d'estimation rend superflue l'intervention d'un *arbiter*. Dans le droit des XII Tables, le cumul des qualités de *iudicatus* et *damnatus* en la personne du débiteur est le même, si le procès préalable, sur lequel s'articule la *manus iniectio*, s'est déroulé

⁹⁵ Sur ces objections, Liebs, ZSS 1968, p. 230-231.

⁹⁶ Pour une origine postdécevrale du legs *per damnationem*, Wlassak, ZSS 31, 1910, p. 201 suiv.

⁹⁷ Il est inutile de rappeler que la *manus iniectio* n'intervient pas après le *sacramentum in rem*, en l'absence de tout rapport obligatoire entre les parties.

selon les formes du *sacramentum in personam* ou de la *iudicis arbitrive postulatio*. Dans le premier cas le défendeur est *iudicatus* en vertu de la sentence déclarative «*sacramentum iustum, sacramentum iniustum*», rendue par le *iudex* sur l'existence de la source de l'obligation (par ex. *furtum*); il est ensuite *damnatus* en vertu de la sentence de l'*arbiter*, qui a procédé à la *litis aestimatio* emportant condamnation (*arbitrium liti aestimandae*). Dans le cas de *iudicis arbitrive postulatio*, le même juge à la fois *iudex* et *arbiter* s'acquitte seul des fonctions de *iudicare* et *damnare*, et dans une sentence unique confère au défendeur la double qualité de *iudicatus sive damnatus*, en ayant constaté d'abord l'existence d'un contrat *verbis* resté sans effet (*iudicare*), pour procéder ensuite à l'estimation pécuniaire de la condamnation (*damnare*).

L'association de *iudicare* et *damnare* se retrouve dans d'autres textes. Lorsque Cicéron (*Rab. Post.* 8) parle de *causa iudicata atque damnata*, dans un passage déjà cité, à propos des *repetundae*, il résume la succession des deux sentences du procès en concussion : la première constate la culpabilité de l'accusé (*iudicare*), la deuxième grâce à sa *litis aestimatio* (selon la terminologie de la loi *repetundarum* épigraphique) le condamne (*damnare*). On a déjà indiqué l'étroite parenté de la procédure des *repetundae* avec la justice civile, puisque la loi Calpurnia de 149 commença par donner à ce type de poursuite la forme du *sacramentum*, inévitablement suivi de la *litis aestimatio*, si bien que la succession des deux sentences du procès de concussion a comme prototype un schéma propre aux actions de la loi. Il ne faut donc pas s'étonner si d'une procédure à l'autre on retrouve le binôme *iudicare-damnare*.

Dans la *sententia Minuciorum* de 117 av. J.-C. (FIRA III n. 163)⁹⁸, on trouve à propos d'un différend (*controversiae*) entre *Genuates* et *Vituri* le rappel d'une sentence antérieure en ces termes : ligne 42 *ob iniurias iudicati aut damnati*. Malgré l'ignorance où l'on est sur le fond et la forme de ce procès plus ancien et les règles de droit qui y présidèrent, les arbitres *Minucii* commis par le sénat usent de la langue du droit romain. Moyennant le remplacement de *sive* par *aut*, mot qui marque ici une différence mais non une disjonction comme c'est souvent le cas⁹⁹, l'expression est la même que dans la formule de la *manus iniectio*, si bien qu'il n'y a pas, comme on le fait habituellement, à séparer les *damnati* des *iudicati*; ce sont les mêmes personnages jugés coupables (*iudicati*) et condamnés (*damnati*), sans que

⁹⁸ Sur ce texte : De Ruggiero, *Arbitrato publico* (réimpress. 1971), p. 294 suiv.; Volterra, *Iura* 1956, p. 239 suiv.; Castello, *Synteleia Arangio-Ruiz*, 1964, II, p. 1124 suiv.

⁹⁹ Leumann-Hofmann-Szantyr, *Lateinische Grammatik* II (1972), p. 498-500.

l'on puisse déterminer l'objet précis de cette condamnation (pécuniaire?) qui entraîne incarceration (pour dettes?). Le mot *damnare*, à cette époque étant commun au droit civil et au droit criminel, n'est pas de nature à nous éclairer sur la nature de ce procès¹⁰⁰. Quoiqu'il en soit, aussi bien dans ce texte que dans les *verba* de la *manus iniectio* et que chez Cicéron *Rab. Post.* 8 à propos des *repetundae*, l'expression *iudicatus sive damnatus* se révèle, avec de légères variantes sur la particule copulative (*sive, atque, aut*), indivisible.

La phrase finale du créancier : *ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio*, ne tolère pas la substitution de *nexi, confessi, damnati* à *iudicati*. *Iudicati* est le génitif de *iudicatum* et non de *iudicatus*, comme l'indique la phrase introductive de Gaius : 4, 21 *per manus iniunctionem . . . agebatur . . . velut iudicati lege XII Tabularum*. Autrement, la formule aurait dit : *tibi sestertium X milium iudicato manum inicio*. La juxtaposition d'un datif et d'un génitif pour le même personnage eut été intolérable. De même, dans la formule voisine : *ob eam rem ego tibi pro iudicato manum inicio* (Gaius 4, 24), *iudicato* est l'ablatif de *iudicatum*¹⁰¹. D'une formule à l'autre est rappelée la *causa* de la mainmise, et elle est entendue non comme la qualité de *iudicatus*, mais comme le *iudicatum*, réel ou fictif. Dans les *verba* de la *manus iniectio iudicati*, le montant de la dette a été d'abord mis en relation avec *iudicatus sive damnatus*, à la fin le montant est répété en fonction du *iudicatum*. La répétition de ce montant eût été une redondance insupportable, si deux fois il eût porté sur le *iudicatus*, et on ne comprendrait pas alors que celui-ci soit appelé d'abord *iudicatus sive damnatus* pour devenir ensuite *iudicati* tout court. De même la *lex Lucerina* fait suivre la mention *pro iudicato* du montant de l'amende : ILLRP n. 504 (*ceiv*)ium qui volet pro iudicatod n(umum) (L) manum iniectio estod. Que la *manus iniectio* soit *iudicati* ou *pro iudicato*, ces mots dans la bouche de l'*iniciens* sont inséparables du montant qui déclenche la mainmise. Dans la formule seule complètement connue de la *manus iniectio iudicati*, la répétition de la somme due se déroule selon un rythme inexorable, typique de la mentalité romaine, pour rappeler que si le débiteur est *iudicatus* pour tel montant c'est en vertu d'un *iudicatum* équivalent. Enfin, tout doute est levé par la *lex Ursonensis* : 61 *iudicati iure manus iniectio esto*, où *iudicati* se rattache à *manus iniectio* et non à *iure* qui a la même

¹⁰⁰ Sur ce jugement mentionné dans la *Sententia Minuciorum* : Wlassak, ZSS 25, 1904, p. 183 suiv. ; Hägerström, I, p. 450 ; Arangio-Ruiz, FIRA III, p. 508, n. 1 ; Liebs, ZSS 1968, p. 231 ; Sereni, *Comunità rurali nell'Italia antica*, 1955, p. 12 ; 46 suiv. ; Degraffi, ILLRP, II, p. 46, n. 20, qui hésite entre la *poena* des *iniuriae* ou le montant des *multae*.

¹⁰¹ Girard, *Manuel*, p. 1045 : « comme s'il y avait jugement ».

valeur que dans les XII Tables : 3, 1 *rebusque iure iudicatis*¹⁰². Il n'est que trop évident que la *causa* ainsi indiquée de la *manus iniectio* est un *iudicatum* et non un *iudicatus*.

Il n'en reste pas moins dans les *verba* du créancier une contradiction évidente entre l'expression *iudicatus sive damnatus* et *sestertium X milium iudicati*. Le mot *iudicatum*, assorti du montant de la condamnation, ne veut pas dire seulement que le débiteur est *iudicatus* une fois la source de son obligation constatée, mais par surcroît qu'il est *damnatus* pour cette somme. Le mot a la même portée dans les XII Tables : 3, 3 *ni iudicatum facit*, par quoi il faut entendre que l'*aes* n'a pas été versé. Dans *iudicatum* est absorbée la *damnatio*; en lui sont subsumés les deux actes de *iudicare* et *damnare* qui concluent le procès. Peu importe que la condamnation pécuniaire soit prononcée par un *arbiter*, après estimation, ou par le *iudex* lui-même lorsque d'emblée l'obligation porte sur un poids certain d'*aes*. En outre, personne ne doute que la procédure singulière des *arbitria*, en marge des *legis actiones* proprement dites et en particulier de la *iudicis arbitrive postulatio*, lorsqu'un ou plusieurs arbitres statuent seuls sans l'intervention d'un *iudex*, comme dans le cas de la *vindicia falsa*, ne débouche elle aussi sur le *iudicatum* des XII Tables 3, 3. Le mot a acquis dans ce code une valeur générique qui lui permet d'embrasser toute condamnation pécuniaire de la procédure civile. Cette particularité philologique qui contredit brutalement la spécialisation des verbes *iudicare* et *damnare* pour fondre dans *iudicatum* ces deux fonctions appartenant respectivement au *iudex* et à l'*arbiter*, va de pair avec l'absence d'un substantif archaïque issu de *damnare* pour désigner la condamnation pécuniaire. Plaute et Térence ignorent «*damnatio*» qui ne fait son apparition que tardivement¹⁰³.

Iudicatus avait vocation pour absorber lui aussi le contenu de *damnare*. Dans la *manus iniectio* l'expression *iudicatus sive damnatus* marque une dualité que la langue postérieure aux XII Tables respecte encore (supra), mais pas toujours. Par *iudicatus* on entend souvent *damnatus* ou *condemnatus*. Cet élargissement du sens trouve une formulation théorique chez Gaius, lorsque à propos de la formule : «*quod ego tibi tot milibus iudicio condemnatus sum*»¹⁰⁴ de la remise de dette *per aes et libram* il commente : 3, 175 *sicut iudicatus condemnatum se esse significat*, ce qui laisse entendre clairement que dans l'esprit du professeur il s'agissait d'un sens dérivé¹⁰⁵. Gaius lui-même

¹⁰² D'Ors, *Epigrafia jurídica de la España Romana*, 1953, p. 174; cf. Kaser, *AJ*, p. 12.

¹⁰³ Thes. I. I. v. *damnatio*; *auctor ad Heren.* I, 16, 26.

¹⁰⁴ Sur cette lecture, Liebs, *ZSS* 1968, p. 229 suiv.

¹⁰⁵ Sur ce texte, Kniep, *Gai Inst.* III, 2, p. 377.

donne ailleurs un exemple de cette équivalence entre *iudicatus* et *damnatus* quand il parle de délai accordé aux *iudicati* pour s'acquitter (3, 78 *ad expediendam pecuniam*), alors que la loi Rubria (21, 14) dit plus techniquement : *iure legeque damnatus*. Il est intéressant de comparer les textes suivants : Ter. *Phorm.* 334 *ducent damnatum domum*; Cic. *de orat.* 2, 255 *qui iudicatum duci videt*; Flacc. 45 *iudicatum hic duxit*. Les deux mots étaient employés indifféremment. Mieux que cela, à côté de *iudicatus* pouvait figurer le montant ou l'indication de la condamnation pécuniaire, comme à côté de *iudicatum* dans la formule de la *manus iniectio* : Liv. 6, 14, 3 *iudicatum pecuniae cum duci vidisset*; 23, 14, 3 *pecuniae iudicati in vinculis*; Gell. 20, 1, 47 *quantaque pecuniae iudicati essent, praedicabatur* (= XII Tables 3, 5). Dès l'époque républicaine, le vocabulaire avait atteint une polyvalence qui tantôt respecte l'antithèse archaïque *iudicare* - *damnare*, tantôt en est venue à confondre *iudicatus* et *damnatus*. Ce sont ces variations de la langue qui sont responsables de l'obscurité qui a longtemps entouré l'étude des actions de la loi *in personam*. Le point de départ de ces singularités verbales remonte au mot *iudicatum* dans le droit des XII Tables lui-même, où il ne se rapporte pas seulement à l'acte de *iudicare* mais s'étend aussi à celui de *damnare*. Dans le *iudicatum* on trouve de façon synthétique à la fois le jugement purement déclaratif (*iudicare*) qui constate la source de l'obligation (contrat, délit), et la condamnation judiciaire qui s'ensuit (*damnare*). Plus tard le même processus extensif fera souvent du *iudicatus* aussi un *damnatus*.

L'exécution de la sentence n'a pas la même physionomie selon que d'emblée la dette porte sur un certain montant d'*aes* ou, au contraire, a pour objet une *res certa* ou un *incertum*. En cas de délit correspondant à un tarif légal fixe de la composition pécuniaire ou si un certain poids d'*aes* a été volé, le délinquant est *iudicatus*, en tant que le délit a été constaté, et *damnatus* par le même *iudex* (sans intervention d'un *arbiter*) au montant du tarif légal ou au double de l'*aes* volé. Si une *res* a été volée, un *arbiter* l'évalue et condamne au double. Mais, dans tous les cas en matière délictuelle, le délinquant est *iudicatus* en langage technique seulement quant à l'existence du délit, et il est *damnatus* à verser la composition, quelle que soit la manière dont elle est établie. En cas de *sponsio* d'*aes*, le promettant est *iudicatus* quant à l'existence de sa dette non payée et *damnatus* pour le même montant. En outre, dans tous les cas où de l'*aes* est dû en vertu d'un délit ou d'un acte juridique, au 31^e jour après le jugement l'objet de la condamnation reste le même que pendant les 30 jours de répit accordés par les XII Tables.

Les choses se présentent différemment, lorsque une *res certa* ou un *incertum* sont dus en vertu d'un acte juridique, notamment un contrat *verbis*. Le débiteur est *iudicatus*, en tant que l'acte est constaté ainsi que son inexécution, telle est l'œuvre du *iudex*; de plus il

est *damnatus* par l'*arbiter* à verser l'évaluation de la prestation. La qualité de *iudicatus* n'est pas la même en matière délictuelle ou contractuelle, bien que dans les deux cas elle porte sur la source de l'obligation : le délinquant *iudicatus* voit seulement son délit constaté et il faut qu'il soit en outre *damnatus* pour devoir la composition ; le promettant du contrat *verbis* est *iudicatus* en ce sens que sa promesse de *certa res* ou *incertum*, une fois constatée, doit être exécutée telle quelle (*in ipsam rem*), et c'est seulement si l'exécution n'a pas lieu en nature que l'estimation en *aes* sera due. Quelle que soit la procédure (*sacramentum in personam* suivi d'un *arbitrium liti aestimandae* ou bien *iudicis arbitrive postulatio*), le *iudex* se borne à constater le contrat, et l'*ipsa res* est due en vertu de la promesse, une fois que celle-ci a été déclarée valable par la sentence ; c'est en cela que le promettant est *iudicatus*, ce qui le contraint à l'exécution *in ipsam rem*. Il est, en outre, condamné par l'*arbiter* à verser l'estimation de la prestation, au cas où il n'exécute pas en nature, et c'est en cela qu'il est *damnatus*. Pour le promettant d'une *certa res* ou d'un *incertum*, la double qualité de *iudicatus sive damnatus* correspond aux fonctions respectives du *iudex* et de l'*arbiter*, soit exercées séparément, lorsque un *sacramentum in personam* est suivi d'un *arbitrium*, soit cumulées en la personne du *iudex arbiterve* de la *iudicis arbitrive postulatio*. La condamnation pécuniaire évaluée par l'*arbiter* n'est due qu'à défaut de l'exécution en nature en vertu de la promesse constatée par le *iudex*. On perdrait son temps à chercher comment la rédaction de la double sentence dans le *sacramentum in personam* suivi d'un *arbitrium* et de la sentence unique dans la *iudicis arbitrive postulatio* articule l'une sur l'autre l'exécution en nature et la condamnation pécuniaire. Mais dans une procédure comme dans l'autre, il faut compter, à propos du délai légal laissé au débiteur après le prononcé du jugement, sur un instant où en l'absence d'exécution en nature la condamnation pécuniaire est désormais seule due, puisque c'est elle seule que retient la formule de la *manus iniectio* au 31^e jour.

Lorsque Gaius écrit : 4, 48 *iudex non ipsam rem condemnatum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat*¹⁰⁶, il n'a sans doute pas en vue les actions *in rem*, pour lesquelles il n'y a pas au temps des *legis actiones* de condamnation proprement dite en l'absence de tout rapport obligatoire entre les parties : le jugement ne fait alors que constater la propriété ou le droit réel du gagnant, sans ordonner, si le perdant est possesseur intérimaire, la restitution de la

¹⁰⁶ Les controverses sur l'établissement du texte sont apaisées : voir Kaser, *ZP*, p. 90, n. 20 ; Pugliese, *Processo Civile I*, p. 431. *Olim* marque ici comme souvent chez Gaius un contraste entre l'ancien droit et le droit plus récent.

*res*¹⁰⁷. Dans le domaine des actions *in personam*, la condamnation *in ipsam rem* peut revêtir des aspects variés : le talion est ordonné par le juge (Gell. 20, 1, 38 *iudici talionem imperanti*); l'arbitre de l'action *pluviae arcendae* (laquelle est un *arbitrium* sans *iudex*; supra) paraît dans l'ancien droit prononcer l'ordre d'*aquam arcere*¹⁰⁸; lorsque une *certa res* ou un *incertum* est dû en vertu d'un acte juridique (ex. contrat *verbis*), c'est en vertu de cet acte même, judiciairement constaté, que le débiteur est tenu d'exécuter : il est *iudicatus* en tant que débiteur de la *res* elle-même et *damnatus* seulement quant à l'estimation. Aussi dans le cas d'un acte juridique, le mot *condemnare* de Gaius est impropre dans la langue des actions de la loi pour exprimer une obligation simplement constatée par le *iudex*, mais non dans l'usage de son temps qui tient souvent, comme on l'a vu, pour interchangeable *iudicare*, *damnare*, *condemnare*, comme il le note lui-même (3, 175 déjà cité)¹⁰⁹. Gaius a employé un terme devenu depuis longtemps générique au point de s'appliquer aussi bien à une condamnation pécuniaire, comme c'est son sens propre, que, à titre dérivé, dans le régime des actions de la loi à l'exécution en nature d'une obligation dont l'existence a été reconnue en justice. De même que par *iudicatus* on peut entendre aussi *condem-*

¹⁰⁷ Kaser, ZSS 1967, p. 514-515.

¹⁰⁸ Dans la procédure formulaire, l'obligation d'*aquam arcere oportere* (termes contenus dans la formule) ne peut atteindre un résultat matériel que par le jeu de la *clausula arbitraria* (sur les différentes formules proposées, voir Sitzia, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, 1977, p. 222 suiv.). Sur le *iussum de restituendo* dans les actions arbitraires, voir Kaser, ZP, p. 259. Pour notre action le *iussum restituendi* contenu dans l'*officium iudicis* (Ulp. D. 39, 3, 6, 6) paraît remonter à l'ancien droit d'après Cicéron dans un texte qui semble se rattacher aux *legis actiones* (Sitzia, p. 12, n. 45) : *Top. 39 aqua . . . iubetur ab arbitro coerceri*, texte où il est aussi question du *ius arcendi*. A propos de cette action nombreux sont les textes qui lui assignent une finalité matérielle (D. 39, 3, 1 pr. *avertetur aqua* etc.; voir Brogginì, *Iudex arbiterve*, p. 71, n. 63; Hinrichs, *Geschichte der römischen Institutionen*, 1974, p. 177 suiv.). Pour la *legis actio* on ne possède pas de renseignement sur la manière dont la condamnation pécuniaire s'articule sur le *iussum* de l'arbitre. Mais il est vraisemblable que la *condemnatio in ipsam rem*, exécutoire pendant les 30 jours consécutifs à la sentence de l'arbitre, entraîne, si elle n'est pas suivie d'effet, l'obligation de payer le montant de la condamnation pécuniaire au 31^e jour, conformément au schéma proposé plus bas sur la relation entre les deux condamnations dans les actions de la loi. – On a longtemps cru à tort que le juge des actions de la loi n'avait pas la faculté de donner des ordres : Biondi, *Studi Bonfante* IV, p. 34; RE, v. *sententia* III A, 1503.

¹⁰⁹ Certains auteurs ont noté que Gaius aurait dû dire *iudicare* à la place de *condemnare* déjà en un temps où la recherche était sur ce point moins avancée qu'aujourd'hui : Cuq, *Dar. Sag.*, v. *sacramentum*; Luzzatto, *Procedura civile* II, p. 119-120.

natus (supra), inversement *condemnare* peut prendre le sens de *iudicare*.

Les XII Tables à propos de la *manus iniectio* font deux fois état du jugement et en termes différents : 3, 1 *rebus iure iudicatis*; 3, 3, *ni iudicatum facit*. Ces formules se situent à deux moments distincts de la procédure : il est question de *res iudicatae* pendant les 30 *dies iusti* qui suivent le jugement, et de *iudicatum* au 31^e quand la *manus iniectio* est entreprise : 3, 2 *post deinde manus iniectio esto*. A cette date, on ne s'occupe plus de l'exécution en nature (*ipsa res*) définitivement mise hors de cause, mais du non-paiement de la condamnation pécuniaire; le verset «*ni iudicatum facit*» correspond à la clause de la *manus iniectio* : «*quandoc non solvisti*», et c'est là un bel exemple de l'*accomodatio verborum* qui rattache aux termes de la loi les *verba* des parties (Gaius 4, 11). *Solvere* dans la langue républicaine, comme le révèle une prospection à travers les auteurs littéraires et la langue du droit, s'applique alors par excellence au paiement en argent¹¹⁰. Et dans la formule de la *manus iniectio* il n'est plus question que de lui seul. On est alors au 31^e jour après le jugement. A cette date, le verset «*ni iudicatum facit*», placé après l'expiration des *dies iusti*, tient le verset de l'*aes* pour exigible et libératoire. Avant l'expiration du délai légal (Gell. 20, 1, 43)¹¹¹, le créancier n'était en droit de rien récla-

¹¹⁰ *Solvere* verra plus tard sa portée s'élargir : Paul D. 46, 3, 54 «*solutionis*» *verbum pertinet ad omnem liberationem*; D. 50, 16, 47. Voir Behrends, p. 173; Cruz, *Da solutio*, 1962, p. 66 suiv.; Kaser, *RPR* I, p. 636, n. 6. Sur le sens pur de *solvere*, Nicolet, *Historia* 1979, p. 280 suiv.

¹¹¹ Gell. 20, 1, 43 *velut quoddam iustitium, id est iuris inter eos quasi interstitutionem quandam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi iure posset*. Sur ce texte Behrends, *Zwölftafelprozess*, p. 130; Horak, *ZSS* 1976, p. 249. Il paraît exagéré de vouloir tirer de ce texte que la *solutio per aes et libram* dans le droit des XII tables était exclue pendant les 30 *dies iusti*. D'autre part, il n'est pas évident qu'en ce temps le paiement formel était seul libératoire (cf. Magdelain, *La loi à Rome*, 1978, p. 70, n. 73). Behrends, *cit.* et p. 135 admet depuis l'apparition de la monnaie la possibilité de *pecuniamolvere* sans forme pendant le délai légal, ainsi que de *pacisci* et *satisfacere* (cf. Horak, p. 279, n. 54). En ce qui concerne l'Édit du préteur, Behrends pense à une rédaction plaçant la *solutio* du *condemnatus* : *post dies XXX* (p. 195 suiv.; 202). Lenel, *EP*, p. 408 propose de lire au titre *de re iudicata* : «*condemnatus ut pecuniam solvat (intra XXX dies)*». (Sur ce problème de délai : La Rosa, *Actio iudicati*, 1963, p. 53 suiv.). Il n'y a pas lieu de prendre ici position à l'égard de l'Édit. Dans le texte de Gaius notoirement interpolé : D. 42, 1, 7 *intra dies constitutos, quamvis iudicati agi non possit, multis tamen modis iudicatum liberari posse hodie non dubitatur* (Koschaker, *ZSS* 1916, p. 364; La Rosa, p. 52, 54; Behrends, p. 130, n. 83; 196, n. 437), l'interpolation de *multis modis* élargit les possibilités de se libérer pendant le délai légal (le droit classique p. ex. connaît ici la

mer. C'est seulement si la *solutio* n'intervient pas au 31^e jour, que se poursuit le cours inexorable de la *manus iniectio*. Dans les *verba* du créancier la somme est indiquée deux fois, et la deuxième elle est accolée au mot *iudicatum* : *sestertium X milium iudicati manum inicio*. Il n'est donc pas douteux que le verset «*ni iudicatum facit*», une fois que le délai est écoulé, n'a en vue que le paiement de la condamnation pécuniaire le lendemain (31^e jour), à l'instant que *l'ipsa res* est désormais hors jeu¹¹².

Cette exégèse s'écarte de l'opinion commune qui veut que l'exécution du jugement par le débiteur doive avoir lieu avant que n'expirent les 30 *dies iusti*, sans tenir compte du point culminant qui est le 31^e jour, auquel la loi place l'ultime éventualité de la *solutio*. Mais que se passe-t-il avant? La loi parle alors non de *iudicatum* mais de *res iudicatae* : 3, 1 *aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*. Pour *rebus iure iudicatis*, on hésite entre l'ablatif et le datif. Le datif est plus probable¹¹³, comme l'indique la paraphrase d'Aulu-Gelle : 20, 1, 42 *confessi igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa*¹¹⁴. Le verset décemviral accorde 30 jours pour l'exécution des *res iudicatae*, par quoi il faut entendre globalement la *condemnatio ad ipsam rem* (moyennant la réserve déjà faite sur l'impropriété relative du mot *condemnatio* ici) et la condamnation pécuniaire. Cette dernière n'est pas exclue d'une expression aussi générale, d'autant plus qu'en matière délictuelle il n'y en a pas d'autre. Pour les délits (comme pour la *sponsio* d'*aes*), pendant ces 30 *dies iusti* comme au 31^e jour après le jugement il n'est question que de verser la *poena* (ou la somme promise). Lorsque une prestation en nature se combine avec la condamnation pécuniaire, pendant 30 jours le débiteur peut se libérer en fournissant l'une ou en payant l'autre, mais au 31^e jour seul le versement de l'*aes* est libératoire, et c'est lui seul dont la formule de la *manus iniectio* enregistre l'absence à cette

novation : Kaser, *ZP*, p. 291, n. 19), et Gaius n'a pu parler de doutes que quant à l'étendue de ces possibilités. Il me paraît exclu de vouloir tirer de ce texte que la *solutio* proprement dite eût pu être tenue à une époque quelconque pour impossible pendant ces trente jours.

¹¹² Il n'était pas inutile de consolider une opinion assez répandue sur le sens de *iudicatum* dans ces textes : Kaser, *AJ*, p. 126 ; Simon, *ZSS* 1965, p. 154. Sur *iudicatum* en général comme condamnation pécuniaire, voir Hägerström, I, p. 438. On retrouve *iudicatum facere* dans Gaius 3, 180 dans le célèbre dicton des *veteres* sur la *litis contestatio*. Voir aussi : D. 2, 12, 6 ; D. 5, 1, 45, 1 ; D. 9, 4, 35 ; D. 26, 7, 25 ; D. 46, 1, 45. Sur la forme *iudicatus*, génitif -us, Gell. 14, 2, 25 (Behrends, p. 49).

¹¹³ Sur ce datif : Funaioli, *Atti d. Congresso int. di D.R., Roma* 1934, I, p. 75 suiv. ; Hägerström, II, p. 380.

¹¹⁴ Gaius 3, 78 *post tempus, quod eis partim lege XII Tabularum, partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur*.

date. L'expiration des *dies iusti* a mis un terme à la fourniture de l'*ipsa res*. Il n'y a pas à parler de novation, mais d'un système qui repose aussi bien sur les termes de la loi (*res iudicatae* par opposition à *iudicatum*) que sur la rédaction des sentences, laquelle n'est plus à notre portée. L'expiration du 30^e jour substitue définitivement à l'*ipsa res* la condamnation pécuniaire qui peut encore être versée au 31^e, ce qui ne va pas sans évoquer le mécanisme de la *litis contestatio* du procès formulaire, qui éteint l'obligation déduite en justice pour la remplacer par l'éventualité d'une condamnation. Mais les systèmes sont différents et ne situent pas leurs effets au même instant : en procédure formulaire à l'achèvement de la phase *in iure*, en *legis actio* à l'expiration des *dies iusti* après la sentence. De la possibilité d'exécuter en nature jusqu'au 30^e jour après le *iudicatum*, il ressort clairement que la *litis contestatio* n'a produit aucun effet extinctif sur l'obligation de *rem dare* ou de fournir un *incertum*, non plus que sur l'exigence du talion ou celle d'*aquam arcere* etc.

Dans le droit des XII Tables, pour les actions réipersécutoires *in personam* (p. ex. l'*actio ex stipulatu*), on ne discerne pas bien à première vue quel sens peut représenter à l'expiration des *dies iusti* la substitution de la condamnation pécuniaire à l'obligation de *rem dare* ou de fournir un *incertum*. Certes on peut dire, comme on l'a fait¹¹⁵, que l'estimation en *aes* de la prestation tend à faciliter, une fois que le débiteur s'est révélé hors d'état de s'en acquitter, son rachat par un tiers, comme cela est prévu par la loi (3, 5). Mais dans le remplacement d'une prestation en nature par un versement en *aes* il y a plus à l'origine qu'une simple opportunité, et à l'origine il ne s'agit pas seulement d'alléger la condition désastreuse du débiteur en facilitant le paiement par un parent ou ami. Puisque en matière délictuelle la formule *iudicatus sive damnatus* désigne l'auteur du délit déclaré coupable (*iudicatus*) et condamné en outre à payer l'amende prévue (*damnatus*), il y a lieu de se demander si cette même formule à propos d'un acte juridique n'a pas commencé, avant les XII Tables, pareillement par tenir le débiteur qui ne s'acquitte pas de son obligation, comme un délinquant lui aussi *iudicatus* et, en outre, lui aussi condamné, *damnatus*, à payer le prix de son rachat. A ce compte par exemple l'inexécution du contrat *verbis* aurait été traitée dans le régime prédécemviral comme un délit. Et dans le droit des XII Tables la condamnation pécuniaire du promettant, si elle a une fonction réipersécutoire comme substitut de l'*ipsa res*, n'en serait pas moins la survivance dénaturée d'une rançon. La séparation relativement récente du pénal et du réipersécutoire dans les procès *in personam* aurait brisé

¹¹⁵ Kaser, *ZP*, p. 96; 287.

l'unité initiale qui faisait toujours de l'*aes* dans la condamnation le prix de la vengeance. Il y aura lieu d'apprécier l'éventualité d'un tel système, dans lequel le déroulement de l'instance, la procédure d'exécution et ses délais ne sauraient être identiques à ceux des XII Tables.

Préalablement, il convient de confirmer que dans les actions de la loi des XII Tables la *litis contestatio* ne produit pas un effet extinctif de l'obligation déduite en justice (p. ex. celle née d'une promesse *verbis*), de telle sorte qu'après la fin de la phase *in iure* et jusqu'à l'expiration du 30^e jour qui suit le jugement, la prestation en nature reste libératoire. Il ne semble pas que la doctrine contemporaine qui depuis quelques décennies a pris le juste parti d'admettre la *condemnatio in ipsam rem* dans l'ancien droit, se soit avisée de la contradiction qui en résulte avec la conviction que la *litis contestatio* a éteint l'obligation servant de support à l'*ipsa res*. Si l'obligation est éteinte, l'*ipsa res* est en l'air, et la prestation en nature perd toute signification.

2. – Lorsque Gaius écrit : 3, 180 *tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum*, d'emblée le problème est porté sur le seul plan de la procédure formulaire, comme on l'a souvent remarqué¹¹⁶. *Iudicium legitimum*¹¹⁷ est une expression qui appartient en propre à cette procédure et fait antithèse à *legis actio*. L'instance est légitime à trois conditions (que le procès ait lieu à Rome entre citoyens romains *sub uno iudice*), et cette légitimité dans la procédure formulaire (Gaius 4, 104) fait pendant à celle du procès des actions de la loi. Pour que la *litis contestatio* formulaire ait un effet extinctif *ipso iure*, il ne suffit pas que l'action ait une *intentio in personam in ius concepta* (Gaius 4, 107), il faut en outre que l'instance soit légitime. Autrement dit, dans le mécanisme tout doit être civil : non seulement la formule, mais aussi le procès. L'automatisme civil *ipso iure* par opposition au moyen prétorien *exceptionis ope* exige dans le jeu procédural la légitimité de l'instance.

Il n'y a pas à épuiser sa sagacité pour comprendre pourquoi et comment un effet extinctif de plein droit appartient à la *litis contestatio* dans les cas où en outre l'*intentio in personam* est *in ius concepta* : à elle seule la *litis contestatio* en tant que prise à témoins, quelle qu'en soit la forme, ne produit aucun effet. La cause est ailleurs. Cet instant de la procédure est celui où la formule délivrée par le magistrat est définitivement consentie par les plaideurs. L'effet extinctif est le produit non de la *litis contestatio*, en tant qu'elle fait appel au témoignage

¹¹⁶ Jahr, *Litis Contestatio*, 1960, p. 70; Bonifacio, *Studi Volterra* IV, p. 404.

¹¹⁷ Sur cette notion, Bonifacio, *Studi Arangio-Ruiz* II, p. 207 suiv.; Kaser, *ZP*, p. 116.

des présents soit oralement¹¹⁸ (*testes estote*), soit par la rédaction d'un écrit muni de leurs sceaux¹¹⁹, l'effet extinctif est le produit de la formule *in ius concepta*, parce que c'est seulement à cet instant que la formule, une fois définitivement rédigée, est réputée avoir reçu le triple agrément du magistrat qui la délivre, du demandeur qui en a fait la *postulatio*, et du défendeur qui l'accepte. On peut discuter pour savoir si la *litis contestatio* est un acte solennel ou non. L'essentiel reste que, au moment où a lieu sous une forme ou une autre la participation des témoins, la formule restée jusque là à l'état de projet acquiert une valeur pleine et définitive et va produire ses effets. Or seule une formule *in personam in ius concepta* est de nature à entraîner l'extinction *ipso iure* du droit déduit en justice. L'effet extinctif attribué à la *litis contestatio* est en réalité celui d'une formule de ce type à ce moment du procès, quand les *concepta verba* (Gaius 4, 30) atteignent leur efficacité. C'est ce qu'il convient de démontrer.

Lorsque Gaius veut expliquer la règle : *tollitur obligatio litis contestatione*, il ne fait pas intervenir la participation des témoins, laquelle se borne à ponctuer un instant de procédure, il cite un *dictum* des *veteres* à la fin de la République, dans lequel, sans qu'on y ait pris garde, s'exprime une exégèse de la formule : 3, 180 *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*. Dans les mots : *ante litem contestatam dare debitorem oportere*, on trouve une paraphrase de l'*intentio* d'une formule du type de la *condictio* : *si paret . . . dare oportere*. Dans les mots suivants : *post litem contestatam condemnari oportere*, la paraphrase de la formule se poursuit à propos de la *condemnatio* : *quantum ea res est, tantam pecuniam . . . condemnare s.n.p.a.* Si on laisse de côté la partie finale du *dictum*, laquelle a trait au jugement comme conclusion de toute la procédure, les deux premières parties du propos des *veteres* s'articulent l'une sur l'autre comme au sein de la formule l'*intentio* sur la *condemnatio*. Ce que proposent les *veteres*, c'est un résumé d'une formule du type de la *condictio* (comme le prouve la suite du texte 3, 181 *dari mihi oportere*)¹²⁰; les termes de la formule sont réduits dans cette exégèse à leur plus simple expression : l'*intentio* est condensée dans *dare debitorem oportere*, alors que la *condemnatio* est ramenée à *condemnari oportere*.

¹¹⁸ Le texte de Festus 50 L où la *litis contestatio* est expliquée par l'appel des parties à l'assistance (*testes estote*) est rattaché par Wlassak, *Litis Contestation*, 1889, p. 69 suiv., à la procédure formulaire; cf. Kaser, *ZP*, p. 57, n. 34.

¹¹⁹ Jahr, p. 26 suiv.; Kaser, *ZP*, p. 221 suiv.

¹²⁰ L'existence d'une formule *ex stipulatu certi* n'est pas assurée. Voir Kaser, *RPR* I, p. 542. Sur ce problème une tablette récemment découverte à Pompéi apporte une lumière nouvelle : Kaser, Labeo 1976, p. 21 suiv.

re. Quel but poursuivent les *veteres*, lorsque de façon lapidaire ils décomposent de la sorte une formule de *condictio*, et opposent l'une à l'autre l'*intentio* et la *condemnatio*, en les coordonnant dans le temps : l'*intentio* étant appréciée *ante litem contestatam* et la *condemnatio* produisant ses effets *post litem contestatam* ?

Ce but est simple. Les *veteres* présentent une lecture d'une formule du type de la *condictio* de nature à faire comprendre que de l'*intentio* à la *condemnatio* s'effectue une sorte de novation : l'*obligatio* contenue dans l'*intentio* (*si paret dare oportere*) s'éteint en vertu de la rédaction même de la formule au profit de l'obligation de verser le montant de la condamnation pécuniaire, ce que les *veteres* appellent *condemnari oportere*. A leurs yeux, la formule elle-même réalise un jeu de substitution entre l'*intentio* et la *condemnatio* ; pour eux elle remplace l'obligation civile définie dans la première (*dare oportere*) par une obligation qui prend naissance dans la seconde. Une obligation prend la place d'une autre ; un *oportere* ancien, le *dare oportere* de l'*intentio*, s'éteint au profit d'un *oportere* nouveau né de la *condemnatio*, le *condemnari oportere* des *veteres*. L'obligation civile déduite en justice expire par le seul fonctionnement de la formule, qui après une phase préparatoire de rédaction manifeste au moment de la *litis contestatio* sa pleine efficacité. On prit coutume d'attribuer à la *litis contestatio* un effet qui appartient à la formule, parce qu'il se produit au moment de la participation des témoins à la liaison du procès. En citant le *dictum* des *veteres*, Gaius rétablit la vérité et rend à la formule ce qu'il a commencé par attribuer à la *litis contestatio*.

Il n'est pas évident que ce *dictum* soit d'une très haute qualité juridique, il a quelque chose de fruste et correspond au niveau intellectuel de la jurisprudence de ce temps¹²¹. L'idée que dans une formule de *condictio* l'obligation civile contenue dans l'*intentio*, notamment si elle porte sur une *certa res*, est remplacée par la *condemnatio* pécuniaire, vient assez spontanément à l'esprit. Au service de cette idée, les *veteres* ont forgé avec plus ou moins de bonheur un *condemnari oportere* (supposant le bien-fondé de l'action), qui n'a pas d'autre raison d'être dans l'exégèse de la formule que de jouer le rôle de substitut au *dare oportere* de l'*intentio*. Cette exégèse a fait naître l'effet extinctif *ipso iure* de la *litis contestatio*. Le *dictum* des *veteres* en est le berceau¹²². Cet effet extinctif résultant de l'interprétation littérale d'une formule civile *in personam* n'a rien à voir avec les *legis actiones*.

¹²¹ En ce sens avec une autre argumentation, Kaser, *ZP*, p. 228.

¹²² Les Romains ont compris le *dictum* des *veteres* comme contenant une sorte de novation, et ainsi s'explique sa place dans les Institutes de Gaius à côté de la novation proprement dite. Mais il n'y a pas à s'engager dans un débat académique pour savoir s'il y a identité entre les deux institutions, ce que démentent certains

En droit classique, d'après Gaius (4, 107) à la condition que le procès corresponde à un *iudicium legitimum* (supra), l'effet extinctif de la *litis contestatio* s'étend à toute obligation civile quand l'action *in personam* est *in ius concepta*. Cela suppose qu'à partir du *dictum* des *veteres* les autres formules civiles d'actions personnelles ont été soumises à une interprétation semblable à celle que les *veteres* ont pratiquée sur les formules du type de la *condictio*¹²³. Une extension de ce genre n'offre aucune difficulté pour les *intentiones* en «*quidquid dare facere oportere*», puisque les obligations civiles de ce genre sont susceptibles de novation¹²⁴. Plus délicate paraît une extension de l'exégèse des *veteres* aux formules délictuelles civiles comme celle du vol : «*si paret . . . furtum factum esse, quamobrem pro fure damnum decidere oportet*», d'autant plus qu'on ignore si les obligations délictuelles peuvent faire l'objet d'une novation¹²⁵. Toutefois Gaius 4, 107 ne laisse place à aucune restriction quand il parle de l'extinction *ipso iure* de toute action dotée d'une *intentio iuris civilis* dans un procès *in personam*. En droit classique, le *damnum decidere oportet* de l'*intentio* est désormais éloigné de ses origines archaïques (entente sur une composition) et a vu son sens se décolorer au point de ne plus faire songer qu'à une simple dette, si bien qu'il n'y a pas d'obstacle à le soumettre au mécanisme novatoire de la *litis contestatio*¹²⁶.

Là s'arrêtent les possibilités d'expansion du procédé exégétique qui tend à découvrir un jeu novatoire entre l'*intentio* et la *condemnatio* des formules. La réussite de ce genre d'entreprise exige qu'on puisse discerner une obligation dans l'une comme dans l'autre pour se rapprocher du schéma habituel de la novation. Ce n'est pas le cas lorsque l'*intentio* est *in factum* ou quand l'action est *in rem*. Gaius 4, 107 marque avec soin ces limites de l'extinction *ipso iure* dans l'action et rappelle que dans ces cas pour faire obstacle à son renouvellement il faut recourir à une exception.

détails de fonctionnement (Kaser, *ZP*, p. 229, n. 37). Il faut surtout éviter de se demander si la *litis contestatio* avec son *condemnari oportere*, qui suppose un jugement de condamnation, ne serait pas une novation conditionnelle, ce qui introduirait dangereusement dans le droit de la procédure la théorie de cette dernière. Entre la *litis contestatio* et la novation, il suffit de s'en tenir à une certaine parenté à la suite du *dictum* des *veteres*. Voir : Bonifacio, *Novazione*, 1959 (2^e éd.), p. 75 suiv.; du même, *Studi sul processo formulare* I, 1956, p. 27 suiv.; *Studi Albertario* I, p. 97; Biscardi, *Lezioni sul processo romano*, 1968, p. 161 suiv.

¹²³ Kaser, *ZP*, p. 228, n. 33 décrit sur d'autres bases une semblable évolution.

¹²⁴ Pap. D. 46, 2, 27; Kaser, *RPR* I, p. 647, n. 7.

¹²⁵ Kaser, *RPR* I, p. 614; p. 649, n. 22.

¹²⁶ Behrends, *Zwölftafelprozess*, p. 66 remarque toutefois que Gaius traite de la *litis contestatio* (3, 180-181) dans une section réservée aux contrats.

Il est vraisemblable que les lois sur la procédure formulaire, la loi *Aebutia* et la loi *Iulia iudiciorum privatorum*, aient joué un rôle dans l'histoire de l'effet extinctif de la *litis contestatio*¹²⁷. La science contemporaine tend à admettre à l'aide l'indices convaincants que la loi *Aebutia* a eu une portée limitée et s'est bornée à légaliser l'emploi de la formule pour les *condictiones*. S'il en est bien ainsi, le *dictum des veteres* pour assurer l'extinction *ipso iure* de l'obligation déduite en justice ne peut concerner que des formules de *condictio*¹²⁸, puisque jusqu'à la loi *Iulia* elles seules dans la nouvelle procédure reposent sur une instance légitime (*iudicium legitimum*), condition indispensable pour l'automatisme de l'extinction sans recours à une exception (Gaius 3, 180; 4, 107). Or le *dictum des veteres* (3, 180-181) a trait à des *intentiones* en *dare oportere*. A n'en pas douter ce *dare oportere* est dans l'esprit des *veteres* exclusivement celui des *condictiones*, qui seules de leur temps peuvent donner lieu à une instance légitime en procédure formulaire. Dans le régime de la loi *Aebutia*, sont réunies pour les formules de *condictio* les trois conditions (procès à Rome, entre romains, tranché par un *iudex unus*), lesquelles dans le régime de la loi *Iulia* sont requises pour tout *iudicium legitimum* au sens de cette loi, quelle que soit d'autre part la formule.

La légalisation de toute instance par la loi *Iulia*, quand ces trois conditions sont satisfaites, sans égard au type de la formule, a permis de généraliser dans la mesure du possible la méthode d'exégèse des formules par les *veteres*. Tant que les *condictiones* furent avant cette loi seules susceptibles d'une instance formulaire légitime, le *dictum des veteres* ne pouvait s'appliquer uniquement qu'à elles. Dès qu'à partir de la loi *Iulia* la légitimité de l'instance put être assurée, quelle que fût la formule, alors la méthode exégétique des *veteres* fut en mesure de s'appliquer à toute formule civile capable de laisser discerner un mécanisme novatoire entre l'*intentio* et la *condemnatio*. On arriva à la conclusion que cette quasi-novation fonctionnait dans toute formule civile *in personam*, si par surcroît le *iudicium* était *legitimum*. Les formules *in factum* et *in rem* restèrent à la porte.

En procédure formulaire, le renouvellement de l'action *de eadem re* est rendu impossible soit par l'effet extinctif *ipso iure* de la *litis contestatio*, soit, dans tous les cas où il n'intervient pas, par le jeu de l'exception *rei iudicatae vel in iudicium deductae* (Gaius 3, 181; 4, 106-107). Ces deux obstacles au renouvellement de l'action sont propres à la procédure formulaire. Partout où l'exception est

¹²⁷ Kaser, *ZP*, p. 228, n. 33.

¹²⁸ C'est ce que confirme Cic. *de orat*, I, 168 à propos de l'action *incerta ex stipulatu*; voir Kaser, *Studi Albertario* I, p. 35.

superflue, c'est un mécanisme interne de la formule qui éteint l'obligation civile incluse dans l'*intentio*, en lui substituant par un procédé novatoire automatique l'obligation de payer que les *veteres* ont réputé résider dans la *condemnatio*. En somme, c'est toujours la formule, soit par cette sorte de novation inscrite dans son propre texte, soit par d'adjonction d'une exception, qui fait obstacle à une nouvelle action *de eadem re*.

Il s'ensuit que dans les actions de la loi le non-renouvellement de l'action obéit à un régime totalement différent, puisque cette procédure ignore aussi bien les exceptions que la formule. Pour les actions *in personam*, rien dans les *verba* de la *legis actio* n'est de nature à faire jouer un mécanisme novatoire, semblable à celui qu'assure dans l'agencement de la formule la substitution de la *condemnatio* à l'*intentio*. On perd son temps à rechercher dans les actions de la loi un effet extinctif *ipso iure* dans la *litis contestatio*, lequel est propre à la procédure formulaire. Pour faire obstacle au renouvellement de l'action, la *legis actio* avait un régime différent; Gaius marque l'opposition avec fermeté : 4, 108 *Alia causa fuit olim legis actionum. Nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum*.

Les mots *alia causa* sont très forts et marquent une coupure. En *legis actio*, en dehors de toute exception et sans l'aide du *dictum* des *veteres* pour les actions *in personam*, c'est de plein droit que l'action une fois intentée ne peut être renouvelée : *ipso iure agi non poterat*, sans que cet automatisme ne doive rien à la *litis contestatio* aussi bien pour les actions personnelles que réelles. Tout repose sur l'*agere*, sans que l'on sache au juste à quel instant il expire. «*Actum ne agas*» (Donatus, *comm. Ter. Phorm* 419), cet adage souvent répété¹²⁹ traduit dans la langue littéraire l'interdiction de renouveler l'action. L'instant conclusif de l'*actum est* paraît être dans l'ancienne procédure, plutôt que le prononcé du jugement¹³⁰, le moment où *in iure* le procès est lié selon la même terminologie en vigueur dans

¹²⁹ Plaut. *Rud.* 19, 683; *Cist.* 703; *Pseud.* 260; *Ter. Phorm.* 406; *Cic. Att.* 5, 15, 1; *Lael.* 85; *Liv.* 28, 40, 3. Voir Schmidlin, *Tijd. v. Rechtsgesch.* 1970, p. 378. Sur la formulation rhétorique «*bis de eadem re agere non licet*», voir Liebs, *ZSS* 1967, p. 104-132; cf. Biscardi, *Lezioni*, p. 408; voir aussi Bekker, *Akt.* I, p. 335. Sur la règle du renouvellement de l'action dans la loi *repetundarum* épigraphique, voir H. D. Meyer, *ZSS* 1978, p. 138-157.

¹³⁰ Donat. *Ter. Phorm.* 419 *acta res de qua sententia prolata est*; ce témoignage tardif n'est pas probant pour la procédure archaïque; voir toutefois Pugliese, *Giudicato Civile*, p. 729 (dans *Encicl. del Diritto* t. 18, 1968); du même, *Processo civile* I, p. 396.

la procédure formulaire: Gaius 4, 106 *et si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit*; 4, 107 *si vero legitimo iudicio in personam actum sit* . . . Gaius s'exprime dans les mêmes termes à propos de la *legis actio*: 4, 108 *nam qua de re actum semel erat*¹³¹. Mais d'une procédure à l'autre, la liaison du procès interdit le renouvellement de l'action selon des principes totalement différents.

En procédure formulaire, la participation des témoins ne joue qu'un rôle accessoire¹³², qui ponctue un instant de la procédure. C'est par voie d'exception toutes les fois où n'intervient pas le mécanisme novatoire de l'*intentio iuris civilis in personam*, que le renouvellement de l'action est empêché. Dans un cas comme dans l'autre, l'obstacle émane d'une pièce propre à la procédure formulaire: l'exception *rei iudicatae vel in iudicium deductae* ou la rédaction d'un certain type de formule. En *legis actio*, le non-renouvellement de l'action tient à un motif d'ordre formaliste, comme cela a été souvent remarqué¹³³: on ne peut *agere* à nouveau, parce que cela supposerait la répétition des *verba* rituels qui sont prononcés une fois pour toutes.

On est mal informé pour savoir s'il existe dans les actions de la loi une étroite relation, comme en procédure formulaire, entre l'*actum est* et la participation des témoins. La *litis contestatio* de l'ancien droit est fort mal connue: Wlassak¹³⁴ a sans doute raison de rattacher à la procédure formulaire le texte de Festus 50 L sur l'appel lancé par les plaideurs: *testes estote*, ce que confirme dans ce texte la mention *ordinato iudicio* qui a trait à la rédaction de la formule selon un sens d'*ordinare* confirmé par la lexicographie la plus récente¹³⁵. D'autre part, Gaius au livre IV dans son exposé sur la procédure archaïque ne dit rien de la *litis contestatio*. On discute pour savoir si elle se situe après les *verba* des plaideurs ou au moment de la nomination du juge; on a pu en outre depuis Wlassak se demander si, dans le cas où les parties reviennent *in iure* au

¹³¹ Jahr, *Litis Contestatio*, p. 72; 124; 137; Kaser, ZSS 1967, p. 8-9; 25.

¹³² Wlassak, *L.K.*, p. 80-81.

¹³³ Kaser, ZSS 1967, p. 21; Bonifacio, *Studi Volterra* IV, p. 410; Biscardi, *Lezioni*, p. 117. A cela ne fait pas obstacle qu'en religion on répète un sacrifice jusqu'au succès de la *litatio* ou qu'on répète souvent un rite vicié (Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*, 1912, p. 418). La problématique est alors tout autre. Contra, Liebs, ZSS 1969, p. 170; 181.

¹³⁴ Wlassak, *L.K.*, p. 69 suiv.

¹³⁵ Voir le mot *ordinare* dans: *Oxford Lat. Dict.*, fasc. V (1976); *Thes. l.l.*, vol. IX, 2, fasc. VI (1978). – Autre chose est l'*ordinatio litis* comme procédure préparatoire: Lenel, *EP*, p. 142; 384 suiv.; Kaser, *ZP*, p. 217, n. 10; cf. J. G. Wolf, *Litis contestatio*, 1968, p. 27 suiv. On a tort de confondre l'*ordinato iudicio* de Festus avec ce type de procédure; cf. Selb, *Festschrift für Flume*, 1978, I, p. 204.

bout de 30 jours en vertu de la loi *Pinaria* ou dans le cas de la *condictio*, la *litis contestatio* n'est pas dédoublée. En *legis actio*, il vaut mieux s'abstenir de se prononcer sur la place d'un appel aux témoins, d'ailleurs très faiblement attesté. Et le même doute plane sur le moment précis de l'*actum est*. Il n'y a pas à établir de relation scientifique entre deux moments de la procédure, quand on ignore la place exacte aussi bien de l'un que de l'autre. Mais s'ils ont peut-être coïncidé, il n'y a pas lieu de prêter à la *litis contestatio* l'efficacité qui appartient à l'*actum est* : la participation des témoins ne peut être qu'un phénomène d'accompagnement, dénué d'efficacité propre.

III

Afin de poursuivre l'enquête sur l'arbitrage dans la procédure civile archaïque, les actions de la loi offrent avec l'expression *damnum decidere oportere* un incomparable instrument d'exploration, à quoi correspond dans les XII Tables l'impératif *damnum decidito* (8, 16; 12, 3)¹³⁶ à propos du vol et de la *vindicia falsa*. Dans ces clauses chaque mot (*damnum*¹³⁷, *decidere*, *oportere*) devra être pesé avec soin pour retrouver dans leur combinaison, devenue incolore à l'âge classique, le principe de la conciliation (*decidere*) des plaideurs à l'époque de leur rédaction. Dans la loi décemvirale comme dans la procédure, *damnum decidere* se rapporte à l'*arbitrium liti aestimandae* qui évalue le montant de la composition.

Il ne fut pas indispensable d'avoir découvert l'étymologie de *damnum* pour identifier son sens dans les XII Tables et les actions qui en découlent; Mommsen¹³⁸ avait vu juste pour le sens en se trompant sur l'étymologie. Il avait parfaitement compris que le *damnum* pour le vol et la *vindicia falsa* est la composition pécuniaire. Mais aujourd'hui une étymologie scientifique a l'avantage de confirmer une interprétation exacte, rattachée d'abord à une étymologie fautive. Les linguistes¹³⁹ sont maintenant d'accord pour retrouver dans *dam-*

¹³⁶ Le verset 8, 16 est reconstitué avec certitude : sur la critique de Hitzig, ZSS 23, 1902, p. 324 suiv. voir Liebs, ZSS 1968, p. 181, n. 31.

¹³⁷ Sur *damnum*, on possède à présent le très savant mémoire de Liebs, ZSS 1968, p. 173-252, exhaustif sur bien des points; mais je regrette de ne pouvoir adhérer à sa démonstration et ses conclusions.

¹³⁸ *Strafrecht*, p. 12 suiv. Voir aussi Daube, *Studi Solazzi*, 1948, p. 93 suiv.

¹³⁹ Voir l'état du problème chez Liebs, p. 175 suiv., où on trouvera une bibliographie complète. Récemment il y a lieu de signaler : Benveniste, *Vocabulaire des Institutions Indo-européennes*, 1969, I, p. 75-77; II, p. 226-229; Frisk, *Griech. etym.*

num, parent de *daps*, sacrifice, banquet, la même racine que dans grec δαπάνη, dépense, prodigalité (δάπτω, dévorer; cf. v.isl. *tafu*, animal de sacrifice). Entre ces formes, le suffixe commun en -*n* est le critère formel d'une parenté qui se manifeste dans le sens : comme δαπάνη *damnum* chez Plaute est aussi la dépense, non à titre de survivance isolée comme le laisserait supposer telle citation parcimonieuse, mais assez largement sur toute une gamme d'emplois (*Bac.* 376; 1032; *Merc.* 699; *Pseud.* 440). Exemples : *Asin.* 182 *neque ille scit quid det, quid damni faciat* (et lui-même ne sait ce qu'il donne, ce qu'il dépense – trad. Ernout); *Truc.* 950 *stultus atque insanus damnis certant* (le sot et le fou se disputent à qui se ruinera le mieux – trad. Ernout).

De même *damnosus*¹⁴⁰, dépensier, est attesté chez Plaute (*Curc.* 472), où cependant le mot figure déjà dans le sens plus récent de : qui cause du tort, dommageable, ruineux.

De dépense à composition pécuniaire, la relation est directe¹⁴¹. Et ce sens de *damnum*, bien connu des lexicographes¹⁴² est en dehors des XII Tables lui-même attesté dans divers textes où il survit de façon aussi rare qu'indubitable : Cic. *de orat.* 1, 194 *vitia autem hominum atque fraudes damnis, ignominiis, vinclis, verberibus, exsiliis, morte multantur*; off. 3, 5, 23 *hoc enim spectant leges, hoc volunt : incolumem esse civium coniunctionem, quam qui dirimunt, eos morte, exsiliis, vinclis, damno coercent*. Chez Plaute *damnum* dans le sens de composition apparaît sous forme comique dans *Casina* 722 : *duplici damno dominos multat*, où par contraste avec les XII Tables (*duplione damnum decidito*) c'est le propriétaire qui subit la peine du double frappant le voleur¹⁴³. Si dans la langue du droit, on part de « dommage, perte », comme sens premier de *damnum*, et qu'on tienne « composition » comme un sens dérivé, alors dans le renversement de l'évolution on se trouve acculé à admettre que *damnum* comme composition est la perte, le dommage subi par le délinquant, et il ne faut pas

Wörterbuch I (1960), p. 348 v. δάπτω; Chantraine, *Dict. étym. de la langue grecque* I (1968), p. 252 v. δάπτω; Devoto, *Origini indeuropee*, 1962, p. 327. La consultation des *Glossaria Latina* est instructive : *Abavus* II (1926), Belles Lettres, p. 53, *D.-patitur : multatur*; *Philoxenus* II, p. 164 *damnum* : ζημίαν.

¹⁴⁰ Liebs, p. 200-201; Benveniste, II, p. 228.

¹⁴¹ Benveniste, I, p. 77; II, p. 228; Walde-Hofmann, I, p. 322; voir les remarques de Liebs, p. 187.

¹⁴² *Oxford Latin Dictionary* II, p. 484, v. *damnum*; *Thes. l.l.*, v. *damnum* II C (vol. V, 27); voir aussi Santoro, *Ann. Sem. Giurid. Palermo* 30, 1967, p. 70. Ce sens de *damnum* a été parfois dévalorisé à tort (ainsi par Heinze, *Vom Geist des Römerrechts*, p. 35, n. 18; Liebs, p. 189).

¹⁴³ Sur ce texte, Daube, *Studi Solazzi*, p. 97.

s'étonner que par un excès de logique sur des bases fausses on en soit arrivé à une aussi étrange solution¹⁴⁴.

Pour savoir si *damnum* dans l'ancien droit a commencé par signifier composition ou dommage, les XII Tables ne laissent pas le choix : à côté de *duplione damnum decidito*, correctement interprété par Plaute comme visant la composition au double de la valeur de la chose volée, cette loi ignore *damnum* en tant que dommage ou perte. Dans ce code, le dommage (ou perte) est défini par d'autres termes¹⁴⁵ tels que *noxia*, pour laquelle les décemvirs avaient une prédilection particulière, *pauperies*, *rupitia*. *Noxia* si fréquent dans le code décemviral tend plus tard à s'effacer, et en droit classique poursuit une carrière discrète¹⁴⁶, notamment en rappel de cette loi (D. 9, 1, 1 pr.; D. 9, 4, 2, 1; D. 50, 16, 238, 3) ou en fonction de la noxalité (D. 9, 4, 4 pr.; D. 9, 4, 20). *Noxia* a mal résisté à la concurrence de *damnum* qui avec la loi *Aquilia* fait sa première apparition connue dans le sens de dommage (ou perte?) en style législatif¹⁴⁷. Pour se convaincre, comme tout dans ce dossier y invite, que *damnum* dans les XII Tables n'avait que le sens de composition pour acquérir celui de dommage ou perte dans la législation postérieure, il n'est pas inutile d'avoir une vue d'ensemble des définitions données soit par des juristes, soit par des antiquaires, des différents mots qui dans ce code désignaient tel ou tel dommage : *damnum* sert d'unique synonyme aux interprètes de la loi qui ramènent la diversité de la terminologie décemvirale à ce seul mot qui n'a acquis ce sens général qu'après ce code.

Fest. 180, 25 L *noxia*, ut Ser. Sulpicius Ru<fus ait, *damnum significat in XII*> (Paul 181 *noxia apud antiquos damnum significabat*. . .).

Fest. 430, 20 L *Sarcito in XII* (8, 9) Ser. Sulpicium ait *significare damnum solvito, praestato*.

Fest. 320, 24 L *Rupitias* . . . XII (8, 2) *significat damnum dederit*.

Paul. Fest. 246, 10 *Pauperies damnum dicitur, quod quadrupes facit*.

Paul Sent. 2, 31, 7 *Servus, qui furtum fecerit damnumve dederit*. . . (en paraphrase de XII Tables 12, 2 a *si servus furtum faxit noxiamve noxit*; cf. la clause bien connue des ventes d'esclaves : *furtis noxisque solutus*, Varro *r.r.* 2, 10, 5).

¹⁴⁴ Voir Liebs, p. 185, note; 186. Sur le *damnum* entendu comme perte subie par le délinquant, voir la discussion du problème chez Hägerström, I, p. 481.

¹⁴⁵ Hägerström, I, p. 478 suiv.; Betti, *Antitesi*, p. 19.

¹⁴⁶ Lisowski, RE sup. VII, 596 suiv.

¹⁴⁷ Daube, p. 97-98. On discute pour savoir si dans le chapitre 3 de la loi *Aquilia* : «*si quis alteri damnum faxit*», *damnum* désigne le dommage subi par la chose ou la perte encourue par le propriétaire; voir Liebs, p. 197. Gaius 3, 216 parle aussi de *damnum* à propos du chapitre 2.

Chacun de ces textes pris individuellement fait naître le soupçon que les décemvirs ne parlaient pas de *damnum* dans le sens de dommage, mais employaient dans ce but tel autre mot. Par deux fois Servius Sulpicius rend par *damnum* dans la langue de son temps des termes archaïques du code décemviral, et laisse entendre que en cette matière le vocabulaire a changé. On recueille la même impression dans les Sentences de Paul quand elles substituent ce mot à *noxia* dans la paraphrase d'un verset de la loi. Pris ensemble, tous ces textes ont en commun de traduire systématiquement tel ou tel vieux mot des XII Tables par *damnum* en vocabulaire moderne. L'automatisme de cette commutation généralisée marque clairement le passage d'un registre verbal ancien à un autre plus récent; *damnum* comme dommage est toujours absent des XII Tables et toujours présent chez les commentateurs de cette loi, qui utilisent un vocabulaire en rupture avec le vieux code.

Dans celui-ci, *damnum* est seulement la composition en attendant de devenir plus tard le dommage dans la loi Aquilia. Mais dans les XII Tables *damnum* est en concurrence avec *poena* pour désigner la peine pécuniaire privée. La juxtaposition de ces deux termes dans le même code ne paraît pas un effet du hasard : comme on l'a souvent remarqué¹⁴⁸, la *poena*, terme emprunté au grec, se rapporte aux tarifs fixes des atteintes à la personne, alors que *damnum*¹⁴⁹, calculé à un multiple de la valeur litigieuse, a trait aux délits de caractère patrimonial (vol, *vindicia falsa*). Le montant de la *poena* est fixé par la loi, alors que le *damnum* repose sur l'estimation par un arbitre de la valeur du bien, portée ensuite à un multiple, le double dans les cas connus. Le mot *poena*, avant de connaître la fortune que l'on sait, commença par n'avoir qu'une médiocre diffusion dans la langue courante; il est rare chez Plaute¹⁵⁰. Cet emprunt au grec paraît avoir eu pour mission de qualifier techniquement quelque chose d'inconnu à Rome avant les XII Tables : une peine pécuniaire privée établie par la loi, quand celle-ci prévoit un taux fixe. Au contraire *damnum* appartient à un vieux fond du vocabulaire latin pour désigner une composition dont le montant variable est débattu par les parties (*damnum decidere*), en attendant que la loi introduise ou confirme une certaine uniformité en imposant tel multiple.

¹⁴⁸ Mommsen, *Strafrecht*, p. 12-13; 1013-1014; Liebs, p. 185, note 43; 187; 198; Hägerström, I, p. 481; Daube, p. 96-97.

¹⁴⁹ *Damnum* dans le sens de composition a plus tard rejoint l'atteinte à la personne (Gell. 20, 1, 32) ou la peine archaïque du meurtre involontaire : Serv. Georg. 3, 387 *arietis damno*.

¹⁵⁰ Heinze, *Vom Geist des Römertums*, p. 32.

Le sens de *decidere*, transiger, est bien établi dans la langue juridique¹⁵¹. En droit classique, *damnum decidere* s'entend aussi bien de la composition volontaire que de la composition légale. Lorsque en matière de vol les parties préfèrent s'entendre, selon une faculté qui leur est ouverte depuis le plus ancien droit, plutôt que de s'en remettre à un juge, *damnum decidere* à propos de cet accord se dit aussi bien du voleur (D. 4, 4, 9, 2)¹⁵² que du volé (D. 47, 2, 46, 5)¹⁵³. Et l'intérêt de la transaction est pour le voleur de s'en tirer avec une pénalité plus faible que celle que prévoit la loi¹⁵⁴.

Si l'affaire est portée en justice, en droit classique la formule de l'action *furti nec manifesti* contient la clause : *quamobrem N. Nm. pro fure damnum decidere oportet* (Gaius 4, 37; Lenel EP p. 328)¹⁵⁵, laquelle se rapporte au voleur : obligation lui est faite de composer. On sait que cette clause est en procédure formulaire un héritage de la *legis actio* moyennant le passage à la troisième personne. Dans l'ancien droit la composition fut imposée par la loi. Ainsi la langue classique a conservé côte à côte les deux emplois de *damnum decidere*, selon que la composition est volontaire ou légale. Pour ce qui est du second cas, dans les mots *duplione damnum decidito* des XII Tables a été pétrifié le moment historique où l'accord (*decidere*) sur le montant de la composition (*damnum*) a été rendu obligatoire en justice par les décemvirs à côté de l'éventualité de l'entente amiable, non sans ôter à *decidere* en cas de procès un mobile libre, si bien que plus tard dans ces mots en style classique on n'entend plus dans la formule de l'action *furti* que l'obligation de payer la peine privée¹⁵⁶.

Dans les lignes qui précèdent, il a été admis que pour les atteintes à la personne les XII Tables ont introduit le mot *poena*, tiré du grec, pour désigner des tarifs fixes de composition, jusque là inexistants en l'absence de loi pour les instituer. Pour le vol, l'expression *damnum decidere*, définissant l'accord des parties sur le montant de l'amende privée, a permis grâce à son emploi à l'impératif dans les XII Tables de saisir le moment où on est passé de la composition volontaire (res-

¹⁵¹ VIR s.v. § B. Sur *damnum decidere*, Mommsen, *Strafrecht*, p. 13, 1; 751, 4; Betti, *Litis aestimatio* I, p. 17, note; 19 suiv.; Daube, p. 96 suiv.; Kaser, *RPR* I, p. 148; Santoro, p. 70. – Liebs, p. 188; 192-193, se sépare de la doctrine commune pour aboutir à la traduction à notre avis inacceptable : «*den Entzug aus der Welt schaffen*».

¹⁵² Sur ce texte, Huvelin, *Furtum*, p. 75.

¹⁵³ Sur ce texte Liebs, p. 193; 182-183.

¹⁵⁴ Kelly, *Roman Litigation*, 1966, p. 138 suiv.

¹⁵⁵ Sur cette clause dans la *cautio pro praede litis vindiciarum*, Lenel, *EP*, p. 524.

¹⁵⁶ Kaser, *RPR* I, p. 610.

tant d'ailleurs toujours possible) à la composition légale, même si avant la loi le mécanisme procédural était déjà conçu pour accroître les chances de réussite de ce qui n'était encore qu'une faculté. Qu'on ne dise pas que ce que fait la loi, la coutume a pu le faire avant elle et que les décevirs n'ont fait qu'enregistrer des solutions déjà acquises. Il n'y a aucune raison de prêter aux usages qui ont pu régner en matière délictuelle avant les XII Tables la même valeur impérative que cette loi a pu conférer à ses prescriptions. De tels usages n'ont pu être que facultatifs avant la rigidité de la loi qui seule pouvait imposer des tarifs fixes pour les atteintes à la personne et prévoir des multiples précis de la valeur litigieuse pour les délits portant sur les biens. D'où de simples usages auraient-ils tiré la force nécessaire pour s'appliquer avec la même rigueur que la loi? Ils sont difficiles à identifier pour l'*iniuria* et les délits assimilés, pour lesquels il est permis d'imaginer une plus large extension du talion que dans le code déceviral. Mais pour le vol non manifeste, l'expression *damnum decidere oportere*, qui survit comme une relique du passé dans la procédure formulaire (Gaius 4, 37; 4, 45), est une incomparable machine à remonter le temps. Dans le droit des XII Tables, elle a signifié que la composition, que les parties ont la faculté de calculer à l'amiable (D. 2, 14, 17, 1), à défaut d'accord leur est imposée judiciairement au multiple imposé par la loi. La loi définit une composition obligatoire, auparavant la composition avait cependant un régime plus complexe qu'une simple faculté laissée au choix des parties.

Rien n'autorise à penser que l'expression *damnum decidere oportet* ne soit pas comme la plupart des formules des actions de la loi plus ancienne que les décevirs, et ce sentiment est confirmé par la haute antiquité de la transaction (*decidere*) en matière délictuelle. Cette clause d'abord orale survit sous forme écrite en procédure formulaire à l'état pur sans la mention du multiple, laquelle figure seulement dans la *condemnatio* (Gaius 4, 37)¹⁵⁷. Il n'est pas assuré que dans les actions de la loi l'indication du multiple ait figuré dans les *certa verba* du procès, comme on le suppose souvent mais avec prudence¹⁵⁸ : *te pro fure (duplione) damnum decidere oportet*. Avec ou sans mention du multiple dans le régime déceviral ce qu'expriment les mots *damnum decidere oportet*, c'est l'obligation de composer voulue par la loi, alors que ces mêmes mots avant elle s'en tenaient à une simple faculté. La même clause restée inchangée a vu son sens pivoter sur lui-même, selon que la composition (*decidere*) tenue d'abord

¹⁵⁷ Lenel, *EP*, p. 328; Hitzig, *ZSS* 23, 1902, p. 325 suiv.; De Visscher, *Études*, p. 293 suiv.

¹⁵⁸ Karlowa, *Der r. Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, p. 115; Broggin, *Iudex arbiterve*, p. 152. Voir surtout Kaser, *ZP*, p. 65, n. 10.

pour simplement possible devient ensuite nécessaire. C'est le mot *oportet* qui a fait les frais de cette mutation. Il est naturel de penser que dans cette clause venue de l'ère prédécémvirale, où la composition était encore facultative, *oportet* ait eu son sens premier, qui marque la convenance plutôt que la nécessité, comme le soulignent Ernout et Meillet qui mettent ce mot en contraste avec *opus est, necesse est*, *Dict.* 4^e éd. p. 463¹⁵⁹. Une chance, une faculté sont offertes au délinquant de se sauver en payant. *Oportet* signifie alors «il est expédient», «il convient» : ce qui est offert au coupable, c'est le rachat de sa personne. Après les XII Tables *oportet* dans la même formule n'exprime plus une convenance mais une nécessité. La composition n'est plus une faculté, elle est devenue légalement obligatoire.

Avant les XII Tables, le voleur non manifeste après la preuve de son méfait est mis en face d'une alternative : payer une rançon ou subir la vengeance sur sa personne. S'il refuse l'offre de composer, qui lui est présentée comme une simple éventualité, la *manus iniectio* s'abattra sur lui avec sa rigueur archaïque qui n'est pas une simple voie d'exécution des jugements comme dans le régime décemviral mais l'instrument brutal de la vengeance¹⁶⁰. Le refus de composer de la part du coupable ouvre aussitôt la voie à la vengeance sous forme d'une *manus iniectio* contrôlée par le magistrat, qui prononce l'*addictio*. Avant les XII Tables le délinquant *sui iuris* est placé en face de l'alternative de la rançon ou de la vengeance en des termes qui évoquent le système de la noxalité, lorsque c'est au père ou au maître de faire le choix dont le fils ou l'esclave est l'enjeu. La noxalité a conservé après les XII Tables le mécanisme alternatif qui avant elles était aussi celui du vol non manifeste par un *sui iuris* et sans doute celui de quelques autres délits.

L'offre de composition est formulée par le volé, une fois le vol constaté au terme de la procédure de *sacramentum in personam*. Alors le volé armé de la preuve du délit pourrait être tenté d'exercer la même vengeance que si le vol avait été manifeste. Les historiens du droit archaïque ont eu raison de spéculer sur cette tentation qui n'a certainement pas manqué d'être ressentie¹⁶¹. Et ils ont raison de penser qu'à Rome l'obstacle le plus simple qui peut être opposé à une vengeance estimée excessive, est le refus de l'*addictio* auquel se heurtera la *manus iniectio* du volé¹⁶². Alors le volé n'a pas d'autre moyen de tirer la procédure du point mort où elle est tombée ou à l'instant

¹⁵⁹ Voir aussi *Thes. l.l.* IX, 2 fasc. V (1976), 738, v. *oportet*.

¹⁶⁰ Sur cet aspect archaïque de la *manus iniectio*, voir Betti, *Struttura dell'obbligazione romana*, 1955, p. 133

¹⁶¹ Brogini, p. 63; 108.

¹⁶² Koschaker, ZSS 1916, p. 357; Kaser, *RPR* I, p. 148.

de tomber, qu'en faisant lui-même au voleur l'offre de composer, soit à l'amiable, soit par voie d'arbitrage. Le volé ira demander un ou plusieurs arbitres au magistrat, exactement comme il le fait dans le régime décemviral de la *vindicia falsa* (XII Tables 12, 3) à propos des fruits indûment perçus par le possesseur intérimaire du procès réel.

Quand on se trouve aux origines mêmes de la justice criminelle, on sait par le droit comparé que c'est le coupable qui pour échapper à la vengeance sans merci cherche une entente auprès du groupe qu'il a offensé. Mais à la veille des XII Tables, à Rome, pour le vol non manifeste la situation est tout autre : on a dépassé depuis longtemps le degré initial de l'évolution ; la cité s'est emparée elle-même de l'affaire, elle a grâce au *sacramentum in personam* fait obtenir la preuve du vol, laquelle place le voleur non manifeste dans une situation comparable à celle de la flagrance. Mais le magistrat refuse au volé l'*addictio* du coupable. Alors, contrairement à ce qui se passe dans les civilisations très primitives, c'est la victime du délit qui fait au coupable l'offre de composer. Après le *sacramentum in personam* qui a prouvé le vol, les parties, si un accord amiable a échoué ou n'a pas été tenté, reviennent devant le magistrat et le volé après avoir rappelé la preuve du vol déclare : *damnum decidere oportet*, par quoi grâce au mot *oportet* («il convient», «il est expédient») il ouvre au délinquant la faculté de composer par l'intermédiaire d'un arbitre. Si le voleur refuse contre son intérêt cet *arbitrium liti aestimandae*, la *manus iniectio* sanctionnera ce refus sous forme non de voie d'exécution, mais de vengeance.

La cité n'a pas éliminé définitivement la vengeance, elle a mis des embûches sur sa route. Avant les XII Tables, la composition pour le vol non manifeste n'est pas encore obligatoire, mais le volé, à qui la vengeance est refusée après la preuve du vol, n'a pas d'autre issue que d'offrir au voleur de composer grâce aux bons offices d'un arbitre nommé par le magistrat. Dans la bouche du volé les mots *damnum decidere oportet* n'expriment pas encore à la veille des XII Tables une nécessité juridique, mais font savoir qu'il est «expédient» pour chacune des parties de s'entendre à travers un arbitrage : le volé doit le demander s'il ne veut pas perdre tout recours au pénal, et le voleur a intérêt à l'accepter, s'il ne veut pas déclencher une vengeance immédiate. Entre *oportet* dans le sens de «il est expédient» et celui de «il faut», avant et après les XII Tables, on pourrait penser que la nuance est mince ; avant et après cette loi l'arbitrage aura lieu, mais ceux qui sont sensibles aux finesses du droit romain ne manqueront pas de voir qu'il s'agit, en réalité, de deux systèmes juridiques différents, selon que le volé fait d'abord la simple offre de composition arbitrale, peu susceptible il est vrai d'être refusée, ou intente une action proprement dite poursuivant une composition devenue obligatoire aux termes de la loi.

La situation qui vient d'être décrite à propos du vol, n'est sûrement pas unique dans le très ancien droit romain; il y a lieu de penser que d'autres délits non flagrants étaient traités de façon analogue. Il est intéressant de relever après les XII Tables un cas exceptionnel où c'est encore la victime du délit qui fait une offre de composition facultative. Lorsque la loi écrit : 8, 2 *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*, le déroulement de la phrase correspond à celui du délit et de sa sanction : d'abord le délit, *membrum ruptum*, ensuite la tentative de pacte, enfin le talion. Par la phrase incidente *ni cum eo pacit*, il faut entendre que l'offenseur a refusé le pacte que lui offrait la victime désignée par *cum eo*. Dans le verset, le pacte n'est pas une simple éventualité qui aurait pu fort bien être laissée de côté. La loi impose la tentative de pacte que l'offensé doit faire auprès de l'offenseur avant de pouvoir passer au talion. Le talion n'intervient que si l'offenseur a refusé un pacte, dont le prix lui paraissait trop élevé. On n'a pas pris garde que c'est de la sorte que le mécanisme du pacte est décrit chez Aulu-Gelle, inspiré par Africain. Par deux fois cet auteur met comme condition à l'exercice du talion que le délinquant ait refusé la composition volontaire : 20, 1, 34 *eius qui membrum alteri rupisset et pacisci tamen de talione redimenda nollet*; 20, 1, 38 *reus, qui depecisci noluerat*. Pour que l'offenseur fasse échouer le pacte, encore faut-il évidemment que la victime en ait pris l'initiative. L'échec du pacte est présenté par la loi comme l'indispensable préliminaire du talion. Cet échec est imputé par la loi au mauvais vouloir du délinquant, alors que la victime apparaît sous le jour favorable de l'offensé qui offre et doit offrir, fut-ce à un prix fort élevé, le pardon. Aulu-Gelle a fort bien démonté le raisonnement des décemvirs, non exempt de perfidie sous un aspect lénifiant; et il aboutit dans le droit fil du système à la conclusion que si l'offenseur subit le talion c'est parce que il l'a lui-même choisi; il avait auparavant la *facultas paciscendi*, ménagée à son profit par le législateur, il a volontairement laissé passer cette chance que aux termes de la loi son adversaire ne pouvait manquer de lui permettre de courir; en fin de compte le talion est l'effet direct de son refus : 20, 1, 36 *praesertim cum habeas facultatem paciscendi et non necesse sit pati talionem, nisi eam tu elegeris*.

Si c'est exceptionnellement que dans le droit des XII Tables à propos du talion survit un cas où l'offre de composition émane de l'offensé, il n'y a pas lieu de douter qu'avant cette loi cette attitude de la victime du délit n'ait été assez fréquente. A ce stade du droit romain, à la veille d'une vaste codification, on est loin du temps où l'hostilité des groupes familiaux conduisait, par crainte de représailles redoutables, l'auteur d'un meurtre ou délit grave à implorer lui-même de la famille du mort ou de la victime un pardon qu'il fallait payer très cher. Depuis longtemps la cité a imposé des freins à l'exercice de la vengeance spontanée. Quand le délit n'est pas flagrant, il

faut avant tout en faire la preuve en justice. Une fois cette preuve faite, le magistrat refusera d'entériner aussitôt après par *addictio manus iniectio* sur la personne du coupable. Le cours de la vengeance est de nouveau arrêté. La vengeance n'est possible qu'avec l'accord de la cité qui s'abstient de le donner. Alors l'initiative de la composition par un renversement historique remarquable n'appartient plus comme à l'aube du droit au délinquant aux abois cherchant son pardon, mais à la victime du délit qui, une fois celui-ci prouvé, n'a aucun moyen régulier d'exercer son ire : elle n'a plus d'autre issue que de convertir sa colère en argent sous la forme d'une composition qu'elle sollicite elle-même du délinquant. C'est à ce degré de l'histoire de la répression, à la veille des XII Tables, que la prétention du volé : *damnum decidere oportet* substitue à la vengeance une composition à titre de «convenance» ou «commodité» selon le sens archaïque d'*oportet*. Le rejet de la vengeance par la cité avait conduit le débat à une impasse dont il ne pouvait sortir que par cette initiative du volé. Avant les XII Tables il n'est pas encore obligatoire mais il est expédient de composer, parce que pour le volé la voie de la vengeance est fermée provisoirement et parce que contre le voleur la vengeance reprend ses droits s'il ne collabore pas à l'arbitrage. Une dialectique graduée oppose le délinquant et la victime sous le contrôle du magistrat ; et à chaque phase est en cause soit la suspension soit le libre cours de la vengeance. Au terme de cette confrontation la victime ne pourra assouvir sa vengeance que si elle a d'abord proposé sans succès d'y renoncer au prix d'une composition.

S'il y a une part de vérité dans les remarques qui précèdent, c'est sur le mot *oportet* que s'articule le problème des origines de l'obligation civile. Par ce mot on a commencé par désigner une simple convenance qui permet au coupable de certains délits de racheter sa personne pour échapper à la vengeance de la victime, en attendant que les XII Tables ne transforment, en de nombreux cas, cette convenance ou faculté en règle inéluctable. S'il en est ainsi, le concept d'obligation a, malgré sa brillante destinée, une origine modeste et rudimentaire. La loi a établi en matière délictuelle tantôt des tarifs fixes, tantôt un régime de multiplication de la valeur litigieuse. Il est permis de penser qu'avant les décevirs des usages aient pu orienter la pratique dans ce sens, mais ils étaient dépourvus de la force contraignante dont seule la loi peut doter ses dispositions. L'arbitre jouissait sans doute d'une certaine latitude ; et si des modes de calcul ou des tarifications tendaient à être adoptés, ce n'est pas en eux-mêmes mais dans la sentence de l'arbitre qu'ils trouvaient force de droit. De simples usages dans l'évaluation des peines privées devaient être impuissants à assurer aux sentences une uniformité qui devait être plus tard le fruit de la loi. En principe le calcul des amendes privées était l'œuvre de l'arbitre, même si une sorte de coutume avait pu prendre une cer-

taine consistance. A défaut de l'accord amiable des parties, rien ne pouvait se substituer à l'autorité de l'arbitre, si bien qu'en cas de vol d'*aes*, aucune estimation n'étant alors nécessaire, l'intervention d'un arbitre n'était cependant pas superflue pour fixer une composition, dont le calcul reposait sur son autorité officiellement investie et non sur l'usage.

Il ne devrait pas y avoir de doutes sur le moment¹⁶³ de la procédure où le demandeur prononce la formule : *damnum decidere oportet*. Pour parler de composition, il faut que le délit ait été prouvé. Le *sacramentum in personam* a pour fonction d'établir cette preuve, et dans la sentence «*sacramentum Primi iustum; sacramentum Secundi iniustum*», ce qui est tranché c'est l'existence ou l'inexistence du délit à partir de la déclaration initiale du demandeur : *aio te mihi furtum fecisse paterae aureae*, aussitôt contredite par l'adversaire. Une fois prononcée la sentence de culpabilité, la procédure doit être relancée, parce que à ce point la *manus iniectio* n'est pas encore autorisée contre le délinquant pour le vol non manifeste et les délits obéissant au même régime. Le recommencement de la procédure a lieu *in iure*, quand le volé revenu devant le magistrat et faisant état du vol précédemment établi demande la nomination d'un arbitre en vue du calcul de la composition. Il va de soi que c'est seulement à ce moment que le volé pourra parler utilement de *damnum decidere oportere*. Par ces mots, il faut entendre avant les XII Tables la faculté, après cette loi l'obligation de composer, mais en dépit de cette variation de sens leur place dans l'ensemble de la procédure reste la même. Faculté ou obligation de composer, il ne peut être question de l'une ou de l'autre que dans la procédure complémentaire *in iure* de l'*arbitrium liti aestimandae* : alors seulement, après la preuve du délit résultant du *sacramentum in personam*, le problème de la composition peut être posé. Tant que cette preuve n'a pas été fournie, on ne peut parler d'un arbitre chargé de calculer une composition qui, facultative ou obligatoire, doit d'abord voir reconnaître sa raison d'être. C'est seulement après les XII Tables dans le cas de vol d'*aes* que le juge du *sacramentum*, après avoir enregistré la preuve du délit, prononce une sentence au double en vertu de la loi, l'intervention d'un arbitre étant inutile en l'absence d'estimation à faire.

Contrairement à ce qui vient d'être dit, on a coutume de penser que dans le droit des XII Tables l'action pour vol non manifeste commençait par ces mots : *aio te mihi furtum fecisse paterae aureae, quamobrem te pro fure (duplione?) decidere oportet*¹⁶⁴. Pour les raisons précédemment exposées, dans l'ancien droit l'accouplement de ces

¹⁶³ Voir les justes remarques de Huvelin, *Mél. Gérardin*, p. 336.

¹⁶⁴ Karlowa, *Civilprozess*, p. 115; Broggini, p. 152; Kaser, *AJ*, p. 200.

deux formules, la première sur l'existence du vol, la deuxième sur l'obligation de composer, est radicalement impossible tant que le *iudex* du *sacramentum in personam* n'a eu pour fonction que de constater le délit, alors que l'*arbiter* du procès complémentaire calculait le montant d'une condamnation, dont il était lui-même l'auteur. Toutefois, alors qu'au cours de la République les fonctions de *iudex* et *arbiter* tendent à fusionner, il n'est pas impossible qu'à la faveur de ce processus l'action de vol non manifeste ait vu les rôles du juge et de l'arbitre se confondre sur la même tête, si bien que la formule double imaginée par certains savants au début de cette action ait pu correspondre à ce nouvel état du droit. Alors le juge a absorbé la fonction de l'arbitre, dans une procédure simplifiée, et le demandeur réclame d'emblée simultanément la preuve du vol et le châtimement du voleur.

L'action de vol n'est sans doute pas un cas isolé. Les fonctions différentes du juge et de l'arbitre ont dû imposer à d'autres hypothèses le dédoublement de la procédure, qui confie au juge d'abord le soin de constater le délit, ensuite à l'arbitre celui de prononcer une amende privée. Mais ce que l'action de vol est seule à enseigner grâce à une documentation privilégiée, c'est que l'action délictuelle tendant à obtenir une telle peine est née d'une simple offre de composition, présentée à titre de faculté par la victime du délit au délinquant, à un moment de l'histoire du droit romain où il n'y avait pas d'autre moyen de faire progresser une procédure bloquée par le refus du magistrat de collaborer à la vengeance privée.

Faut-il compter sur une origine totalement différente de la condamnation pécuniaire dans les actions réipersécutoires? La prudence ordonne de ne pas raisonner sur le cas du legs *per damnationem*, dont l'existence n'est même pas assurée à l'époque des XII Tables¹⁶⁵. Le contrat *verbis* offre un terrain plus sûr. Il n'y a pas lieu de penser qu'avant les décemvirs il était directement sanctionné par une *manus iniectio*¹⁶⁶ : la participation de témoins n'étant pas exigée à peine de nullité à la conclusion de l'acte, on ne voit pas comment on aurait pu se dispenser de la preuve en justice aussi bien du contrat que de son inexécution. A s'en tenir à Gaius, deux actions de la loi sont mises au service de la promesse *verbis* : la *iudicis arbitrive postulatio* (4, 17a) et le *sacramentum in personam* (4, 95). Comme la remarque en a été faite plus haut, ce qu'il y a de remarquable dans l'enseignement du nouveau Gaius, c'est que le sort du *sponsus* ou *sponsio* est confié à un juré qui est *iudex sive arbiter* (*iudex arbiterve*), autrement dit exerce à la fois les deux fonctions de *iudex* et *arbiter* dans la procédure qui tire son nom de ce cumul. Il apparaît clairement que l'ad-

¹⁶⁵ Wlassak, ZSS 31, 1910, p. 202; Kaser, RPR I, p. 111.

¹⁶⁶ Cf. Horak, ZSS 1976, p. 267 suiv.

dition de ces deux titres sur la tête du même homme est une simplification de la procédure plus complexe qui les distribue séparément au juré du *sacramentum in personam* et à l'*arbiter* chargé ensuite de la *litis aestimatio*. Au lieu du lourd mécanisme d'une procédure principale confiée à un *iudex* et d'une procédure complémentaire relevant d'un *arbiter*, pour faciliter le crédit le contrat *verbis* fait naître plus simplement une *iudicis arbitrive postulatio* attribuant au même juré les fonctions de ces deux personnages, sans que cependant cette réussite technique n'entraîne pour ce contrat à l'avenir l'exclusion définitive du *sacramentum*, qui reste en réserve. A ce point de l'enquête, il apparaît qu'il fut un temps où le contrat *verbis* n'était guère autrement traité qu'un délit : le *sacramentum in personam* servait à vérifier sa conclusion ainsi que son inexécution, ensuite l'*arbitrium liti aestimandae* passait à une condamnation pécuniaire, pour laquelle on est en droit de se demander si elle était pénale ou réipersécutoire. Plutôt pénale. Pendant un certain délai l'exécution en nature (*ipsa res*) reste possible. A l'expiration de ces *dies iusti* qui suspendent toute voie d'exécution, le seul moyen d'échapper à la *manus iniectio* est de verser un montant d'*aes* qui rachète la personne du promettant infidèle. On n'a aucune peine à comprendre que le créancier ait préféré une composition pécuniaire à une peine sacrée (*sacer esto*) n'emportant aucun profit, une fois violée la foi jurée. Avant les XII Tables, dans l'action *ex stipulatu* le mot *oportere* a sans doute commencé par avoir le même sens («il est expédient») que dans l'action *furti* prédécemvirale, en offrant de la même manière au défendeur une faculté d'échapper à un sort cruel. Dans un cas comme dans l'autre, le défendeur sauve sa personne, mais dans l'action de vol tout est laïc, alors que pour le contrat *verbis* le rôle de la composition est d'effacer une faute religieuse. S'il en est bien ainsi, la sanction du contrat *verbis* s'est laïcisée avant le contrat lui-même qui conserve le terme sacramentel *spondeo*, appelé ensuite à se laïciser à son tour. On ne peut rien dire du montant de la composition, ni supposer qu'elle portait sur un multiple de la valeur de la promesse. Elle a pu progressivement se réduire au simple, tout en gardant un caractère pénal, comme dans les hypothèses fréquentes où les XII Tables ne donnent comme suite à un délit que l'obligation de *noxiam sarcire*¹⁶⁷. Même lorsque la promesse portait sur un montant d'*aes*, on n'échappait pas, sauf accord des parties, à la nécessité d'un *arbitrium* pour fixer la composition : le calcul de celle-ci n'avait pas d'autre fondement que l'autorité de l'arbitre investi par le magistrat, sans qu'aucun usage n'ait pu avant les XII Tables acquérir en ce domaine force de droit.

¹⁶⁷ Kaser, *RPR* I, p. 162; *AJ*, p. 219.

Dans cette loi, l'action *ex stipulatu* est au simple et sans doute déjà réipersécutoire. *Oportere* n'exprime plus une offre de composition mais un devoir juridique né d'un contrat, non de la violation de la foi jurée. L'action sanctionne désormais le contrat, non le délit religieux que représentait son inexécution. Mais dans ce nouveau régime du contrat *verbis*, subsiste dans le double titre *iudex arbiterve* un souvenir du régime archaïque qui laissait d'abord à un *iudex* le soin de vérifier que la promesse avait été violée pour confier ensuite à un *arbiter* le calcul de la composition. Autre résidu du passé : c'est parce qu'il s'est agi d'abord d'une composition, que le contrat *verbis*, quel que soit son objet, a continué après les XII Tables à déboucher sur une condamnation pécuniaire.

Il n'y a pas lieu de penser qu'en procédure civile *damnare* ait commencé par avoir un sens réipersécutoire contre le promettant *verbis* et un sens pénal contre l'auteur d'un délit. Une telle distinction est le produit d'un droit déjà relativement évolué. Dans le droit des XII Tables, le juré (*iudex arbiterve*) qui a à connaître du contrat *verbis*, est *iudex* pour établir son existence par l'acte de *iudicare*, qui laisse possible pendant 30 jours l'exécution en nature (*ipsa res*); ce même juré est aussi *arbiter* pour estimer en *aes* la prestation par l'acte de *damnare*. Et cette estimation qui vaut indemnité peut encore être versée le 31^e jour après la sentence. Pendant 30 jours la fourniture de l'*ipsa res* est possible en vertu du contrat lui-même, dont l'acte de *iudicare* ne fait que reconnaître la validité : cet aspect de la sentence n'est que déclaratif. La condamnation pécuniaire a commencé par être une composition rachetant le promettant infidèle avant de tomber au rang de simple équivalent en *aes*. La relation des actes de *iudicare* et *damnare* est la même pour le contrat *verbis* que pour un délit : c'est parce que le *iudex* du vol non manifeste ne fait que constater le délit par l'acte purement déclaratif de *iudicare*, que l'*arbiter* prononce ensuite la condamnation au double de la valeur de la chose volée. Le couple *iudex-arbiter* et le binôme correspondant *iudicare-damnare* appartiennent à un schéma procédural qui fait d'abord constater un délit ou l'inexécution d'une promesse solennelle pour prononcer ensuite le montant de la composition. Ce schéma est le même pour le contrat *verbis* et les délits, parce que le manquement à la parole donnée commença par être tenu pour un délit pouvant donner lieu au rachat du coupable. L'unité du système ne fut altérée que lorsque pour l'obligation *verborum* le principe d'indemnité remplaça celui de composition.

Dans le droit des XII Tables, dans l'expression *iudicatus sive damnatus* de la *manus iniectio* on n'a aucune peine à reconnaître un personnage qui a d'abord été jugé (*iudicatus*) soit pour un délit soit comme débiteur *verbis*, et aussitôt après frappé de condamnation pécuniaire (*damnatus*) à titre de peine ou de simple réparation. Cette

bivalence de *damnare* n'est pas archaïque. Peu importe que ce verbe ait eu ou non un sens préjuridique, dont on cherche vainement les traces et qui serait «contraindre à dépenser»¹⁶⁸ ou «*einen Verlust beibringen*»¹⁶⁹. Dans la langue du droit *damnare*, avant de s'étendre en droit criminel aux peines corporelles¹⁷⁰, appartient très tôt et d'abord exclusivement à la procédure civile, où il désigne une condamnation pécuniaire qui a toujours la même valeur de composition qu'on trouve dans le substantif *damnum* au début de sa carrière juridique. *Damnare* et *damnum*, ces deux mots de la langue du droit, issus du sens plus général de dépense, ont pour objet très précis la rançon du coupable. Et il ne saurait être question de donner en droit au verbe à l'origine un autre sens qu'au substantif. Aussi bien le *iudicatus sive damnatus* de la *manus iniectio*, avant de se présenter dans le droit des XII Tables sous le double visage du pénal et du réipersécutoire, a commencé par être avant cette loi quelqu'un qui se rachète par une composition soit d'un délit proprement dit soit d'un manquement à la foi jurée.

CONCLUSION

A la lumière de la philologie, les origines de la justice civile apparaissent plus complexes que ne le laisse percevoir le seul raisonnement juridique. Il ne s'agit pas de choisir entre une origine arbitrale à la manière de Wlassak ou une juridiction officielle en une seule phase

¹⁶⁸ Benveniste, II, p. 228.

¹⁶⁹ Liebs p. 214, Sur les traces éventuelles d'un sens préjuridique de *damnare*, voir l'analyse détaillée de Liebs, p. 201-216. Cet auteur rappelle justement, p. 215, l'opinion de Löfstedt (*Verm. Studien*, 1936, p. 96) pour qui l'explication *damno adficere* (Non. 424L) est tardive et étymologisante. Pour Liebs essentiellement trois textes conserveraient le sens archaïque préjuridique de *damnare* : *Jeinen Verlust beibringen*. Mais Plaute *Trin.* 829 *pauperibus te parcere solitum, divites damnare atque domare* présente simplement Neptune comme justicier qui manie les naufrages soit pour épargner soit pour punir, on ne peut priver le texte de son ton moralisateur (voir trad. Ernout; Hägerström, I, 480). Dans les vers de Lucilius 423-424 *hunc Tullius Quintus iudex heredem fecit, et damnati alii omnes* : il n'est pas étonnant d'appeler *iudex* le testateur, puisqu'il est courant que le testament soit traité de *iudicium* (*Thes. l.l.* VII, 2 fasc. IV, v. *iudicium* 610, 51-75). Les *damnati* sont ceux qui ne bénéficient pas de dispositions à cause de mort : Nonius 424 L explique le mot par *exheredatur*. Chez Accius *trag.* 153 *maior erit luctus cum me damnatum audiet*, le plus simple est de rapporter *damnatum* au *iudicium armorum* qui a donné le titre à la pièce (Nonius *ibid.* explique par *morti datum*). En somme le sens préjuridique de *damnare* reste une hypothèse.

¹⁷⁰ Liebs, p. 224-225.

allant jusqu'au jugement, avant que la bipartition du procès ne vienne alléger la tâche du magistrat. Le maître du procès a délégué très tôt son autorité au profit d'un *iudex* qui se prononce aussi bien sur la propriété d'un bien que sur l'existence d'un délit ou l'inexécution d'une promesse. Mais là s'arrête sa tâche, il constate, il ne condamne pas. Sur ce premier procès, en matière *in personam* du moins, se greffe avant toute intervention du législateur une seconde procédure, elle entièrement arbitrale, qui a d'abord tendu à titre facultatif à faire dans certains cas obtenir une composition à la victime du délit ou au créancier de la promesse. Si l'arbitrage échoue, la vengeance reprend ses droits. Elle avait été provisoirement suspendue après la sentence du *iudex* par le refus du magistrat d'entériner par *addictio* la *manus iniectio*. L'arbitrage était alors la seule voie possible et c'est la victime du délit ou le stipulant qui était amené à solliciter de l'adversaire une composition. Et telle est l'origine de la condamnation pécuniaire.

Plus tard, l'obligation civile a été, dans une procédure renouvelée par la loi, le nouvel aspect de ce qui avait commencé par n'être qu'une faculté. En matière délictuelle, elle tend, comme autrefois l'arbitrage volontaire, au rachat du coupable. Pour la *verborum obligatio*, disparaît l'idée de composition pour manquement à la foi jurée au profit d'une simple indemnité de type réipersécutoire. Le passage de l'arbitrage facultatif à l'obligation civile mise en mouvement dans les actions de la loi correspond aux deux sens du mot *oportet* : «il convient» et «il faut».

Si ce schéma historique est exact, l'arbitrage joue un rôle considérable dans les origines de la justice civile, mais non celui qu'on avait commencé par croire. L'arbitrage n'est pas primordial, il vient à un certain moment de l'évolution se greffer, si les parties sont d'accord, sur la sentence du *iudex* qui établit le délit du coupable, et son but est à ce point d'offrir un substitut à la vengeance.

LA MANUS INIECTIO CHEZ LES ÉTRUSQUES ET CHEZ VIRGILE

Le rite juridique de la mainmise est parfois représenté sur les monuments figurés, dont un complet inventaire reste à dresser, mais l'interprétation de ces monuments est le plus souvent délicate et ne laisse pas toujours percevoir au premier coup d'œil la finalité d'un geste qui peut avoir en droit plusieurs significations. Paradoxalement, ce n'est pas l'archéologie qui vient au secours des sources juridiques, c'est plutôt le contraire. Ainsi, depuis Helbig et P. F. Girard¹ on discute pour savoir si un sarcophage découvert à Tarquinii et conservé au Musée archéologique de Florence, dit «sarcophage du magistrat», représente une *manus iniectio* ou une *vindicatio in servitutum*. Au contraire, des scènes où Omphale étend la main sur Hercule² à Pompéi et à Naples, se laissent commodément expliquer par la mancipation, puisque cette princesse fit l'achat du héros³. Mais il n'est pas évident qu'on puisse répéter cette explication à propos de deux groupes funéraires reproduisant de façon contrastée le rite d'appréhension, si bien que l'un paraît la caricature de l'autre.

Le premier⁴, du IV^e siècle, en provenance de Chianciano, aujourd'hui au Musée archéologique de Florence, associe dans une atmosphère de gravité, une belle déesse de la mort, sans doute Vanth, à un jeune homme également beau, sur lequel elle étend son aile déployée pour marquer qu'elle prend possession de lui, peut-être en vue de noces infernales, en même temps que d'une main elle tient en partie ouvert un rouleau fatidique. Le style de cet ensemble étrusque est d'inspiration grecque. La même déesse inexorable sur une fresque de la Tombe François étend ses ailes sur l'ombre de Patrocle et sur

¹ GIRARD, *Organisation judiciaire*, p. 282-283; LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les Actions de la Loi*, p. 278; FELLETTI MAJ, *La tradizione italica nell'arte romana*, 1977, p. 109.

² HERBIG, *Mus. Helv.*, 1951, p. 223-227; cfr. *RE.* 18, 395.

³ *RE.* 18, 386.

⁴ HERBIG, *Götter und Dämonen der Etrusker*, 1965, table 28, I et p. 42-43; voir aussi CRISTOFANI, *Statue-Cinerario Chiusine di età classica*, 1975, p. 54-55 (table 29).

Achille, qui le venge en sacrifiant sur sa tombe des prisonniers troyens. Les deux amis, dont l'un survit un temps à l'autre, se rejoignent déjà comme dans un présage sous les ailes de la mort. L'autre groupe funéraire⁵, également étrusque, originaire de Chiusi et exposé au Musée de Pérouse, au lieu de Vanth fait surgir des profondeurs un horrible démon féminin grimaçant⁶ qui saisit de la main l'avant-bras du mort. Les deux groupes décrivent le même rite d'appréhension en styles opposés, avec des protagonistes tantôt jeunes tantôt vieux, dans une atmosphère soit de sérénité soit de haine s'exprimant par un rictus.

Il n'est pas heureux avec Herbig, suivi par Cristofani⁷, de parler ici de mancipation. Passe encore que comme pour Omphale et Hercule les témoins et la balance puissent être sous-entendus. Mais rien dans ces représentations ne fait songer à une vente et à un prix, et on a quelque peine à imaginer qui a bien pu jouer le rôle du vendeur. L'explication qui s'adapte aisément à un épisode de la vie du héros ne se laisse pas étendre au geste possessif des déesses de la mort. Cette aile et cette main qui s'abattent sur les mortels, font plutôt songer à une *manus iniectio* définitive, pour laquelle il n'y aura ni *vindex* ni faculté de *manum sibi depellere*. Il existe un vers de Virgile qui peut servir de commentaire à ces groupes funéraires :

Aen. 10,419

inicere manum Parcae telisque sacrarunt

Evandri.

Dans l'Enéide comme chez les Etrusques, que le poète connaissait bien, la mainmise des déesses de la mort n'a rien à voir avec le commerce per *aes et libram*, c'est la *manus iniectio* du créancier sur le débiteur selon une procédure qui dans la loi des XII Tables a comme point final l'exécution de l'insolvable. Chez Virgile, les Parques ne prennent même pas la peine de tuer, elles laissent ce soin à un autre mortel. On s'égarerait si on voulait donner chez les Etrusques et chez Virgile une signification trop précise à cette *manus iniectio* fatale. Il ne s'agit pas de la *manus iniectio vocati* qui conduirait le malheureux devant le tribunal de l'outre-tombe, ni de la *manus iniectio iudicati* qui assurerait l'exécution de la sentence. Rien chez Virgile ou son commentateur Servius, rien dans nos monuments étrusques n'oriente le lecteur ou le spectateur dans ce sens. Le tribunal des morts, qui dans la littérature grecque⁸ n'atteint qu'avec Platon son ampleur

⁵ HERBIG, cit., p. 45 et table 29, I.

⁶ La tête mobile serait un faux caricatural pour CRISTOFANI, cit., p. 28; 46.

⁷ HERBIG, cit.; CRISTOFANI, cit., p. 57; p. 55 n. 1.

⁸ WÜST, *RE.* 21, 997-998.

dramatique, ne paraît pas jouer selon Pfiffig⁹ dans la religion étrusque le rôle que lui ont prêté certains savants. Il y avait en enfer une vie familière qui s'accorde mal avec l'expiation des péchés. Il n'y a pas à rattacher la *manus iniectio* des déesses de la mort à une justice infernale qui châtierait les pécheurs. Cette *manus iniectio* n'est pas autre chose que la prise de possession de mortels conduits vers le trépas. Le rouleau que tient Vanth à la main n'est pas le catalogue de péchés qui seront jugés; on le retrouve sur d'autres monuments figurés, où il joue parfois le rôle prosaïque de recueillir une inscription funéraire¹⁰. Mais ce serait une erreur d'en faire une simple pièce d'identité sans que la fatalité s'en mêle, il porte le signe du destin¹¹.

Servius commentant le vers de Virgile déclare : *sermone usus est iuris*, ce qui veut dire que le poète a emprunté un mot à la langue du droit et transféré dans la théologie de l'enfer une image juridique. Ce que le grammairien ne savait peut-être pas, c'est que les sculpteurs d'Etrurie avaient déjà fait ce transfert que reproduit l'Enéide. La *manus iniectio* n'est pas passée de la religion au droit, elle a parcouru le chemin inverse. Le phénomène n'est pas isolé. Le *votum* fait naître une obligation sacrale qu'il était tentant de traiter à la manière d'une obligation civile. *Obligare, voti reus, voti damnatus* etc., tout ce vocabulaire technique a fait irruption dans la religion pour décrire la mécanique du *votum* sur le modèle d'un contrat ou d'un procès.

Servius auctus poursuit le commentaire du même vers en rappelant que l'*homo sacer* doit être mis à mort pour que les dieux puissent s'emparer dans l'au-delà de son *anima* dégagée de son corps : *hic ergo cum dicit «telisque sacrarunt Evandri» docet, quidquid destinatum fuerit diis, id sacrum appellari. Perveniri autem ad deos non posse, nisi libera ab onere corporis fuerit anima : quod nisi morte fieri non potest. Oportune ergo his sacratum Halesum loquitur, cum imminebat interitus*. Macrobe professe la même doctrine qu'il fait remonter à Trebatius (*Sat.* 3.7.3), ce qui garantit son authenticité. La nouveauté qu'enseignent Virgile et les sculpteurs d'Etrurie sur la *manus iniectio*, c'est qu'elle débouche sur une *sacratio capitis*. Voilà pourquoi la poésie et l'art l'utilisent comme une procédure infernale. Il ne s'agissait pas seulement de décrire une mainmise comme on en connaît d'autres; le modèle juridique a été exploité jusqu'à sa conclusion qui est la mise à mort du débiteur insolvable. Grâce à Virgile on apprend que c'est celle d'un *homo sacer*.

⁹ PFIFFIG, *Religio Etrusca*, 1975, p. 207-208.

¹⁰ PFIFFIG, cit.

¹¹ Cf. COLONNA, *Mel Heurgon*, 1976, I, p. 190-191.

A vrai dire, on s'en doutait. Kaser¹² a supposé comme terme de la *manus iniectio* une *devotio ad inferos* qui prendrait la forme d'une précipitation de la Roche Tarpéienne. C'est possible, ce mode d'exécution peut être mis au service de la vengeance privée (XII Tables 8, 14) et paraît avoir une origine sacrale. Mais sur ce point les XII Tables sont muettes, alors qu'on connaît assez bien leurs dispositions sur l'insolvable. Il n'est pas d'emblée *sacer*, jusqu'à son exécution il demeure citoyen, et garde la disposition de ce qui lui reste de patrimoine (*si volet, suo vivito*). La *sacratio capitis* ne naît pas de l'insolvabilité, comme elle naît automatiquement dans les lois royales du seul accomplissement de certains délits. Pour l'insolvable, elle ne se manifeste qu'avec sa mise à mort. Et sur ce point l'exécution privée a le même effet que certaines exécutions publiques, comme la *suspensio à l'arbor infelix* ou la peine du sac.

Pour chaque crime capital, les XII Tables ont pour règle de préciser quel type de mort attend le coupable. L'éventail des peines est assez varié et pittoresque. Il serait singulier que cette loi se soit bornée à prescrire la mort de l'insolvable sans rien dire de la forme du supplice. Dans l'ancien droit, chaque mode d'exécution a une philosophie qui lui est propre. Par exemple, on fustige à mort pour expulser l'âme du coupable ou on immerge dans un sac pour éliminer un indésirable du monde des vivants; on punit par le feu l'incendiaire pour le faire périr par où il a péché etc. La loi n'a pas pu taire quel mode de *sacratio* elle réservait à l'insolvable. Il semble bien que le verset «*partes secanto*» réponde à cette exigence. S'il s'arrête au cas de pluralité de créanciers, c'est pour qu'aucun ne soit exclu du mode d'exécution qui est le même s'il n'y en a qu'un. Le verset suivant a pour rôle d'écarter entre eux toute contestation, si les parts du cadavre ne sont pas égales ou proportionnelles au montant de la créance. Qu'il y ait un seul créancier ou plusieurs, le débiteur est coupé en morceaux, mais dans le deuxième cas un problème de répartition surgit que la loi a tenu à résoudre en priorité. L'hypothèse du créancier unique est traité par préterition comme allant de soi.

On ne s'attardera pas à se demander si la mort est obtenue par le découpage du malheureux ou si on dépèce seulement après coup le cadavre comme un complément d'exécution¹³. Quel que soit le déroulement de ce macabre scénario, il forme un tout et sa finalité dans un cas comme dans l'autre est le partage du corps, grâce à quoi s'opère la *sacratio capitis*. Ont raison ceux qui pensent¹⁴ que l'*anima* est sou-

¹² KASER, R. *Zivilprozessrecht*, 1966, p. 101 n. 69.

¹³ Cf. KASER, *Altröm. Jus*, p. 188.

¹⁴ JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants*, p. 276, 280, 288 n. 1; cf. LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes de très ancien droit romain*, p. 152 suiv.

mise au même sort que le corps, elle est elle aussi mise en pièces. Dans l'au-delà, cette dislocation la rend inoffensive pour les vivants qui l'ont maltraitée, et la voue aux dieux infernaux définitivement. Le créancier insatisfait a poursuivi sa vengeance dans la mort et après elle¹⁵.

Post-scriptum : Le présent article était déjà rédigé, quand parut dans ZSS. 1979, pp. 272-289 l'article de T. MRSICH, *Manzipationsgestus und Alertumswissenschaft*, où on trouve une nouvelle analyse de la mancipation d'Hercule ainsi que l'examen d'un bas relief d'époque impériale reprenant de façon mystérieuse le thème de la mainmise d'une divinité sur les défunts.

Autre additif : L. L. TELS-DE JONG, *Sur quelques divinités romaines de la naissance et de la prophétie*, 1960, p. 25 cite le vers d'une inscription funéraire : *inieciare manus invida fata mihi* (BUECHELER, *Carmina lat. epig.* 995, 8); où les *fata*, c'est-à-dire les « Puissances du destin » jouent le rôle des Parques dans la *manus iniectio* qui s'est abattue sur la morte.

¹⁵ On a souvent pensé que le partage du cadavre et sa dispersion entre les mains des créancier allait de pair avec la privation de sépulture, ce qui marquerait une aggravation de la peine. Mais récemment on a pu se demander si les créanciers ne devaient pas se cotiser pour assurer les derniers devoirs au mort (*iusta facere*), ce qui est un rebondissement assez remarquable du problème. Sur la question : BEHREND, *Zwolftafelprozess*, 1974, p. 144 note p. 145; GUARINO, *Ineptiae Iuris* III n. 3 dans *Atti dell'Accad. Pontaniana*, 28, 1979.

LES MOTS «LEGARE» ET «HERES» DANS LA LOI DES XII TABLES

Au cours de ces dernières décennies l'ancien droit successoral romain a été soumis à un puissant travail de révision qui a permis d'enregistrer des progrès notables¹. C'est ainsi qu'on a renoncé à voir dans l'*hereditas* la somme des biens patrimoniaux et des valeurs extrapatrimoniales (comme le culte ou le sépulcre familial) laissés par le défunt, comme si l'héritier recueillait une sorte de souveraineté domestique embrassant dans le même ensemble tous ces éléments. Très tôt le droit civil délimite une succession aux biens distincte de la dévolution des valeurs sacrales. Ces remarques ont simplifié le rôle du testament. Il n'est pas l'instrument de la transmission d'une souveraineté qui donne un nouveau chef à la famille. Au moins sous sa forme librale sa fonction est beaucoup plus modeste. Il permet dès l'époque médiocrépublicaine par le jeu de l'institution d'héritier de choisir parmi les fils celui qui restera à la tête du patrimoine, moyennant un dédommagement partiel des autres à l'aide de legs. Mais cette fonction n'est pas archaïque et le rôle du testament comitial dans le droit des XII Tables reste obscur. Il est au moins acquis que dans l'ancien droit le testateur ne peut instituer un héritier qu'en l'absence de *sui*. C'est seulement avec le testament libral que cette incompatibilité disparaît. D'autres obscurités demeurent, comme le sens de *legare* et de l'expression *suus heres* dans le vocabulaire décemviral. C'est grâce à l'histoire du droit que la connaissance de l'*hereditas* a progressé. Il reste à la philologie juridique d'apporter un complément d'information. Tout porte à croire qu'elle confirmera certains des progrès qu'on a pu faire, mais il n'est pas exclu que l'histoire des mots puisse permettre de mieux comprendre certains versets des XII Tables.

¹ Wieacker, *Festschrift f. Heinrich Siber, Leipziger rechtswiss. Studien* 124, 1940, p. 3 suiv.; Albanese, *Annali del seminario giuridico della Univ. di Palermo* 20, 1949, p. 127 suiv.; Biondi, *Iura* I, 1950, p. 150 suiv.; Kaser, *R. Privatrecht* I (1971), p. 91 suiv.

I

D'après Pomponius (*dig.* 50, 16, 120) la liberté de tester est reconnue dans la loi des XII Tables (V, 3) dans les termes du célèbre adage : *uti legassit suae rei, ita ius esto*. On le retrouve tel quel chez Gaius (2, 224). Mais Ulpien en présente une version plus développée : 11, 14 *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*. Aucun critère formel ne permet de discerner à lui seul laquelle de ces deux versions remonte aux décemvirs, l'autre étant plus récente. C'est seulement pas à pas par un examen au fond que ce problème pourra être tranché. Il y aura lieu de mesurer dans le droit des XII Tables l'étendue de la liberté de tester, qui selon Pomponius était générale. Mais il importe d'abord de préciser à quel type de testament se rapporte l'adage : le testament comitial ou le testament libral².

On déclare parfois de façon hâtive que les XII Tables ne pouvaient avoir en vue le testament comitial parce que, étant voté, il reposait sur le suffrage des citoyens, ce qui rendait superflue sa ratification par le législateur. Dans cette perspective, on tient pour acquis que les curies ne se bornaient pas à prêter leur assistance, comme c'est souvent le cas, mais confirmaient par un vote les dernières volontés du testateur. C'est une première hypothèse, une deuxième rattache l'adage au testament libral pour lequel on cherche un support dans les XII Tables. Dans ces conditions, en dehors des deux seuls jours par an où il était permis de tester devant les comices (Gaius 2, 101), on admet que dans le droit décemviral il était toujours possible de recourir à l'acte *per aes et libram* pour tester devant cinq témoins. Et on s'inspire de l'adage *uti legassit* pour reconstituer la forme de ce testament. Ce serait un *Legatentestament*³. Autrement dit, l'*emptio familiae* par laquelle le disposant remet grâce au rituel libral l'ensemble de son patrimoine à un ami, ne serait pas assortie de simples instructions morales adressées à l'acquéreur pour régler le sort des biens après le décès. A cette image de l'opération que suggère la lecture de Gaius (2, 102), on en substitue une autre qui greffe sur le transfert libral non des recommandations morales mais des legs proprement dits, avec la possibilité, dit-on, de faire parvenir à un tiers par un legs unique la totalité de la succession.

L'idée d'un *Legatentestament* rattaché à l'*emptio familiae*, malgré la vogue qu'elle connaît, est d'une extrême fragilité. Si l'adage *uti legassit* avait pour fonction essentielle de garantir l'efficacité des legs, on ne voit pas pourquoi ceux-ci avaient besoin du support de l'acte

² Sur cette alternative, Solazzi, *Diritto ereditario romano* 1932, I, p. 46, n. 2. En faveur du testament comitial, Mitteis, *R. Privatrecht* p. 82, n. 24.

³ Kaser, *R. Privatrecht* I, p. 107, n. 21, avec bibliographie.

libral. Ils se suffiraient à eux-mêmes, et le *Legatentestament* se passerait fort bien de l'*emptio familiae*. Le legs *per vindicationem* qui sans la médiation de l'héritier⁴ fait parvenir le bien au légataire directement du testateur⁵, serait parfaitement à même, sans l'intermédiaire de l'*emptor*, d'assurer le passage de la propriété au profit du gratifié⁶. Et à quoi servirait alors la propriété de l'*emptor*? Elle est tout à fait inutile dès l'instant que le legs peut rendre à lui seul le légataire propriétaire. Pourquoi cette superposition de deux propriétés? Et comment prendrait fin celle de l'*emptor* pour assurer au légataire la pleine disposition du bien⁷? Grâce à ce raisonnement par l'absurde, on s'aperçoit qu'il est vain de supposer que les dispositions greffées sur l'acte libral aient pris la forme de legs. Il est possible de poursuivre la démonstration en examinant le sort des dettes. Dans le système du *Legatentestament*, personne n'est tenu du passif : ni l'*emptor* qui passe pour n'avoir rien retenu, ni le ou les légataires, sur lesquels ne pèse pas cette charge, ni les héritiers ab intestat qui ont été écartés de la succession au profit d'une dévolution testamentaire⁸. Le raisonnement par l'absurde se referme sur lui-même.

Deux points sont dès présent acquis. Le *Legatentestament* sans institution d'héritier est une hypothèse inutile et même nuisible. D'autre part, l'*emptio familiae* sous sa forme archaïque n'a rien à voir avec l'adage *uti legassit*, lequel d'ailleurs dans la version d'Ulpien parle de *pecunia* et non de *familia*, ce qui permet d'apprécier l'écart terminologique entre ce texte et cet acte.

Gaius (2, 102) présente l'*emptio familiae* à ses débuts comme un expédient permettant à un mourant de tester, lorsqu'il n'a pas pris le soin de le faire aux deux jours où est autorisé le testament comitial. C'est un subterfuge auquel on a recours en marge de la loi. Il est si peu prévu par elle que les instructions adressées par le disposant à l'*emptor* n'ont qu'une simple valeur morale, comme le souligne Gaius (2, 102 *rogabat*)⁹. Les XII Tables ne sont pour rien dans ce moyen de

⁴ Kaser, p. 753.

⁵ Grosso, *Legati* 1962, p. 75.

⁶ Sur cet aspect du legs *per vindicationem*, Kaser, *Das altrömische Ius* 1949, p. 150. Sur l'idée de legs indépendants de l'*emptio familiae* : Cuq, *Manuel* p. 764 suiv.; Lübtow, *Studi De Francisci* I, p. 437, 444.

⁷ Pour une tentative de solution, voir Kaser, *R. Privatrecht* I, p. 110.

⁸ Dans un autre sens Kaser, *RIDA* 1952, p. 259. Si on suppose que les héritiers ab intestat sont tenus du passif cela aboutit de façon curieuse à admettre simultanément une succession testamentaire pour l'actif et une succession ab intestat pour le passif.

⁹ Girard, *Manuel* p. 856; Solazzi I, p. 92, 100. Gaius laisse même supposer que l'*emptio familiae* est postérieure aux XII Tables, car quand il écrit : 2, 102 *accessit deinde tertium genus testamenti*, ce troisième mode de tester venu s'ajouter au tes-

fortune. Cependant, Gaius (2, 102) n'a pas tort d'appeler *testamentum emptio familiae* dès l'origine. Il n'y a rien à redire là contre. Le transfert intégral du patrimoine écarte la succession ab intestat, on a bien à faire à un testament¹⁰.

Cela est si vrai que le *familiae emptor* est *loco heredis* (Gaius 2, 102; 105). Il s'ensuit qu'il gardait une part de la succession¹¹, il est inutile de supposer qu'il devait la distribuer tout entière à des tiers désignés par le défunt. Les tiers bénéficiaires sont à l'*emptor loco heredis* ce que les légataires sont à l'héritier institué : pas plus que les legs ces libéralités n'épuisent tout le contenu de la succession¹². Au point de vue du passif, l'*emptor* fait aussi figure d'héritier et sans cette fiction le règlement des dettes serait impossible. De même le *bonorum possessor* plus tard sera à son tour tenu pour *loco heredis* et à ce titre responsable du passif (Ulp. 28, 12; Gaius 3, 32; 4, 34; 35; cf. 2, 251)¹³. Mais si dans les deux cas la fiction est la même, il y a de l'un à l'autre toute la distance qui sépare le droit civil du droit prétorien.

On sait par Gaius (2, 103) qu'à l'époque médiorépublicaine le testament libral s'est transformé. Au lieu de simples instructions morales à la charge de l'acquéreur, ce qui est greffé sur l'*emptio familiae*, c'est désormais une institution d'héritier complétée éventuellement de dispositions particulières, telles que des legs ou des affranchissements. Le transfert libral qui sert de support au testament, est réduit à une simple formalité. L'*emptor* n'est plus *loco heredis*, puisqu'il y a désormais un *heres* institué; et au lieu de libéralités laissées à la discrétion d'un ami, ce sont de véritables legs qui grèvent la succession. Cependant l'*emptor* est conservé *propter veteris iuris imitationem* (Gaius 2, 103), mais il est réduit au rôle de figurant. Désormais le patrimoine passe à l'héritier institué et certains biens reviendront aux légataires. Il serait absurde que l'*emptor* fût en même temps maître de la *familia*. Aussi l'art maladroit d'une jurisprudence cauteleuse tendra à conserver ce personnage tout en privant l'*emptio* d'effet. On

tament comitial et au testament *in procinctu* ne peut être que post-décemviral dans l'esprit de l'auteur, qui n'avait pas d'information antérieure à la loi. Quand il dit : 2, 101 *testamentum autem genera initio duo fuerunt*, par *initio* il faut entendre l'époque des XII Tables; sur ce point voir Schulz, *Classical roman law* p. 241; cf. Mitteis, *R. Privatrecht* p. 82, n. 24; Wlassak, *ZS* 31, 1910, p. 217, n. 2.

¹⁰ On suppose parfois que l'*emptio* au lieu de porter sur l'ensemble du patrimoine pouvait ne porter aussi que sur des objets isolés destinés à être remis par l'*emptor* à des tiers après le décès du disposant. Cette opération fiduciaire, si elle a jamais existé, étant partielle n'était pas un testament.

¹¹ Coli, *Iura* 1956, p. 40.

¹² Perozzi, *Ist.* II, p. 475, n. 1.

¹³ Girard, *Manuel* p. 965; Lenel, *Edictum perpetuum* p. 183.

rédige une formule qui est ainsi faite qu'elle n'opère plus aucun transfert de propriété selon la lecture la plus probable du texte : *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empti* (Gaius 2, 104). La *familia* reste dans la *mandatela* du testateur, il en conserve la disposition, tandis que l'*emptor* n'acquiert qu'une prérogative apparente, la *custodela*¹⁴, qui à la manière de la *custodia* du droit classique s'exerce sur la chose d'autrui. Tout a été fait pour éviter un *meum esse aio*, l'*emptor* n'a reçu aucun droit réel, mais l'ombre d'une garde. Tout se passe, comme le dit Gaius, *dicis causa*, l'*emptio* n'est plus qu'une simple formalité. C'est ce que veut dire Ulpien (20, 2), lorsqu'il parle de *mancipatio imaginaria*. Il n'entend pas par là que l'acte est une vente fictive; il s'agit de tout autre chose que de l'*imaginaria venditio*¹⁵ qu'invoque Gaius (1, 119) à propos de la mancipation pour dire simplement que le prix est fictif, alors que le transfert de propriété a lieu. Dans l'*emptio familiae* réformée le transfert n'intervient pas, et c'est ce que signifie l'expression insolite *mancipatio imaginaria* : c'est une mancipation apparente qui ne produit aucun effet. C'est tout autre chose que la mancipation *nummo uno* de la succession dans le fideicommiss d'hérédité (Gaius 2, 252)¹⁶. Le fideicommissaire reçoit la masse successorale en pleine propriété, alors que l'*emptor familiae* dans le testament libral nouvelle manière ne reçoit rien, car sa mancipation ne comporte pas seulement un prix fictif, ce qui en soit ne nuit pas au transfert, elle est en outre un acte simulé.

Les rédacteurs de la nouvelle formule de l'*emptio familiae* n'ont pas seulement pris la peine d'en annuler l'effet en parlant de *custodela*, ils poursuivent le même but en ajoutant la clause : *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*¹⁷. Comme on l'a remarqué depuis longtemps¹⁸, il est proclamé par ces mots que l'essentiel de l'opération réside dans le testament ajouté à l'*emptio*, et que celle-ci n'a aucune importance, réduite comme elle est à l'état de simple illusion. Cette clause qui démontre l'inanité du transfert de propriété, eût été inconcevable dans la formule archaïque de l'*emptio*

¹⁴ Sur les mots *mandatela* et *custodela*, voir Weiss, ZS 42, 1921, p. 102.

¹⁵ Toutefois rien n'empêche d'appeler aussi *imaginaria venditio* l'*emptio familiae* au point de vue du prix fictif, comme c'est peut-être le cas dans D. 48, 18, 1, 6 : voir Rabel, ZS 27, 1906, p. 304.

¹⁶ Kaser, R. *Privatrecht* I, p. 762.

¹⁷ Sur cette clause voir la bibliographie citée par Kaser, *Das altröm. Ius*, p. 153, n. 27.

¹⁸ Appleton, *Testament romain* p. 123; Arangio Ruiz, *Ist.* 14 ed., 1960, p. 523.

familiae qui en réalisait un véritable¹⁹. Dans la *lex publica* à laquelle il est renvoyé, on n'a eu aucune peine à identifier les XII Tables elles-mêmes et très précisément l'adage *uti legassit*²⁰. Ainsi à l'époque médiorepublicaine les prudents qui composèrent ce texte, avaient clairement cette idée dans l'esprit que le verset decemviral avait pour fonction d'assurer la liberté de tester, sans d'ailleurs s'inquiéter des limites qui l'entouraient du temps des décemvirs. Et aucun doute n'est laissé sur la forme de l'acte défini par les XII Tables, c'est le testament comitial. Un siècle ou deux plus tard le même verset est réemployé par les prudents pour servir de base légale au nouveau mode de tester qu'ils ont imaginé, le testament libral avec institution d'héritier.

Ce remploi du verset s'accompagna d'une altération du texte par les rhéteurs, tandis que chez les juristes il restait en gros fidèle à sa rédaction initiale. La nouvelle formule de l'*emptio* parlait de *familia pecuniaque* (Gaius 2, 104), alors que le texte decemviral se bornait à mentionner la *pecunia*. Les rhéteurs assurèrent l'ajustement de la loi aux termes de l'*emptio* en introduisant l'expression *familia pecuniaque* dans la version réformée du verset : *paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto* (Cic., *inv.* 2, 50, 148; *Rhet. Her.* 1, 13, 23).

Mais le verset *uti legassit* à lui seul n'apportait pas un appui suffisant au testament libral. Il avait été conçu en vue du testament comitial et de l'immense publicité que fournissaient les curies. Or celle-ci faisait cruellement défaut au testament libral. Il se plaçait expressément sous la protection des XII Tables, mais il était dépourvu de l'assistance des comices propre au testament archaïque. Le renvoi au verset *uti legassit* ne garantissait que les dispositions du testateur, que le fond de l'acte, mais laissait en l'air la publicité qui faisait de lui à proprement parler un *testamentum*. C'est pourquoi, comme l'enseigne Cicéron (*de orat.* 1, 57, 245), le testament libral trouvait un appui supplémentaire dans l'adage decemviral (6, 1) : *uti nuncupassit, ita ius esto*, qui consacre l'acte *per aes et libram*. De la sorte la *nuncupatio* (Gaius 2, 104) du testateur prononcée devant les cinq témoins de l'*emptio familiae* était réputée disposer d'une publicité suffisante qui était celle d'un acte reconnu par la loi. En somme, pour le testament libral le verset *uti legassit* garantissait le fond, les dernières volontés, alors que le verset *uti nuncupassit* leur assurait la publicité de la mancipation, dès l'instant qu'on voyait en elles une *nuncupatio* prononcée par le disposant.

¹⁹ Sur ce point Perozzi, *Ist.* II, p. 375, n. 1.

²⁰ Lübtow, *Studi De Francisci* I, p. 489; De Zulueta, *Institutes of Gaius* p. 89.

Un acte qui repose simultanément sur deux dispositions des XII Tables est quelque chose d'insolite; ordinairement une disposition suffit. Ce cumul correspond au caractère artificiel du testament libral, qui est postérieur à la loi. Ceux qui croient à l'existence d'un *Legatentestament* contemporain des XII Tables et consacré deux fois par elles s'enferment dans l'inextricable difficulté qui fait dépendre un seul acte de deux versets décemviraux. Cela n'a pu se produire que postérieurement à la loi, comme c'est le cas du testament libral avec institution d'héritier; il est une création de la jurisprudence qui peu sûre d'elle-même a préféré invoquer la loi deux fois plutôt qu'une.

La liberté de tester était indispensable à cet acte nouveau; ses rédacteurs vont la chercher dans l'adage *uti legassit*, auquel ils renvoient dans la clause «*quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*» de la nouvelle *emptio familiae*. Grâce à ces quelques mots on sait quelle interprétation donnait de l'adage l'ancienne jurisprudence. Pour elle, il validait toutes les dispositions du testateur, l'institution d'héritier en tête. Au cours de la République cette opinion resta constante, on la retrouve chez Quintus Mucius à travers son commentateur Pomponius²¹ (5 *ad Quintum Mucium*): *dig. 50, 16, 120 verbis legis duodecim tabularum his «uti legassit suae rei, ita ius esto» latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi*. Selon un usage courant du mot il faut entendre par *videtur* un avis de la jurisprudence²²: c'est ici l'interprétation de la loi. Mais une nuance dubitative est introduite²³: est-ce le sens même de la loi? Pomponius qui dans ce livre de son commentaire traite des legs est, semble-t-il, frappé de l'écart qui sépare en son temps le sens technique du verbe *legare* (léguer) de l'institution d'héritier, de l'affranchissement, de la nomination de tuteur. Le juriste laisse entendre qu'entre le texte légal et l'interprétation il y a une dissonance²⁴. Ainsi un doute est introduit. Certes, une parfaite continuité est établie des rédacteurs de la nouvelle *emptio familiae* à Quintus Mucius dans l'interprétation du verset *uti legassit* comme charte de la liberté de tester. Mais de deux choses l'une: ou il s'agit d'un sens nouveau donné de très bonne heure à ce

²¹ Wlassak, *ZS* 28, 1907, p. 70, n. 1.

²² Voci, *Diritto ereditario romano* I, 2^e éd., p. 5.

²³ Daube, *Forms of roman legislation* 1956, p. 74.

²⁴ A propos des nominations de tuteurs, on a souvent remarqué que le *videtur* de Pomponius souligne particulièrement le caractère extensif d'une interprétation de l'adage qui dans la version abrégée présentée par le juriste ne contient aucune mention de la tutelle. Sur ce point voir: Solazzi I, p. 38; Appleton, *Testament*, p. 96 note; Wlassak, *ZS* 31, p. 204 note. Mais il ne s'ensuit pas que la version brève de l'adage sans allusion à la tutelle soit le texte décemviral lui-même; voir *infra*.

texte, ou au contraire il faut compter avec la possibilité que *legare* ait eu dans la langue archaïque un sens autrement large que «léguer», au point de pouvoir embrasser l'ensemble des dispositions testamentaires. Face à cette alternative, c'est au moins grâce à Pomponius une certitude que les XII Tables ne contenaient pas d'autre disposition pour autoriser l'institution d'héritier. Comme il est tout aussi certain qu'elles ne légitaient pas un *Legatentestament per aes et libram*, c'est le contenu mystérieux du testament comitial qui est défini par les mots *uti legassit*.

II

Si on rapproche les deux versions de l'adage, l'une brève, l'autre longue : *uti legassit suae rei, ita ius esto* ou *uti legassit super pecunia tutela suae rei, ita ius esto*, la construction de la phrase devient claire. *Suae rei* n'est pas dans la version longue un génitif dépendant de *tutela*, car les personnes en tutelle ne peuvent pas être tenues pour une chose à la manière d'un élément quelconque du patrimoine²⁵. Dans la version brève *suae rei* dépend directement de *legassit*, et il en va nécessairement de même dans la version longue. Il s'ensuit que les mots *super pecunia tutela* sont, comme on l'a souvent noté²⁶, une incise qui a pour but de préciser sur quoi porte l'acte de *legare* : il s'agit pour le testateur soit de disposer de son patrimoine (*pecunia*), soit de nommer un tuteur qui en aura la charge. *Tutela* a ici son sens technique, comme le confirment les commentateurs romains du texte (ULP. 11, 14; GAIUS, *dig.* 26, 2, 1 pr.); il ne s'agit pas d'autre chose que de la tutelle des incapables, et il ne saurait être question d'affaiblir la portée du mot en y voyant la simple garde²⁷ de la *res sua* qui apparaîtrait alors au génitif. *Suae rei* dans la version longue comme dans la version brève de l'adage est un datif qui se rattache directement à *legassit*, comme cela est aujourd'hui acquis²⁸. *Legare* est le dénominateur de *lex*, et a dans les XII Tables sa pleine valeur étymologique : *legem dicere*. Ce sens large qui commande ici le datif se distingue du sens étroit de «léguer», qui est suivi de l'accusatif²⁹. Le testateur règle par une *lex dicta* le sort global de la *pecunia* de même qu'il nomme, s'il y a lieu, un tuteur. A l'adage se rapportent aussi d'autres

²⁵ Cf. Wlassak, ZS 31, 1910, p. 204.

²⁶ Coli, *Iura* 1956, p. 35; Grosso, *Legati* p. 7; Wlassak, cit. p. 205.

²⁷ Albanese, *Annali del seminario giuridico di Palermo* 20, 1949, p. 434.

²⁸ Appleton, *Testament* p. 60; Coli, cit. p. 46; Grosso, *Legati* p. 7.

²⁹ Sur cette remarque Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff* 1941, II Beil. p. 86.

mesures : des affranchissements, comme l'indiquent Pomponius (*dig.* 50, 16, 120) et Gaius (2, 224), ainsi que des legs³⁰ (POMPON., *cit.*; ULP. 19, 17). Toutes ces dispositions, générales ou particulières, relèvent du même adage et se rejoignent dans l'acte de *legare* qui revêt plusieurs aspects. L'un d'eux, le legs proprement dit, donnera lieu à une spécialisation du mot. Mais il ne faut pas tomber dans l'erreur trop fréquente qui croit reconnaître uniquement ce sens technique dans le verset décemviral, de sorte qu'il ne légitimerait qu'un seul type de dispositions testamentaires. Par *uti legassit*, les XII Tables entendent une *lex dicta* multiforme qui les embrasse toutes, les legs comme les autres, et c'est bien ainsi que les Romains ont toujours compris ce texte. En somme le verset signifie que le testateur statue sur le sort de la *res sua* tant en ce qui concerne la destination variable des biens (*super*³¹ *pecunia*) que la nomination d'un tuteur (*tutelave*).

La *res sua* n'est pas telle ou telle chose prise individuellement, c'est le patrimoine dans son ensemble, ainsi que le montre la paraphrase de l'adage par Gaius : 2, 224 *ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur*. Ce sens de *res* est courant³². La tournure *res sua* n'est pas propre aux XII Tables, on la retrouve à propos du cens (PAUL. FEST. 51, 1 L) et sous la forme de *res mea* elle figure dans un serment (LIV. 22, 53, 11). Devant les comices, c'est sur la totalité de ses biens que le testateur se prononce. Dans sa paraphrase Gaius rend *legare* par *testari*. Le peuple ne s'est pas dérangé pour assister à la distribution de quelques biens isolés. Le testament comitial n'est pas plus que le testament libral composé de simples legs. Il n'y a à Rome de *Legatentestament* sous aucune forme. Face aux curies, *legare* désigne la *lex dicta* la plus importante qu'un citoyen puisse prononcer; par elle il investit après sa mort le nouveau maître de tout son patrimoine. Le seul moyen d'atteindre ce but, comme le rappelle Pomponius (*dig.* 50, 16, 120) est l'institution d'héritier (*Titius heres esto*) qui comme toute loi publique ou privée est rédigée à l'impératif³³. Le testateur déroge à l'ordre légitime de la succession ab intestat, il institue un autre héritier que celui que prévoit le code décemviral. La présence du peuple entier n'est pas de trop pour prendre acte d'une loi individuelle qui met en échec la loi générale. Dans le testament autour de

³⁰ En ce sens : Wlassak, *ZS* 31, p. 209; Mitteis, *R. Privatrecht* p. 82, n. 24; Grosso, *Legati* p. 12; contra Kaser, *Das altröm. Ius* p. 148.

³¹ Sur l'emploi ancien de *super* dans le sens de *de* : Leumann-Hofmann-Szantyr, *Lat. Grammatik* II (1972), p. 281.

³² Heumann-Seckel, *Lexicon v. res.* p. 511 § 2; Plaut. *Trin.* 327; Hägerström II Beil. p. 131 et 81.

³³ Sur cet emploi de l'impératif, voir ma *Loi à Rome*, 1978, chap. II, en particulier à propos des lois catonniennes et autres lois privées.

l'institution d'héritier gravitent des dispositions particulières comme des legs et des affranchissements. Les XII Tables dans un adage unique font la somme de toutes ces mesures³⁴, sans que le mot *legare* en privilégie une au détriment des autres³⁵. Ce seul mot les embrasse toutes et conformément à son étymologie définit le testament comme une loi, par laquelle le disposant substitue un héritier de son choix à l'héritier légitime.

Toutefois on a raison de penser que la liberté de tester, telle qu'elle apparaît dans les XII Tables, est loin d'être complète. Dans le droit archaïque en présence de *sui* il n'y a pas place pour l'institution d'un héritier externe qui les écarterait de la succession. Le testament n'a pas encore ce pouvoir. Et il n'est même pas d'usage d'instituer un *suus* que le disposant privilégierait par rapport au reste de sa descendance. Ce régime ne deviendra courant que plus tard³⁶. Dans le droit des XII Tables, le testament sert à instituer un héritier externe, quand il n'y a pas de *sui*. C'est dire qu'un tel testament ne saurait contenir de nomination de tuteur. Inversement face aux *sui* le testateur, s'il y a lieu, peut désigner un tuteur mais non désigner un héritier³⁷. Contrairement à ce qui se passe en droit classique, l'institution d'héritier et la nomination de tuteur sont deux choses qui s'excluent. Le testateur place à la tête de son patrimoine soit un *heres*, soit un tuteur, non les deux à la fois. Les formules *heres esto* et *tutor esto* (GAIUS 1, 149) correspondent à des situations différentes, selon que le disposant laisse ou non des *sui*, du moins incapables. Ces formules appartiennent à deux types de testament comitial. Dans un cas comme dans l'autre, il est dérogé à l'ordre légitime qui appelle un agnat soit comme héritier soit comme tuteur. La deuxième dérogation parut presque aussi grave que la première pour justifier elle aussi l'assistance des comices.

Cet état de choses a laissé des traces écrites. Au sein de l'adage *uti legassit*, l'incise *super pecunia tutelave* distingue les deux résolu-

³⁴ Les rhéteurs font aussi grands cas de l'adage *uti legassit* comme base du testament : Cic., *inv.* 2, 50, 148-149 ; *Rhet. ad Her.* 1, 13, 23.

³⁵ Sur l'idée que le testament est chose qui va de soi : Bonfante, *Scritti* I, p. 150.

³⁶ Wieacker, *Fest. Siber* p. 25 suiv. ; Kaser, *R. Privatrecht* I, p. 94 ; 104.

³⁷ Il ne paraît pas exact de supposer que dans l'ancien droit l'impubère n'a pas encore la qualité d'*heres* (Kaser I, p. 96 ; 690, n. 47). L'argument tiré de la substitution pupillaire ne porte pas. Le substitué est *heres* directement du père non parce que le fils n'a pas été *heres* lui-même, mais parce qu'il ne peut pas avoir d'héritier : du sang c'est hors de question, et testamentaire parce qu'il n'a pas la *testamenti factio* (Gaius 2, 113). L'impossibilité pour l'impubère d'avoir un héritier explique que le substitué soit tenu directement pour héritier du père.

tions que le testateur prend soit quant à son patrimoine (*pecunia*) soit quant à la tutelle des *sui*. En droit classique elles sont associées et le *ue* de l'incise est conjonctif, comme le rappelle Paul (*dig.* 50, 16, 53 pr). Mais dans l'ancien droit ce *ue* est résolument disjonctif et sépare les deux types du testament archaïque qui soit institue un héritier, soit nomme un tuteur. Et par là même est vérifié que cette incise n'est pas une addition explicative postérieure aux XII Tables, mais qu'elle appartient au texte décemviral, dont il existe aussi une version abrégée. L'incise n'a de sens que pour le testament comitial, elle n'en aurait aucun pour l'*emptio familiae* archaïque, qui en marge de la loi ne sert ni à instituer un *heres* ni à nommer un tuteur³⁸.

On possède une autre trace de la double fonction du testament comitial, c'est l'usage d'appeler *intestatus* celui qui n'a pas prévu de tuteur pour ses enfants : PAUL, *dig.* 26, 4, 6 *intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela*. Les *Institutes* de Justinien rattachent cette façon de parler aux XII Tables : 1, 15, 2 *quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam adgnatos*. . . Cet emploi du mot embarrasse Paul et Justinien, depuis longtemps il n'est plus conforme à la réalité. Son origine décemvirale en rend aisément compte : dans le droit des XII Tables on était intestat soit que l'on n'ait pas institué d'*heres*, soit que l'on n'ait pas nommé de tuteur. Il y avait deux manières d'être intestat, parce qu'il y avait deux types de testament. Et sans avoir une pleine perception du problème, ont vu juste ceux qui ont imaginé en tête du verset décemviral sur la tutelle légitime la condition : *si intestato moritur parens*. . .³⁹ Ce sont les termes mêmes que reflète le commentaire de Paul et de Justinien.

On sait enfin que les XII Tables placent en tête la succession testamentaire et ensuite la succession ab intestat (*dig.* 38, 6, 1 pr.). Cette priorité est à première vue peu conciliable avec la situation inexpugnable des *sui*. Mais elle est conforme au double régime du testament. Dès l'instant qu'on teste soit en l'absence soit en présence de *sui*, dans le premier cas pour instituer un héritier, dans le second pour nommer un tuteur, le testament est une chose usuelle à laquelle le citoyen sera appelé à recourir dans la majorité des cas. Et on comprend que la loi lui ait donné la première place.

L'institution d'héritier du testament comitial ne doit pas être assimilée à une adoption testamentaire. L'institué ne devient pas *suus*. On ne conçoit pas une formule : *suus heres esto*. L'institué ne passe pas d'une famille dans une autre. Il n'y a pas rupture de ses liens d'agnation. Il n'y a pas substitution d'un culte familial à un autre. Pas trace

³⁸ Pour une appréciation différente de la tutelle testamentaire à l'origine, voir Kaser, *R. Privatrecht* I, p. 89.

³⁹ Voir Solazzi I, p. 126 suiv.; dans un autre sens Voci I, p. 69 suiv.

de *detestatio sacrorum*⁴⁰. Si l'institué devenait *suus* à la mort du testateur, l'adage décemviral sur la succession ab intestat serait rédigé avec maladresse : 5, 4 *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeo*. La mention *intestato* serait inutile, car l'institué serait inclus dans l'incise : *cui suus heres nec escit*⁴¹.

Au contraire, tout est simple si l'on se borne à voir dans l'institué un *heres* et non un *suus*. Il est assimilé à un héritier ab intestat par la formule : *heres esto*. C'est une fiction. La succession testamentaire prend modèle sur la succession ab intestat. En l'absence de *sui*, un héritier externe est artificiellement créé à l'imitation de la vocation successorale des agnats. A y regarder de près, cette fiction est exprimée dans l'adage : *uti legassit. . . suae rei, ita ius esto*. L'articulation de la phrase en *uti. . . ita. . .* formule une comparaison. Tout se passe comme si la *lex dicta* du testament avait correspondu à une situation juridique (*ius*) préétablie⁴². Autrement dit l'héritier institué par le testament comitial est réputé avoir toujours été héritier ab intestat, et le tuteur testamentaire est réputé avoir été tuteur légitime. Un autre adage des XII Tables, également célèbre et pareillement construit, exprime de même une fiction : 6, 1 *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*. Comme le rappelle Festus (176 L), la *nuncupatio* porte sur une somme d'argent, *nuncupata pecunia*. Cette somme est dite avoir été versée, mais ne l'a pas été, elle a été simplement *nuncupata*. La formule de l'acte a pour but d'établir la fiction du versement, pour que le *nexum* puisse servir par le travail du débiteur au remboursement d'une dette antérieure qui passe pour naître à l'instant. C'est là un emploi dérivé du *nexum* qui a retenu l'attention des décemvirs; ils ont omis le *nexum*-prêt qui allait de soi. Les deux adages par la même finale *ita ius esto*, précédée chaque fois d'*uti*, assimilent à une situation de droit typique (*ius*) une autre qui la prend pour modèle, soit que l'héritier testamentaire fasse figure d'héritier ab intestat, soit que la simulation du *nexum* soit prise pour

⁴⁰ Sur l'absence de *detestatio sacrorum* : Appleton, *Testament* p. 62; Karlowa, *R. Rechtsgeschichte* II, p. 97 suiv.; Leifer, *Fest. Koschaker* II, p. 244, n. 61; cf. Daverio, *SDHI* 1979, p. 535. Aulu-Gelle (15, 27, 3) associe le testament et la *detestatio sacrorum* simplement parce que ces deux actes ont lieu devant les curies. Servius Sulpicius (Gell. 7, 12, 1) parle de testament dans son traité *De sacris detestandis* pour la même raison.

⁴¹ Voir Franciosi, *Labeo* 1964, p. 355; cf. Kaser, *R. Privatrecht* I, p. 102.

⁴² Il n'y a pas trace d'intervention de l'institué au moment de la confection du testament comitial (Appleton p. 64), mais il est probable qu'il donne alors son assentiment (Voci I, p. 20), car après la *lex dicta* prononcée devant les curies il est désormais *heres*, et une acceptation à l'ouverture de la succession n'aurait plus d'objet.

argent comptant; dans les deux cas la loi recourt à la même formulation.

La fiction introduite par le testament comitial se passe du vote des curies, il suffit qu'elles prêtent leur assistance. Les comices calates sous la présidence des pontifes ne sont pas une assemblée délibérante⁴³. C'est ce que l'on peut vérifier avec précision pour le testament grâce au calendrier. Les deux jours par an où l'on peut tester se laissent identifier sans peine avec les deux jours, 24 mars et 24 mai, marqués du sigle QRCF, qui signifie *quando rex comitiavit fas*⁴⁴. Quand est terminé l'acte de *comitiare*, autrefois accompli par le *rex sacrorum*, ensuite par les pontifes, alors la partie *faste* du jour commence. Par *comitiare* il faut entendre la présidence de l'assemblée; c'est dire que les comices calates ont été tenus pendant la partie *néfaste* de ces *dies fissi*. De même aux *nones*, qui sont tantôt *fastes* tantôt *néfastes*, a lieu régulièrement l'assemblée calate devant laquelle sont annoncées les fêtes du mois. Ainsi il n'y a aucune incompatibilité entre temps *néfaste* et comices calates parce qu'ils ne sont pas délibérants. Ce sont les assemblées délibérantes qui sont alors impossibles. Il est clair que le testament comitial proclamé pendant la partie *néfaste* des deux seuls jours où il est autorisé, n'est pas voté⁴⁵.

Il n'en n'est pas moins une loi, c'est une *lex dicta*⁴⁶, et comme toute loi il est rédigé à l'impératif dans chacune de ses clauses, l'institution d'héritier : *heres esto*; la nomination de tuteur : *tutor esto* (Gaius 1, 149); le legs : *capito, sumito, sibi habeto* (Gaius 2, 193); l'affranchissement : *liber esto* (GAIUS 2, 185; 2, 267; ULP. 2, 7). L'impératif est une marque d'archaïsme. *Iubeo* lui a été parfois substitué : *Titium heredem esse iubeo*, mais c'est une formule plus récente comme le note Gaius (2, 117 *iam conprobata*)⁴⁷. On trouve aussi *liberum esse iubeo* (Gaius 2, 267). Il est douteux que ces emplois de *iubeo*⁴⁸, courants dans le testament libral, remontent au testament comitial. Même doute pour l'usage qui est fait de *do* dans la nomination de tuteur : *tuto-*

⁴³ Les comices de l'adrogation qui est votée ne sont pas dits calates : voir ma *Loi à Rome* p. 83.

⁴⁴ Magdelain *RHD* 58, p. 5 suiv.

⁴⁵ Sur la mention *in populi contione* (Gell. 15, 27, 3) à propos des comices calates voir ma *Loi à Rome* p. 83, n. 131 : cette mention confirme le caractère non délibérant de l'assemblée.

⁴⁶ Il n'est pas certain que l'expression tardive *testamento legem dicere* (dig. 28, 1, 14; dig. 30, 114, 14) ait un passé républicain : voir ma *Loi à Rome* p. 51.

⁴⁷ Voir Solazzi I, p. 13, n. 1.

⁴⁸ *Iubeo* se trouve aussi dans une variante du legs *per damnationem* : *heredem meum dare iubeo* (Ulp. 24, 4), mais ce legs ne concerne pas le testament comitial; sur son origine et sa date voir : Wlassak, *ZS* 31, 1910, p. 202, 213; Coli, *Iura* 1956, p. 89; cf. Grosso, *Legati* p. 15.

rem do (GAIUS 1, 149) et dans le legs *per vindicationem* : *do lego*. Cette dernière formule ne paraît pas archaïque, car *lego* commande ici l'accusatif (GAIUS 2, 193), alors que dans les XII Tables il se construit avec le datif (*uti legassit. . . suae rei*). Cette divergence grammaticale correspond à deux sens du verbe, l'un large *legem dicere*, l'autre étroit « léguer » ; le premier est archaïque, le second plus récent.

Dans la *nuncupatio* du testament libral : *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* (GAIUS 2, 104), c'est une erreur d'identifier à travers *ita do ita lego* le legs *per vindicationem* qui serait indûment entrecoupé par *ita* ; par ces mots il est renvoyé non à quelques dispositions particulières comme les legs ou les nominations de tuteur (*tutorem do*), mais au testament dans son entier et d'abord à l'institution d'héritier. *Lego* a conservé son sens archaïque et désigne la *lex dicta* du testament, elle est le moyen par lequel le testateur dispose de son patrimoine : *do*. Chacun de ces deux mots a une portée générale. Dans une formule synthétique, le testateur proclame qu'il règle pour après sa mort le sort de ses biens et fait connaître l'instrument juridique de cette liquidation. Quand il dit *ita lego*, il ne fait que mettre en œuvre la faculté que lui reconnaît le verset *uti legassit*. C'est pourquoi il y a lieu de penser que cette formule a été transférée du testament comitial au testament libral, comme y invite le mot *Quirites* qui a plus sa place devant les comices que devant les cinq témoins de la mancipation. S'il en est bien ainsi, comme on l'admettait autrefois, cette déclaration commença par être devant les curies la conclusion du testament (non encore écrit), elle se bornait à prendre le peuple à témoin (*ita testor*) d'une loi qui une fois récitée n'avait pas à être votée⁴⁹.

Les XII Tables disent deux fois que le testament porte sur l'ensemble du patrimoine. Elles le font dans le verset *uti legassit* et dans le verset *si intestato*. Le premier organise la dévolution testamentaire de la *res sua*, le second la dévolution ab intestat de la *familia*. Ces termes ont interchangeablement et concourent avec *pecunia* à désigner le patrimoine ou la succession⁵⁰. Quant les XII Tables disent : 5, 4 *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*, c'est le testament comitial qui est visé comme dans le verset *uti legassit*. Le verset *si intestato* met en balance l'héritier testamentaire avec les héritiers ab intestat. Cet équilibre serait rompu, s'il s'agissait d'un *Legatentestament* sans institution d'héritier. L'héritier testamentaire est, en l'absence de *sui*, *heres*, mais non *suius heres*, si bien

⁴⁹ Sur cette *nuncupatio* voir Hägerström II Beil. p. 90. Dans d'autres sens : Wlassak, ZS 31, 1910, p. 206 ; Kaser, *Das altröm. Ius.* p. 153 ; R. *Privatrecht* I, p. 108, n. 29 ; Coli, *Iura* 1956, p. 87.

⁵⁰ Sur *familia* et *pecunia*, Kaser, *Das altröm. Ius.* p. 172.

qu'il n'y a pas lieu de se demander s'il ne serait pas sous-entendu dans l'incise : *cui suus heres nec escit*⁵¹. La rédaction du verset est impeccable et ne dit pas deux fois la même chose. Conçu en vue du testament comitial, il s'est étendu sans peine à l'*emptio familiae* archaïque qui mérite le nom de *testamentum* (GAIUS, 2, 102) et assure le transfert de tout le patrimoine, de sorte que la succession ab intestat est écartée au profit de l'*emptor* qui est *loco heredis*.

Les deux versets *uti legassit* et *si intestato* opposent deux types de dévolution successorale, testamentaire et ab intestat, qui s'excluent mutuellement, parce que chacun porte sur la totalité du patrimoine. Le précepte : *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* n'est qu'un corollaire de ces deux versets⁵². Ils reflètent tous deux une conception purement patrimoniale de la succession, dite *res sua* par l'un, *familia* par l'autre. D'emblée la langue des XII Tables donne de ce qu'on appellera plus tard l'*hereditas*, l'image d'une masse de biens corporels. La science contemporaine⁵³ est arrivée par d'autres voies à ce résultat. Il reste à voir si le mot *heres* va dans le même sens.

III

On ne sait pas au juste si dans l'expression *suus heres* il faut entendre *suus* comme un simple adjectif ou comme un adjectif pris substantivement. Dans le premier cas on a affaire à un *heres* qui est *suus* et dans le second à un *suus* qui est *heres*⁵⁴ : dans cette dernière traduction *heres* a valeur d'attribut. C'est l'explication la plus probable, mais d'une hypothèse à l'autre il s'agit toujours d'une personne en puissance qui devient *sui iuris* à la mort du *paterfamilias*.

Ce qu'enseigne dans les XII Tables (5, 4) la présence du *suus heres*, c'est qu'il existe aussi un *heres* qui n'est pas *suus*⁵⁵. Tel est l'agnat qui recueille la succession, tel est aussi l'héritier institué. La loi n'a pas pris la peine de leur donner le nom d'*heres*, mais il ne faut

⁵¹ Cf. Kaser, *R. Privatrecht* I, p. 102.

⁵² Ces deux versets vont à l'encontre de l'hypothèse d'un *Legatentestament* ne portant que sur une partie des biens : sur ce thème Kaser, *R. Privatrecht* I, p. 107 ; cf. Schmidlin, *BIDR* 1975, p. 80.

⁵³ Voir en particulier Albanese, cit. p. 352 ; Biondi, *Iura* I, 1950, p. 150 suiv. ; 171 suiv. ; cf. Kaser, *R. Privatrecht* I, p. 98, n. 23.

⁵⁴ Karlowa II, p. 880 ; Scialoja, *Diritto ereditario* 1934, p. 26 ; Kirk, *ZS* 58, 1938, p. 161 suiv.

⁵⁵ Lenel, *Labeo* 1966, p. 360 (réimpression).

pas en conclure qu'elle le leur refuse⁵⁶. C'est une qualification allant de soi, qu'il n'y avait pas opportunité à rappeler⁵⁷. Il était beaucoup plus expédient de dire : *adgnatus proximus familiam habeto*; par ces mots la loi fait dépendre l'acquisition de la succession d'un acte d'appréhension⁵⁸ comparable à celui du légataire *per vindicationem* sur l'objet légué⁵⁹. Selon son laconisme habituel, la loi ne mentionne que ce qui en vaut la peine.

Les linguistes⁶⁰ sont d'accord pour rapprocher *heres* du grec *κληροστής*, pl.-αί. Il s'agit en Grèce des collatéraux qui recueillent la succession de celui qui est mort sans descendance directe. Ils reçoivent un bien devenu « vacant » : *κληρος*, vide. Il y a parfaite correspondance avec l'*heres extraneus* qui en l'absence de *sui*, pour acquérir la succession désormais sans maître, fait un acte d'appréhension. La situation est tout autre pour le *suus heres*; il hérite de plein droit, il n'a pas de geste d'appréhension à faire. Du vivant du père il a un droit latent sur ses biens, de telle sorte qu'en aucune manière au moment de la succession on ne peut parler de biens à l'abandon. La conclusion s'impose d'elle-même : autant l'étymologie d'*heres* s'accorde bien avec le statut de l'héritier externe, autant elle se trouve en contradiction avec celui du *suus*.

L'agnat qui hérite ab intestat et l'héritier institué en l'absence de *sui* se trouvent en tant qu'*heredes extranei* dans une situation comparable à celle des *κληροστάι* : à Rome comme en Grèce il s'agit de recueillir des biens dont le maître est mort sans descendance. Conformément à la racine commune, ce sont des biens en état de délaissement. D'un droit à l'autre il y a concordance entre les deux mots. L'héritier externe est un successeur aux biens, sur ce point le droit et l'histoire du mot vont de pair. Comme héritier testamentaire il reçoit

⁵⁶ Sur la question Kaser, *R. Privatrecht* I, p. 103, n. 22.

⁵⁷ Lübtow, *Studi De Francisci* I, p. 418; 422.

⁵⁸ Lenel, *op. cit.*, p. 360; Coli, *Iura* 1956, p. 74 suiv.

⁵⁹ Wlassak, *ZS* 31, p. 309, n. 2; Lübtow, *op. cit.* p. 395 suiv.; Kaser, *R. Privatrecht* I, p. 110, n. 13.

⁶⁰ Boisacq, *Dict. étym. de la langue grecque* p. 1059; Frisk, *Griech. etym. Wörterbuch* II, p. 1096; Chantraine, *Dict. étymol. de la langue grecque* IV, 2, p. 1258; Walde-Hoffmann, *Lat. etym. Wörterbuch*, 3^e éd., I, p. 641 suiv.; Ernout-Meillet, *Dict. étym. de la langue latine*, 4^e éd., p. 292; Benvéniste, *Le vocabulaire des Institutions indo-européennes*, 1969, I, p. 83 suiv.; Devoto, *Atti del congresso int. di Diritto Romano*, Roma 1934, I, p. 32. Il convient de consulter aussi Kamps, *AHDO* 3, 1947, p. 250 (contre *κληρος* entendu comme orphelin), p. 268 suiv.; Heubeck, *Gymnasium* 1971, p. 102 (résumé de Tsitsiklis dans *Mnemosinon* Bizoukidou 1960, 149-172).

Sur le nom. pl. *eredes* (= lat. *heredes*) de l'inscription de Centuripae en Sicile Vetter, n. 514, voir Altheim, *Geschichte der lat. Sprache* p. 24; Pulgram, *Italic, Latin, Italian*, 1978, p. 72.

selon la langue des XII Tables (5, 3) la *res sua*, comme héritier ab intestat il reçoit la *familia* (5, 4). Dans les deux cas c'est une masse de biens corporels : tel est le contenu du mot *heres*. L'*extraneus* ne recueille pas les éléments extrapatrimoniaux laissés par le défunt : ni les droits de patronat, ni le sépulcre de famille⁶¹. Il a fallu une intervention expresse des pontifes⁶² sous forme de décrets pour lui imposer la charge des *sacra*⁶³.

Le *suus*, au contraire, reçoit cumulativement les biens et les valeurs et charges extrapatrimoniales du *paterfamilias*. Mais en tant que *heres* il n'est que successeur aux biens comme l'*extraneus*. La succession civile est purement patrimoniale, et reste séparée de la dévolution sacrale⁶⁴ du culte et du tombeau, alors que les droits de patronat suivent leur propre cours⁶⁵. Ce partage⁶⁶ entre les biens et les valeurs spirituelles est déjà un point acquis dans les XII Tables (5, 4), qui reconnaissent au *suus* la qualité d'*heres*. On a scindé les différents types de dévolution pour isoler l'*hereditas*. La succession civile a acquis son autonomie sous la forme d'une masse de biens corporels sans immixtion sacrale.

Le *suus* et l'*extraneus* ont en commun de recueillir les biens du défunt, mais ils le font différemment. Alors que le *suus* est saisi de plein droit, sans que la succession soit restée un instant sans maître, au contraire elle est «jacente», tant que l'*extraneus* ne l'a pas acquise. Ces deux situations sont profondément différentes, et de l'une à l'autre le mot *heres* n'a pas la même portée. La «jacence»

⁶¹ Les droits de patronat ne passent pas à l'*extraneus* : Rabel, *ZS* 1930, p. 312; Kaser, *R. Privatrecht* I, p. 119. Les étrangers sont tenus à l'écart du tombeau gentilice (Cic., *leg.* 2, 22, 55). Pour le *sepulchrum* familial qui en est la suite, l'exclusion de l'héritier externe s'exprime par la clause épigraphique : *hoc monumentum heredem exterum non sequitur* : voir Bonfante, *Corso* VI, 2^e éd., p. 139 suiv.; Biondi, *Diritto ereditario* p. 90; Kaser, *ZS* 1978, p. 42.

⁶² Cic., *leg.* 2, 19, 48; 2, 20, 49; Kaser, *RIDA* 1952, p. 525; Rabel, *ZS* 1930, p. 315. Quand les décrets pontificaux parlent de l'*heres* en général, cela vise tout *heres* : *suus* ou externe (Lübtow, *Studi De Francisci* I, p. 476), mais pour le *suus* c'est une évidence; cf. Solazzi I, p. 110. L'expression *heres sacrorum* (Liv. 45, 40, 7; Cic., *dom.* 13, 35; Fest. 370, 18 L) est purement littéraire, elle donne à *heres* un sens dérivé, non conforme à sa valeur juridique fondamentale : voir Biondi, *Diritto ereditario*, p. 69; *Iura* I, p. 160.

⁶³ On ignore si pour l'*extraneus* institué dans le testament comitial en l'absence de *sui*, par une clause spéciale le testateur lui imposait la charge des *sacra* (Rabel, *ZS* 1930, p. 315; Solazzi I, p. 122) ou si les décrets pontificaux suffisaient.

⁶⁴ Biondi, *Diritto ereditario*, 1954, p. 67 suiv.; Kaser, *R. Privatrecht* I, p. 674.

⁶⁵ Sur la distinction entre *hereditas* et *iura libertorum*, voir dig. 48, 22, 3; dig. 38, 1, 4; cf. Bonfante, *Corso* 2^e éd., VI, p. 143, 145; Albanese, *op. cit.*, p. 464.

⁶⁶ Wieacker, *Societas* p. 180 suiv.; Fest. *Siber*, p. 6.

romaine de l'hérédité face à l'*extraneus* est proche de la «vacance» des biens dont prennent possession les *χρηωσταί*. Le mot *heres* a alors son sens premier. Au contraire, l'hérédité passe sans hiatus du père au fils, et le *suus* n'est *heres* qu'en ôtant au mot sa valeur étymologique. La conclusion est évidente : c'est un emploi dérivé du mot. Il faut se débarrasser du préjugé coûteux qui voit dans le *suus* l'*heres*-type, alors que l'*extraneus* par un processus analogique n'en serait que le reflet. C'est tout le contraire qui s'est produit. L'*extraneus* a commencé par être l'*heres* par excellence, et il faut compter avec un temps où le *suus* ne l'était pas encore. Comme l'écrit Benveniste : «En indo-européen, le fils n'était pas désigné comme héritier; n'étaient dits héritiers que ceux qui héritaient à défaut du fils; c'était le cas des *χρηωσταί*, des collatéraux qui se partagent un bien tombé en déshérence» (*Le vocabulaire des institutions indo-européennes* I, p. 84).

Il reste à comprendre pourquoi le *suus* est devenu *heres* à son tour à l'image de l'*extraneus*. En la personne de l'héritier externe, s'était fait jour l'idée de succession aux biens sans le mélange d'autres éléments. Le droit civil a transféré très tôt ce concept simplificateur sur la personne du *suus* et séparé pour lui l'*hereditas* des valeurs extrapatrimoniales. A cette condition il a pu être appelé *heres* lui aussi, on a forgé l'expression *suus heres*, et le droit successoral s'est trouvé unifié, puisque les *sui* et les *extranei* sont également héritiers. Ce sont ces derniers qui ont servi de modèle; de la sorte s'est imposé pour tous le même concept de succession civile réduite au patrimoine du défunt. C'était un progrès vers la laïcité. Les valeurs sacrales et le patronat étaient tenus à l'écart avec leurs règles propres de dévolution, même si le destinataire pouvait être souvent le même.

En s'introduisant dans la famille, l'idée de succession aux biens dérangeait des idées reçues, et on a gardé l'écho d'un conflit qui l'opposa longtemps au principe de communauté familiale unissant le père et les fils. Dans la conception archaïque, dont les juristes classiques ont gardé le souvenir (GAIUS 1, 157), les *sui* sont *quodam modo domini* du patrimoine familial, du vivant du père il sont un droit latent, si bien qu'à son décès il y a simplement une *continuatio domini* (Paul, *dig.* 28, 2, 11)⁶⁷. Paul va même jusqu'à dire que tout se passe comme s'il n'y avait pas alors d'*hereditas* : *ut nulla videatur hereditas fuisse*. L'idée de succession va à l'encontre de celle de communauté et fait presque figure d'intruse. A la limite on pourrait se passer d'elle, comme le suggère Paul, et la copropriété

⁶⁷ Rabel, *ZS* 1930, p. 326 suiv.; Lübtow, *Studi De Francisci* I, p. 428 suiv.; Kaser, *Iura* I, p. 456.

familiale pourrait à elle seule suffire à rendre compte des droits des *sui* à la mort du *paterfamilias*. Ce conflit doctrinal est très ancien et on peut s'étonner de le trouver dans l'œuvre d'un jurisconsulte classique. En réalité, Paul avait comme modèle le *consortium* entre *sui*, qui prolonge la communauté familiale, comme si aucune succession ne s'était ouverte.

NOTE SUR LA «PURGATIO MORAE»

Que se passe-t-il, quand le débiteur en demeure fait une offre tardive que rejette le créancier? Sans prétendre épuiser ce thème, surchargé de difficultés, nous croyons pouvoir, tout au moins, le simplifier à l'aide de quelques remarques que nous prenons la liberté de présenter en hommage à M. Henri Lévy-Bruhl.

L'offre tardive met fin à la *mora debitoris*. Elle la purge¹. Si à cet instant le créancier fait échouer l'offre, c'est lui-même qui à son tour tombe en demeure². Dès lors, selon le régime de la *mora accipiendi*, quand l'objet vient ensuite à périr sans dol du débiteur, celui-ci est libéré: de plein droit, s'il s'agit d'un corps certain; par voie d'exception, si on a affaire à une somme d'argent ou à une chose de genre. Ces solutions qui sont conformes à l'esprit général de la théorie classique de la demeure, sont garanties par des témoignages dignes de foi³. Cependant, en face d'eux, d'autres traitent le problème différemment. D'après ces derniers, quand le créancier repousse une offre tardive, le débiteur est protégé par une exception, sans qu'il y ait lieu de se demander si la prestation reste possible ou non⁴. Le

¹ D. 45, 1, 91, 3 (texte qui, dans la forme, est une réécriture maladroite).

² Siber, R.R., p. 255; Kaser, *Privatrecht*, I, p. 431; Rabel, *Grundz*², p. 140. V.D. 45, 1, 91, 3; D. 18, 6, 18 (texte qui a souffert dans la forme).

³ D. 13, 1, 8 pr (texte relatif à la *condictio furtiva*: hypothèse dans laquelle le débiteur est d'emblée en demeure); D. 24, 3, 26 (en ce qui concerne la libération de plein droit du débiteur, en cas de perte accidentelle d'un corps certain, après la *purgatio morae*); D. 46, 3, 72 pr (à propos de l'exception protégeant le débiteur, quand une somme d'argent périt après la *mora creditoris*; question élucidée dans la première phrase; sur les remaniements contenus dans les phrases suivantes de ce *principium*, v. Siber, R.R. p. 259; dans la première, *sine culpa sua* est une adjonction postclassique. Cf. Kreller, *Jura*, VIII, 1957, p. 121 et s.

⁴ Dans notre étude, nous laissons de côté les textes, notoirement interpolés, d'après lesquels la *mora creditoris* libère à elle seule le débiteur de plein droit sans que l'exécution soit devenue impossible: sur la question, Guarneri-Citati, *Contributi alla dottrina della mora*, 1923, p. 3 et s. (*estr. dal vol. XI degli Annali del Seminario Giuridico della Univ. di Palermo*). Sur ce point nous adhérons, comme on le fait habituellement à la démonstration de cet auteur, mais non à toutes les autres propositions qu'il présente.

seul refus, opposé sans motif valable⁵ par le créancier à l'offre tardive, suffit à libérer le débiteur par voie d'exception, même si celui-ci est encore en mesure d'exécuter. Entre les deux séries de textes la contradiction est certaine. Deux solutions s'affrontent. D'après l'une, l'offre tardive opère automatiquement la *purgatio morae* et le refus du créancier substitue à la *mora debitoris* la *mora accipiendi*. La libération du débiteur, qu'elle intervienne de plein droit ou par voie d'exception, ne dépend dans ce premier système, que de l'impossibilité d'exécuter consécutive à la *mora accipiendi*, mais non de celle-ci même. Au contraire, d'après l'autre solution, l'offre tardive ne produit pas de *purgatio morae*, aucun automatisme n'a lieu; mais, en cas de refus injustifié du créancier, le débiteur est libéré grâce à une exception, même si l'exécution reste possible. Nous ne croyons pas qu'il faille choisir l'une de ces solutions pour éliminer l'autre. Leur coexistence peut s'expliquer. La première représente le droit commun, la seconde un droit d'exception.

Quant à ce dernier, le témoignage le plus clair a trait au constitut. Le *dies constituti* n'est pas un terme ordinaire, c'est un *dies intra quem* à l'expiration duquel le créancier est libre, en principe, de refuser toute offre⁶. L'exécution doit avoir lieu, à la dernière limite, à la date fixée. En outre, le constitut met la force majeure à la charge du débiteur, de sorte que sa responsabilité pour retard est absolue⁷. Une responsabilité absolue pour retard, voilà un régime totalement étranger à la théorie générale de la *mora*. Cette extrême rigueur ne manqua pas d'appeler un tempérament, dont fait état un texte de Paul. Quand le rejet de l'offre *post diem* est injustifié, le prêteur vient

Notons, cependant, qu'il y a des cas particuliers où le refus du créancier libère de plein droit le débiteur : le constitut (D. 13, 5, 16, 2; D. 13, 5, 18 pr.; cette particularité est prévue dans la formule elle-même); la stipulation de peine (D. 4, 8, 23, 3; l'exception de dol est employée quand, au lieu d'un refus du créancier, ce dernier a fait échouer l'offre de façon plus ou moins détournée : D. 19, 2, 54, 1; D. 2, 10, 1, 3; D. 45, 1, 122, 3). Ajoutons qu'il y a lieu de se demander, à notre avis, si après une offre, présentée au lieu prévu pour le paiement, l'action *de eo quod certo loco* n'échoue pas d'office (D. 13, 4, 4, 1; C. 8, 42, 9; sur ce dernier texte, cf. Bove, *Labeo*, 1955, p. 176).

⁵ D. 13, 5, 17. Texte à rapprocher de D. 46, 3, 72 pr., malgré la différence des solutions quant aux effets de la *mora accipiendi*.

⁶ D. 13, 5, 16, 4. Sur la question, Astuti, *Promessa di pagamento*, II (1941), p. 26 et s.

⁷ D. 13, 5, 16, 3. La finale «*sed magis dicendum est subveniri reo debere*» annule le sens du texte. Elle est une interpolation reconnue depuis longtemps. Sur le principe de la responsabilité absolue pour retard, en matière de constitut, qu'il nous soit permis, étant donné que ce principe a été curieusement négligé, de renvoyer à notre : *Consensualisme dans l'édit du prêteur*, p. 126 suiv.

au secours du débiteur, à l'aide d'une exception⁸. Cette protection, qui est indifférente à la perte ou à la conservation de l'objet destiné au paiement, ne saurait être rattachée au droit commun. Elle en est tout aussi indépendante que la responsabilité absolue pour retard, qu'elle est chargée d'atténuer.

En matière de stipulation de peine, le retard donne également lieu à un droit d'exception. Dès que la *poena* est *commissa*, elle le reste malgré une exécution tardive : *semel commissa poena non evanescit*⁹. Quand la prestation n'a pas été fournie en temps utile, désormais la *poena* est due et le créancier a la pleine faculté de refuser toute offre, qui lui est alors faite, sans tomber sous le coup de la *mora accipiendi*. Il est donc décisif de savoir à quel moment la *poena* est *commissa*. Si aucun terme n'a été prévu, la question fait l'objet de controverses entre classiques¹⁰. Mais, quand la stipulation de peine contient un terme, aucune difficulté ne se pose. Une fois qu'il a expiré, l'exécution n'est plus de plein droit libératoire¹¹. D'autre part, toutes les causes de retard, même si elles résultent de la force majeure, pèsent sur le débiteur. Comme le constitut, la stipulation de peine crée une responsabilité absolue pour retard¹². Un système aussi sévère fut partiellement adouci. Quand le créancier accepte une exécution tardive, il serait abusif qu'il en cumulât le bénéfice avec celui de la *poena*. S'il réclame cette dernière, une exception paralyse sa demande¹³. Cette exception apporte un palliatif à la responsabilité absolue pour retard¹⁴. L'une et l'autre dérogent au droit commun, elles forment un complexe qui n'obéit en rien aux règles de la *mora*.

⁸ Paul D. 13, 5, 17. L'interpolation [*aut justa interpretatione*] rend le texte incohérent. En droit classique, la protection du débiteur ne s'est pas effectuée à la fois de plein droit et par voie d'exception. Au Bas-Empire la confusion de ces deux notions est constante. Sur cette interpolation, v. Astuti, *loc. cit.*, p. 28 et s.

⁹ D. 4, 8, 23 pr. Sur cette règle, Guarneri-Citati, B.I.D.R., 1922, p. 241 et s.

¹⁰ D. 45, 1, 115, 2.

¹¹ D. 4, 8, 23 pr.; D. 45, 1, 113 pr.

¹² D. 4, 8, 21, 9 (texte qui pose clairement le principe de la responsabilité absolue pour retard, mais qui dans un cas particulier prévoit un remède contre lui). Remarquons que la responsabilité absolue pour retard n'est qu'un aspect de la responsabilité absolue que fait naître la stipulation de peine (p. ex. D. 45, 1, 8).

¹³ D. 4, 8, 23 pr. Des textes raccourcis ou remaniés admettent la libération de plein droit en cas d'exécution tardive (D. 4, 8, 21, 12; D. 4, 8, 52). Cf. *Index*.

¹⁴ Quelques textes donnent l'impression qu'un effort fut accompli pour écarter de plein droit la responsabilité absolue pour retard et appliquer à la stipulation de peine le droit commun de la *mora*. Mais l'opinion prêtée à cet égard à Sabinus dans D. 45, 1, 115, 2 (et *tamdiu... daret*) est une incise postclassique, car ce jurisconsulte affirme ailleurs le principe de la responsabilité absolue (D. 45, 1, 8). Dans D. 4, 8, 40, le rejet de la responsabilité absolue pour retard est présenté comme

Le régime de la stipulation de peine ne coïncide pas avec celui du constitut. Dans la stipulation de peine, une exception est accordée au promettant qui a exécuté tardivement. Dans le constitut, le débiteur est plus favorisé. Une exception le libère, sans qu'il ait exécuté, à la seule condition que son offre tardive se soit heurtée à un refus immotivé. Un texte de Gaius soulève un doute et peut donner l'impression que le régime de faveur du constitut s'est appliqué aussi à la stipulation de peine : Gaius 29, ed. prov., D. 2, 11, 8. *Et si post tres aut quinque pluresve dies, quam [judicio] sisti se reus promisit, secum agendi potestatem fecerit nec actoris jus ex mora deterius factum sit, consequens est dici defendi eum debere per exceptionem*. D'après ce texte, en matière de *vadimonium*¹⁵, le défendeur qui a comparu avec un léger retard s'abrite derrière une exception, s'il n'a pas nui aux intérêts de l'adversaire. Le défendeur échappe ainsi à la *poena*, qu'il avait promise au cas où il ne comparaitrait pas à la date prévue¹⁶. En réalité, dans ce passage il ne s'agit pas d'offre tardive, mais d'exécution tardive. Le défendeur, non seulement a comparu, mais n'a pas porté atteinte aux intérêts de la demande. Ce texte n'est pas de ceux qui libèrent le débiteur par une exception, pour la seule raison que son offre n'a pas été acceptée. A propos du *vadimonium*, il rappelle simplement un principe propre à la stipulation de peine. Ce passage de Gaius doit être rangé parmi les textes qui font échec à la *poena* à l'aide d'une exception, quand l'exécution intervient en retard. Comme eux, il sort du droit commun. Il en sortirait, d'ailleurs, tout autant, s'il ne traitait que de l'offre tardive, comme on l'a cru¹⁷. Il apporterait alors, au profit de la stipulation de peine, le même correctif à la responsabilité absolue pour retard, qui caractérise le constitut. A supposer que Gaius ait traité d'offre tardive et non d'exécution tardive, l'ex-

tout à fait exceptionnel et propre au cas particulier visé par le texte, sans qu'il y ait matière à généraliser. Dans Afr. D. 44, 7, 23, le rejet de la responsabilité absolue sous toutes ses formes paraît général, si le texte est pur, mais la règle «*semel commissa poena non evanescit*» est maintenue. Plusieurs textes gravement suspects ne sauraient être utilisés quant à ce problème (D. 4, 8, 52; D. 4, 8, 21, 12; D. 12, 1, 40; cf. *Index*). Ce qui est certain, c'est que la tendance à écarter la responsabilité absolue et faire prévaloir les règles courantes de la *mora*, en matière de stipulation de peine, ne prévalut pas en droit classique, (D. 4, 8, 21, 9; D. 4, 8, 23; D. 45, 1, 77). Cf. Kaser, RE, s. v. *Mora* c. 272.

¹⁵ Gaius Pal. n. 372.

¹⁶ Sur l'existence d'une stipulation de peine dans le *vadimonium*, v. Gaius IV, 186; Lenel, EP³, p. 81; Fliniaux, *Dict. des Antiquités*, s.v. *vadimonium*, p. 620.

¹⁷ Guarneri-Citati, *Contributi alla dottrina della mora*, p. 71. A notre avis, à propos des obligations de *facere*, les notions d'offre et d'acceptation en matière de *mora* ne sont pas claires. Voir D. 45, 1, 84; D. 45, 1, 137, 3.

ception dont il fait bénéficier le débiteur, serait dans un cas comme dans l'autre pareillement étrangère à la théorie de la *mora*.

Un texte laconique de Paul a l'apparence déconcertante de donner une portée tout à fait générale à l'exception qui protège le débiteur en demeure, quand son offre échoue. Paul n'exige même pas que le refus du créancier soit immotivé. Il ne fait pas allusion, non plus, à une impossibilité d'exécuter consécutive à l'offre. D'après lui, le seul refus du créancier suffit à mettre en mouvement, dans tous les cas, une exception en faveur du débiteur qui a purgé sa *mora*. Paradoxalement tel paraît être le droit commun de la *purgatio morae* : Paul 24 ed., D. 45, 1, 73, 2. *Stichi promissor post moram offerendo purgat moram. Certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit*. Pour résoudre l'énigme que posent ces quelques lignes, il serait arbitraire de supposer qu'elles soient un produit du Bas-Empire. Le texte se compose de deux propositions distinctes, classiques l'une et l'autre. Ce qui est de basse époque, c'est leur juxtaposition. Elle est purement artificielle. La soudure a été faite à l'aide d'un *certe enim* malencontreux de parfum post-classique. La première phrase parle de Stichus, la seconde de *pecunia*. Le rapprochement est purement artificiel. Il assemble deux extraits. Le contexte a disparu. La première phrase déclare que l'offre tardive purge la *mora*. Cette proposition est pacifique. Mais elle altère le sens de la suivante. En raison de leur assemblage, une contamination se produit. Un sous-entendu est créé. Le débiteur de la deuxième phrase passe pour être en demeure, comme celui de la première. Les deux propositions se télescopent et forment un ensemble monstrueux qui paraît consacré tout entier à la *mora debitoris*. En réalité, la deuxième phrase ne traite pas de la demeure du débiteur, mais de celle du créancier. Elle ne s'occupe pas de l'offre tardive, mais de l'offre en général. Par suite de l'ombre que projette sur elle la première proposition, la seconde semble dire que la demeure du créancier libère, par voie d'exception, le débiteur, quand il vient lui-même de purger la sienne. Le sens véritable est tout autre et beaucoup plus simple. Le point de départ n'est pas la *purgatio morae*, mais le refus du créancier. Il ne s'agit pas de savoir si le débiteur est en demeure, mais uniquement si son offre a été méprisée. En quelques mots très brefs, Paul se borne à dire que, grâce à l'exception de dol, le refus du créancier éteint en droit prétorien l'obligation du débiteur. Mais de quel type d'obligation est-il question ? C'est ce que l'extrait, dans son style lapidaire, omet de préciser.

En droit commun, le seul refus du créancier ne fait pas naître une exception au profit du débiteur. Là où il a cet effet, il ne peut s'agir que d'un cas particulier. Si le texte lui-même, tronqué comme il est, reste muet sur ce point, son emplacement dans les *libri ad edictum* de Paul l'est moins. Dans cette région de l'ouvrage, il est question

du cautionnement¹⁸. Il n'est pas téméraire de supposer que Paul définissait ici une faveur spéciale faite à la caution, dont l'offre a été refusée. Ce qui rend cette hypothèse vraisemblable, c'est qu'un autre texte prévoit dans ce cas une protection identique. Scaevola déclare que la caution, dont l'offre n'a pas été acceptée, est armée d'une exception¹⁹. C'est ce même privilège que nous croyons retrouver chez Paul dans le développement, qu'il consacre au cautionnement. Mais, arrachée au contexte, sa phrase prend l'allure d'une *regula juris* de portée générale et, au lieu de définir une rare faveur, elle donne l'illusion d'énoncer un principe de droit commun.

¹⁸ Pal. Paul n. 407.

¹⁹ D. 44, 4, 15. Le texte est en partie remanié et obscur. Les données exactes du *casus* primitif ne se laissent pas discerner. Depuis Lenel, on a relevé l'interpolation de [*fide jussor evictionis nomine condemnatus*] <*auctoris sponsor*>, et celle de [*ex causa judicati*]. Cf. *Index*. L'interpolation de la finale a été également démontrée : [*judicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat*]. V. sur ce point Appleton, *Compensation*, p. 375, n. 1. Malgré l'incertitude sur le *casus* précis envisagé par le juriconsulte, auquel des remaniements postclassiques ont prêté l'hypothèse de la condamnation de la caution et de l'emploi de l'action *judicati*, un élément certain surnage : l'offre de la caution ayant été rejetée, une exception s'oppose à l'action du créancier. Autre donnée sûre : il s'agit d'éviction et l'offre de la caution ne porte pas sur une somme d'argent correspondant soit aux dommages-intérêts, soit au prix, soit au double, elle porte sur la chose elle-même. On sait, en effet, qu'à la suite d'une éviction il est possible d'écarter le recours en garantie par la remise de la chose à l'acheteur, s'il n'a pas encore eu le temps de subir un dommage : D. 21, 2, 67, texte qui rejette cette faculté, quand un délai s'est écoulé (*post tempus*, expressions que à tort Guarneri-Citati, *Mora*, p. 27, n. 3, croit interpolée). En l'absence de délai et, donc, de dommage, cette faculté reste intacte. En matière de stipulation *duplae*, cette faculté doit s'adapter au régime de la stipulation de peine, puisque la stipulation *duplae* en est une. D'après Paul, 2 ed. aed. cur. D. 21, 2, 35 (Pal. Paul, n. 846), quand la possibilité de *habere* est restaurée après l'éviction, le promettant est protégé par une exception. En effet, par suite de l'éviction, la *poena* est *commissa* et il faut une exception pour l'écarter. On retrouve ici le mécanisme habituel auquel donne lieu la stipulation de peine en cas d'exécution tardive, mécanisme qui a été rappelé plus haut.

D'après D. 46, 7, 16, quand la caution offre *in jure* sa part virile, le créancier se voit opposer une *denegatio actionis*. Cette solution doit être rapprochée de la règle d'après laquelle le débiteur, ayant fait une offre *in jure*, est protégé par une *denegatio actionis* (D. 46, 3, 30; Kaser, *Privatrecht*, I, p. 432).

«AUCTORITAS RERUM»

Il est singulièrement malaisé de ramener les divers aspects juridiques de la notion d'*auctoritas* à un concept unitaire¹. Elle est tantôt un pouvoir, tantôt simplement un acte : une autorisation ou une ratification. On pourrait être tenté de dire que l'*auctoritas* ne se suffit pas à elle-même : soit qu'elle autorise, soit qu'elle ratifie, elle suppose une activité étrangère qu'elle valide. Cette tentative d'explication n'est pas neuve et reste très approximative². En particulier elle ne rend compte ni de l'*auctoritas* impériale, ni de l'*auctoritas* des magistrats.

Cependant un air de famille réunit les différentes variétés de cette idée-mère de la pensée romaine. Si l'on fait abstraction des sens de conseil, prestige, autorité morale pour se limiter aux applications proprement juridiques de l'*auctoritas*, une certaine rigueur semble promise. Ne nous demandons pas par quel processus une *auctoritas* purement morale peut devenir officielle. Toute la genèse du principat serait alors à décrire et peut-être aussi l'histoire du Sénat sous la république. Supposons le problème résolu et plaçons-nous seulement en face des formes évoluées de l'*auctoritas* qui sont pleinement investies soit par la loi, soit par la coutume d'une valeur institutionnelle. Par exemple en ce qui concerne l'*auctoritas* des prudents, qu'il suffise ici de constater que leurs *responsa*, quand ils sont concordants, ont force obligatoire, quel que soit le fondement de celle-ci.

Simplifié de la sorte le problème de l'*auctoritas* se pose dans le droit de la même manière que dans la religion. Le sacré se sépare du profane, de même que le droit se distingue du fait. Dans le tracé de ces frontières la notion d'*auctoritas* joue ici et là un rôle fondamental. L'*auctoritas* sacerdotale³ définit et délimite le sacré. Elle préside aux échanges qui se font entre l'humain et le divin. Le rôle essentiel du sacerdoce est de régler ces passages qu'entoure la technique minu-

¹ En dernier lieu L. Amirante, *il concetto unitario dell'auctoritas*, Studi Solazzi, p. 375 suiv. Pour une suite de notre étude voir : *Conclusion*.

² Heinze, *Auctoritas*, Hermes 1925, p. 348 suiv., dont la théorie a été reprise et perfectionnée par P. Noailles, *Fas et Jus*, p. 223 suiv.; *Cours de Doctorat* 1940-41, p. 242 suiv.

³ Les textes qui la concernent sont groupés dans l'article *auctoritas*, Thes. l. 1.

tieuse de l'exactitude rituelle. De même les pouvoirs publics et les chefs des groupes familiaux organisent dans leurs sphères respectives les rapports du droit et du non-droit, ils tracent les frontières du légitime et de l'illégitime. Toute la vie de la cité et de la famille dépend de la reconnaissance qualifiée de ce qui est juridiquement valable. L'établissement du droit requiert un ministère compétent, de même que la délimitation du sacré est l'œuvre du sacerdoce. Le même mot désigne ces deux fonctions : *auctoritas*. Faut-il supposer qu'elles se confondaient à l'origine? Réservons la question, mais soulignons la ressemblance. Dans le domaine du droit l'*auctoritas* est une source de la légitimité. Là où elle apporte son empreinte, elle confère la validité juridique. Elle est l'instrument d'une consécration qui s'étend aussi bien aux actes particuliers et aux normes générales.

La démonstration n'est pas à faire pour l'*auctoritas populi, senatus, magistratuum, principis*, et même *prudentium*⁴. Le peuple, le sénat, les magistrats, le prince et à certaines conditions les prudents, héritiers à cet égard des pontifes, sont munis du pouvoir de communiquer le don de la valeur juridique⁵. Cette faculté concerne selon les cas ou selon l'organe distributeur soit des mesures occasionnelles, soit des règles générales. Dans la sphère de la famille comme dans celle de la cité cette puissance qui accorde la légitimité s'appelle *auctoritas*. Ainsi l'*auctoritas tutoris* qui confirme les opérations de l'incapable, et l'*auctoritas patris* qui autorise le mariage des personnes *in potestate*, rendent valables des actes qui sans elles ne le seraient pas. L'*auctoritas* ici encore délivre la consécration juridique.

Si cette définition est exacte, elle doit pouvoir s'étendre à l'*auctoritas rerum*⁶. Celle-ci ne serait-elle pas la source de la propriété? Ne fonde-t-elle pas un pouvoir de droit sur les choses?

I.

Girard⁷, systématisant les recherches de ces prédécesseurs, persévéra dans une erreur qu'il n'a pas le mérite d'avoir trouvée. Il fit de l'*auctoritas rerum* un attribut exclusif de la mancipation et la définit comme l'assistance due à l'acquéreur au cours du procès d'éviction

⁴ Nous renvoyons ici encore au Thes. I. I. pour toutes ces variétés d'*auctoritas*.

⁵ Faut-il emprunter à Wagenvoort (*Roman Dynamism*, p. 128 suiv.) l'idée de *contagio* qu'il a si magistralement exposée? Faut-il faire de la validité juridique une sorte de *mana* conférée par des personnages privilégiés ou par le peuple? La question mérite d'être posée.

⁶ L'expression figure dans les XII tables (VI-3), la loi Atinia et dans Cic., *p. Caec.* 26-75.

⁷ *Mélanges de droit romain*, II, p. 1 suiv.

et, d'une manière plus générale, comme l'obligation de garantie pesant sur le *mancipio dans*. F. de Visscher⁸, qui en cette matière fait figure de précurseur, dénonça le premier l'étroitesse de cette définition et proposa de voir dans l'*auctoritas* la ratification par laquelle l'aliénateur confirme dans la mancipation la mainmise de l'acquéreur. L'*auctoritas*, étant aussi la garantie d'éviction que doit fournir le *mancipio dans*, présente dans le système de F. de Visscher un double visage, dont une face est la participation de l'aliénateur à l'acte *per aes et libram* et l'autre la responsabilité *evictionis nomine*. A partir de là, P. Noailles, dans une étude restée malheureusement inachevée, élargit le champ du problème. Le regretté romaniste n'eut aucune peine à montrer que dans le droit des biens l'*auctor* n'est pas nécessairement un garant⁹. Dans de nombreux textes il est l'auteur qui a transmis une *res* indépendamment de toute mancipation ou d'une garantie quelconque. P. Noailles releva également certains textes où l'*auctoritas* n'est pas liée au rituel *per aes et libram*. Il crut légitime de conclure que son domaine est plus vaste que celui de la mancipation. Et à ses yeux l'*auctoritas* apparut, avec ou sans le complément de la garantie d'éviction, comme inhérente au transfert de propriété.

Il est, certes, irréalisable de poursuivre dans le détail à propos de chaque acte translatif une vérification de cette hypothèse. Il nous paraît toutefois démontrable que la garantie d'éviction n'absorbe pas toute l'*auctoritas*. Celle-ci, au contraire, se présente à plusieurs reprises avec le sens général de titre de propriété.

Un examen méthodique des sources s'impose. Girard¹⁰ a dressé de celles-ci un bilan impressionnant groupant quatre-vingt-dix-neuf textes du Digeste et six constitutions impériales. Mais en dressant cette liste, Girard a été le fossoyeur de sa propre théorie. Sur ces cent cinq textes, il n'y en a qu'un seul, un passage de Venuleius, où figure le mot *auctoritas*. Partout ailleurs Girard l'introduit par des reconstitutions plus ou moins heureuses. Il ne s'agit pas ici d'attaquer la description qu'il a présentée de la garantie d'éviction. Le fond du droit n'est pas en cause. Mais, en bonne méthode, il est inadmissible de

⁸ *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipation*, RHD 1933, p. 603 suiv. Max Kaser a adopté en partie la théorie du romaniste belge (*Eigentum und Besitz*, p. 129 suiv.).

⁹ Cours 1940-1941, p. 249. Voir aussi les références de Girard, *loc. cit.*, p. 158, n. 1; De Visscher, p. 616. Noailles cite en particulier : D. 43, 12, 1, 22; D. 43, 17, 3, 4; D. 10, 3, 14, 3; D. 6, 2, 14; D. 50, 17, 175, 1; D. 44, 2, 9, 2; D. 44, 4, 4, 27 et 31; D. 44, 3, 15, 1; D. 43, 19, 3, 2; D. 41, 2, 13, 1; D. 44, 3, 5. Ajoutons à ces textes un passage de Sénèque le Rhéteur (Controv. II – 7, éd. Kiesling, p. 225 et 228; texte cité par Lanfranchi, *Il diritto nei retori*, p. 583) où l'*auctor* est un testateur.

¹⁰ *Loc. cit.*, p. 184 suiv.

fonder une définition sémantique de l'*auctoritas* sur des textes reconstitués. Seuls les passages où se présente effectivement le mot, peuvent être utilisés.

Ici le bilan est extrêmement maigre. Il faut d'abord rejeter quelques textes littéraires mentionnés par Girard¹¹, mais qui ne font allusion ni de près, ni de loin à un transfert de propriété ou une éviction et sont totalement étrangers au droit. On arrive ainsi à une liste assez courte dans laquelle deux significations se dégagent très nettement : titre de propriété d'une part, garantie d'éviction d'autre part.

Incontestablement il faut traduire *auctoritas* par titre dans les expressions *tabellae auctoritatis*¹², *instrumentum auctoritatis*¹³. Il s'agit des documents dans lesquels sont consignés les titres de propriété. De même deux inscriptions de l'époque d'Auguste appellent *ab auctoritatibus*¹⁴ les affranchis préposés à la garde des titres d'acquisition des biens impériaux. Il serait absurde de ne vouloir reconnaître dans ces titres que la seule mancipation. *Auctoritas* a ici une portée manifestement générale. D'autre part il ne faut pas la confondre avec le document matériel (*tabella, instrumentum*) où elle est couchée. L'*auctoritas rerum* est un concept juridique.

¹¹ *Loc. cit.*, p. 261. On trouve *auctoritatem praestare* dans Cic., Cluent. 21-57 *oratores etiam auctoritatem praestare debent* où il s'agit de l'*auctoritas* des orateurs ; dans Julius Valerius, *Res gestae Alexandri* 2-9-25, *primus omnium pontem emensus auctoritatem cunctis audaciae praestitit*, où le sens est « donner l'exemple » : dans Sulpice Sévère, *Vita Martini* 22-5, *O quam sancta de domini pietate praesumptio in qua, etsi auctoritatem praestare non potuit, ostendit affectum*, où *auctoritas* est opposée à *affectus*. Dans aucun de ces textes l'expression *auctoritatem praestare* n'a une valeur juridique. Il est possible qu'elle ait été utilisée dans le droit des biens (dans le droit des personnes, elle est technique à propos de la tutelle), mais les interpolations que propose Girard (p. 173, 204) n'ont pas pour elles la garantie d'un seul texte juridique. D'ailleurs l'expression *evictionem praestare*, qu'il suspecte, appartient au même type que les expressions *praestare dolum, culpam* et, de ce fait, son byzantinisme n'est pas évident. L'existence d'un *auctoritatem praestare* dans le droit des biens est donc fort incertaine.

De même, on trouve *auctoritatem defugere* dans plusieurs textes littéraires dans le sens de désavouer sa parole : Plaut, *poen.* 147 ; Ter. *Eun.* 390 ; Cic. *pro Sull.* 11-33. C'est sur cette seule base que Girard (p. 204) rétablit l'expression dans les compilations de Justinien en présentant l'*auctoritas* comme la garantie due par le *mancipio* dans. Cette base est évidemment bien fragile. Le doute reste permis. Girard (p. 8) cite aussi Sén. *Quaest. Nat.* 4, 3 où on trouve *auctoritatem promittere*. Il s'agit de l'*auctoritas* de Posidonius. Il est possible toutefois qu'il y ait ici une allusion à la *stipulatio auctoritatis* (voir *infra*).

¹² Sén. *Controv.* 7, 6, 23.

¹³ Scaev. D. 13, 7, 43 pr.

¹⁴ C.I.L. III 1998, VI 8439.

Le sens de titre apparaît aussi chez Cicéron. Dans son discours sur la réponse des haruspices il compare sa maison aux autres maisons de Rome. Celles-ci ont beau pour la plupart jouir d'une situation juridique inattaquable, elles n'en ont pas moins qu'un simple statut de *jus privatum*. Seule la maison de Cicéron a un statut de *jus publicum*. Elle lui a été restituée sur l'ordre du Sénat après un arrêt du collège des haruspices.

Har. resp. 7-14 Multae sunt domus in hac urbe, patres conscripti, atque haud scio an paene cunctae jure optimo; sed tamen jure privato: jure hereditario, jure auctoritatis, jure Mancipii, jure nexi. Nego esse ullam domum aliam, aequae privato jure atque optima lege, publico vero omni praecipuo et humano et divino munitam. Quae primum aedificatur ex auctoritate senatus¹⁵.

Le texte accentue emphatiquement la distinction entre *jus publicum* et *jus privatum*. Dans la langue républicaine cette distinction a une portée originale. Elle oppose le droit émanant d'une source officielle (loi, senatusconsulte, etc.) et le droit émanant d'un acte privé (contrat, mancipation, etc.)¹⁶. D'après Cicéron la propriété des maisons de Rome relève du *jus privatum*. L'orateur cite quelques modes d'acquisition. Il met en tête le droit successoral, sans d'ailleurs distinguer le testament et la dévolution ab intestat. Vient ensuite le *jus auctoritatis*. Manifestement Cicéron vise par là le transfert entre vifs en contraste avec le *jus hereditarium*. La mancipation est aussitôt mentionnée. Mais il est impossible de voir dans le *jus auctoritatis* la garantie d'éviction due par le *mancipio dans*. Cicéron aurait placé l'effet avant la cause, la garantie avant la mancipation. Il a fait rigoureusement le contraire, puisque le *jus nexi* qui clôt l'énumération est conformément à la terminologie cicéronienne la garantie d'éviction que doit fournir le *mancipio dans*¹⁷. Il est donc certain que le *jus auctoritatis* ne désigne pas cette garantie. Opposé au *jus hereditarium*, il représente ici le titre de propriété établi entre vifs.

Cicéron n'énumère pas tous les modes d'acquérir une *domus* à Rome. Il omet en particulier l'*in jure cessio*. Une autre omission se

¹⁵ Sur ce texte F. De Visscher, *loc. cit.*, p. 616; P. Noailles, *Fas et Jus*, p. 264; H. Lévy-Bruhl, *Nouvelles études*, p. 27.

¹⁶ Sur la portée de cette distinction Max Kaser, *Das Altrömische Jus*, p. 75; De Francisci, *Arcana imperii*, t. III, 1, p. 162; Ehrlich, *Rechtsquellen*, p. 172.

¹⁷ Sur ce point voir les justes remarques de De Visscher, *loc. cit.*, p. 617, n. 1, qui cite plusieurs textes concluants à cet égard (*Parad.* 5. 1. 34; *ad fam.* 7. 30. 2; *pro Murena* 2, 3. *qui nexu se obligavit*). D'autre part De Visscher, p. 616, a bien vu que dans le texte du *de Har. resp.* 7. 14 *auctoritas* avait le sens de titre.

fait surtout remarquer. Aucune allusion n'est faite à l'usucapion¹⁸. Cela se comprend. Comme le souligne le *pro Caccina* (26-75), elle repose sur la loi. Il était donc difficile de la ranger dans le *jus privatum*¹⁹, étant donné que cette catégorie est réservée sous la république aux actes privés. C'est au prix de cette omission que l'argumentation de Cicéron conserve sa précieuse rigueur. Il compare et oppose titre privé et titre public à propos des *domus* de Rome. Une fois escamotée l'usucapion, il était facile de dire que tous les propriétaires ne pouvaient invoquer qu'un titre privé. Cicéron seul pouvait se prévaloir du *jus publicum*. Il n'avait pas pour *auctor* un simple particulier. Il tenait sa maison du Sénat lui-même. L'*auctoritas senatus* était son titre de propriété. Il y a ici un jeu de mots extrêmement subtil qui oppose le titre privé, défini par l'expression *jus auctoritatis*, à l'autorité du Sénat qui a conféré à la maison de Cicéron un titre public. Cicéron met habilement en balance une simple acquisition de propriété et le pouvoir politique de la haute assemblée. Dans les deux cas le même mot est employé. Dans les deux cas il a une valeur technique. Cicéron spéculait sur la rigoureuse exactitude avec laquelle il donne à *auctoritas* deux portées étrangement disproportionnées, qui aggravent la disproportion initiale entre *jus publicum* et *jus privatum*. Mais en même temps Cicéron introduit une confusion volontaire. Quand *auctoritas* apparaît à la fin de la phrase, elle désigne l'autorité du Sénat, mais elle se souvient qu'elle vient de désigner un titre de propriété. Cicéron fait interférer les deux sens et tend à présenter l'*auctoritas senatus* comme le nouveau titre d'acquisition de sa maison. Tel est l'heureux jeu de mots qui était resté enseveli dans les replis du texte.

La voie est à présent ouverte pour aborder l'étude du texte-clé.

Paul Sent. 2. 17 – 1. Venditor si ejus rei quam vendiderit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius; aliter enim non potest obligari. 2. Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset. 3. Res empta, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.

La théorie traditionnelle croit trouver ici son plus ferme appui²⁰. C'est sur ces quelques lignes de Paul qu'elle se fonde pour identifier

¹⁸ Huvelin (*Furtum*, p. 282) avait cru que l'usucapion était visée par le *jus auctoritatis*. Noailles (*loc. cit.*) a justement réfuté cette interprétation.

¹⁹ Noailles (*Fas et Jus* p. 267) a bien compris la raison du silence de Cicéron.

²⁰ Girard, *loc. cit.*, p. 7, 1; p. 17, 2; p. 20, 1; p. 163; p. 177, 2. D'après Pringsheim, Z.S.S. 1930, p. 436, les mots *pretio accepto* et le membre de phrase « *aliter enim non potest obligari* » seraient interpolés. Voir la réfutation d'Albertario, *Studi*, t. III, p. 439. Si l'interpolation devait être admise, il faudrait considérer comme

l'*auctoritas* à la garantie d'éviction due par le *mancipio dans*. On n'est parvenu à une semblable interprétation qu'en écartelant le texte.

On lui prête un plan chaotique. Paul parlerait dans le § 1 de la vente par mancipation, puis dans le § 2 de la vente par tradition pour revenir dans le § 3 à la mancipation.

Or dans le § 1 il n'est question ni de mancipation ni de tradition. Paul se borne à poser un principe général, commun à toutes les ventes, quel que soit leur mode d'exécution. Il déclare simplement qu'en cas d'éviction le vendeur est *auctoritatis obnoxius*. Après quoi il précise la nature de cette responsabilité, d'abord à propos de la tradition, ensuite de la mancipation²¹. Son plan est parfaitement harmonieux : un principe en tête (§ 1), puis ses applications (§§ 2-3).

Ainsi le texte qui a servi de pivot à la théorie classique, loin de restreindre la portée de l'*auctoritas* à la seule mancipation, l'étend expressément à la vente par tradition.

On traduit habituellement *auctoritatis obnoxius* par «tenu à garantie» et *auctoritatis obligatur* par «est obligé à garantie». Mais c'est au point de vue grammatical mêler le faste et le néfaste. Après *obnoxius* c'est le datif et non le génitif qui exprime l'objet de l'obligation. Après *obligari* c'est également le datif ou bien des tournures telles que *ad, de, ut*. Le génitif a ici comme dans les expressions *noxiae, furti obligari*, un sens bien défini et d'ailleurs bien connu : il a un rôle causal. Il exprime la cause de l'obligation²². Paul ne dit pas que le vendeur est tenu à l'*auctoritas*, il dit qu'il est tenu en vertu de l'*auctoritas*.

En d'autres termes, en cas d'éviction le vendeur est obligé en sa qualité d'*auctor*, c'est-à-dire d'auteur. La source de sa responsabilité est l'*auctoritas*, c'est-à-dire le titre de transfert. Après avoir posé le principe de cette responsabilité, Paul en démonte ensuite le mécanisme. S'il n'y a eu qu'une simple tradition, ce n'est pas elle qui rend compte de l'obligation du vendeur mais une stipulation sous-entendue, incluse dans le titre de vente. S'il y a eu mancipation, c'est elle au contraire qui justifie le versement du double du prix. Dans les deux cas l'*auctoritas* est le fondement de la responsabilité du vendeur,

interpolés tous les textes (et ils sont nombreux) qui subordonnent la restitution du prix après éviction à son paiement préalable !

²¹ La tradition dont parle le § 3 n'est qu'une *traditio possessionis* distincte du transfert de propriété réalisé par mancipation. Sur cette distinction voir Gaius 2, 204; 4, 131a; Pomp. D. 19, 1, 3, 1; Donations d'Artemidorus, de Syntrophus, de Statia Irene. Cf. Bussmann, *L'obligation de délivrance du vendeur*, p. 126.

²² Voir la belle démonstration de Perozzi, *Obbligazioni romane*, p. 66, n. 2. Elle est confirmée par les textes cités dans le VIR et Heumann-Seckel, *Lexicon s.v. obligare, obnoxius*.

mais pour des raisons différentes, ici parce qu'elle se matérialise sous la forme d'une mancipation, là parce qu'elle sous-entend une stipulation.

La théorie classique n'a plus à présent qu'un seul refuge, un texte de Venuleius, qui dans le bilan de Girard²³ est le seul fragment du Digeste où figure effectivement le mot *auctoritas*.

D. 21. 2. 76 Venuleius libro septimo decimo stipulationum. Si alienam rem mihi tradideris et eandem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem [id est actionem pro evictione] placet.

Il est unanimement admis que les mots *id est actionem pro evictione* sont une addition des compilateurs. On admet également que *tradideris* a remplacé *mancipaveris*, ce que rend vraisemblable non pas la mention de l'*auctoritas*, qui est parfaitement compatible avec une tradition, mais l'inscription du texte, car dans les livres 16 et 17 de ses *libri stipulationum* Venuleius, conformément au plan de l'édit, paraît avoir traité de la garantie d'éviction née de la mancipation au cours de l'étude des stipulations prétoriennes.

L'interprétation du texte ne présente au fond du droit aucune difficulté. Les compilateurs ont lourdement insisté sur ce qui était dit avec élégance. Venuleius s'était borné à déclarer que le *derelinquens* perdait son titre. La perte de la garantie allait de soi, puisque la garantie était ici incluse dans le titre. Les compilateurs ont pensé que les choses qui vont sans dire, allaient mieux une fois dites et ils ont défini avec intrépidité l'*auctoritas* comme le recours en garantie, alors que ce sens n'est attesté nulle part. Par une singulière inconséquence la théorie traditionnelle dénonce la maladroite interpolation mais accepte la définition. En bonne méthode on ne peut la tenir que pour byzantine et il serait abusif de la faire rétroagir de plusieurs siècles.

Mais si dans la langue classique l'*auctoritas* n'est pas le recours en garantie, il y a des textes où elle représente la garantie elle-même. Dans les F. V. 10 Papinien fait état d'une *stipulatio auctoritatis* qui est incontestablement une stipulation de garantie. D'autre part, dans les Sentences de Paul (5-10), la rubrique de *contrahenda auctoritate*, bien qu'elle ait perdu son propre texte pour précéder celui du *damnum infectum*, doit être rattachée sans hésitation à la matière des stipulations de garantie, puisqu'elle fait suite à la rubrique de *stipulationibus*²⁴. On retrouve ici le plan de l'édit. De même, dans un acte de la

²³ Girard, *loc. cit.*, p. 164, 3; 167, 2; 171, 3; 176, 2; 190; 196, 1; 198; 205, 1; 262, 1; 266, 2.

Girard (p. 205, 1) prend le texte de Venuleius comme base pour reconstituer l'expression *auctoritatem amittere* dans d'autres passages du Digeste.

²⁴ Girard, *Textes*, 6^e éd., p. 378; *Mélanges*, II, p. 8, 2; 163; 204, 2. Il est possible que Paul ait traité également sous cette rubrique de l'obligation de garantie née de

pratique de l'année 166 ap. J.-C., est appelée *auctoritas* la garantie fournie par un *fidejussor ob evictionem* et celle-ci est présentée assez curieusement comme inhérente à sa personne ainsi que la *fides* elle-même : *id fide sua et auctoritate jussit*²⁵.

L'examen de ces différents textes montre que l'*auctoritas rerum* a deux aspects complémentaires : titre et garantie. Une étroite connexité les réunit. S'il y a eu mancipation ou stipulation *auctoritatis*, la garantie double le titre et le renforce. L'*auctor* est alors responsable d'une éventuelle éviction. Cette responsabilité qui s'évalue selon les cas au double ou au simple du prix de la chose ou bien donne lieu à des dommages-intérêts, est la sanction du titre imparfait. Mais qui dit titre, ne dit pas nécessairement garantie. En dehors des cas de la mancipation et des stipulations relatives à l'éviction, expresses ou sous-entendues dans le cas de la vente, l'*auctoritas rerum* n'implique aucune responsabilité.

D'une manière générale elle renvoie à un *auctor* qui est « l'auteur » dont on tient le bien. Mais elle renvoie aussi à l'acquéreur. On pour-

la mancipation, puisque cette obligation est habituellement rattachée à l'étude des stipulations de garantie dans les *libri ad edictum*. Mais l'analyse de l'obligation de garantie du *mancipio* dans le 2-17-3 de Paul est contraire à cette hypothèse, car il y aurait au 5-10 une répétition peu justifiée. Aucune certitude n'est ici possible.

²⁵ Girard, *Textes*, p. 853. Il s'agit d'une vente sans mancipation. Cf. BGU III, 887, l. 19 : τῇ ιδίᾳ πίσται καὶ βεβαιώσει εἶναι ἐκελευσεν. Voir Rabel, *Haftung des Verkäufers*, p. 6, n. 2.

De Visscher, *loc. cit.*, p. 613-614, a très finement remarqué que l'*auctor secundus* intervient à plusieurs reprises dans la vente par mancipation. Plus précisément, il fait deux promesses : la première suit immédiatement la mancipation et constate son accomplissement : Girard, *Textes*, p. 848 (Bruns, n° 130) : *Dasius Breucus emit mancipioque accepit puerum Apalaustum . . . fide rogato M. Vibio Longo. La deuxième promesse de l'auctor secundus porte sur la garantie d'éviction : si quis . . . evicerit, . . . tantam pecuniam duplam probam recte dari fide rogavit Dasius Breucus, dari fide promisit Bellicus Alexander* (le vendeur), *id fide sua esse jussit Vibius Longus*. Cf. Girard, *Textes*, p. 851 (Bruns, n° 132). Quel est l'objet de la première promesse ? Il ne s'agit sûrement pas de la garantie d'éviction, qui est l'objet de la seconde. Les termes de la première promesse nous sont inconnus, mais le texte prouve qu'elle enregistrait la réalisation de la vente. Nous conjecturons que l'effet de cette promesse était de faire peser sur l'*auctor secundus*, qui avait ainsi constaté expressément l'accomplissement de la vente, l'obligation d'assistance au cours du procès d'éviction. Cette conjecture trouve un appui dans une constitution d'Alex-Sévère (C. 8-44-8) où cette assistance du fidejussor est expressément mentionnée (*victus est absente auctore vel fidejussore*). Cf. D. 21-1-56 en matière de *rehabilitio* ; C. 8-44-7 qui prévoit le cas où le *fidejussor* était absent du procès, preuve *a contrario* qu'il aurait pu y intervenir.

rait dire qu'elle a un aspect passif et un aspect actif. Pour l'acquéreur elle est en tant que titre le fondement et la source de la propriété.

Si ces propositions sont exactes, elles peuvent servir de base de départ pour l'étude des textes où l'*auctoritas rerum* a partie liée avec l'usucapion.

II.

Cic. Top. 4-23 *Usus auctoritas fundi biennium est.*

pro Caec. 19-54. *Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium.*

Que l'expression *usus auctoritas* qui figurait sans doute dans le texte des XII tables, soit une asyndète où chaque mot est au nominatif, c'est ce que prouve surabondamment la forme développée *usum et auctoritatem* du *pro Caecina* et c'est ce que personne ne met plus en doute aujourd'hui.

Dans l'*usus* on n'a aucune peine à reconnaître la possession qui, prolongée pendant le délai légal, confirme ou fait naître l'appropriation quiritaire de la chose.

Quant à l'*auctoritas*²⁶ il est à peine croyable qu'elle soit la garantie d'éviction. Celle-ci n'est due que s'il y a eu mancipation. Le cas est trop particulier pour rendre compte d'une disposition législative absolument générale. D'autre part, parler ici de garantie, c'est contre toute vraisemblance disjoindre les deux termes de l'asyndète. Deux personnes différentes seraient mises en cause : le possesseur par l'*usus*, un garant par l'*auctoritas*.

On s'épargne ces difficultés en donnant à *auctoritas* le sens de titre. Mais de quel titre s'agit-il ? On pourrait songer à celui du propriétaire dépossédé. La loi accouplerait alors un *usus* sans titre en la personne de l'*usucapiens* et un titre sans *usus* en la personne du pro-

²⁶ On peut grouper sommairement en deux catégories les explications qui ont été proposées de l'*auctoritas* dans l'usucapion. Pour les uns, elle est la garantie dont bénéficie l'acquéreur d'une *res* : cette garantie ne survit pas au délai d'usucapion après lequel elle devient inutile. Avec des nuances personnelles, c'est l'opinion présentée par *De Visscher, loc. cit.*, et *Kaser, Eigentum und Besitz*, p. 86 suiv. Pour d'autres romanistes, l'*auctoritas* de l'adage serait la propriété. Giffard voit en elle la propriété qui naît de l'usucapion. (*Le sens du mot auctoritas dans les lois relatives à l'usucapion*, RHD 1938, p. 339 suiv.). Pour Lévy-Bruhl (*loc. cit.*) l'*auctoritas* est le droit de propriété envisagé abstraitement : le propriétaire dépossédé ne conserve cette *auctoritas* abstraite que le temps nécessaire au possesseur pour devenir à son tour propriétaire par usucapion.

Sur la théorie de P. Noailles, voir note 29.

priétaire²⁷. A l'expiration du délai légal, cette situation provisoire prendrait fin. Le titre de l'ancien propriétaire succombe et l'*usus* se transforme en propriété. Cette interprétation à son tour disjoint les deux termes de l'asyndète. Celle-ci viserait abusivement deux personnes distinctes, l'*usucapiens* et le propriétaire.

Cette objection tombe et l'asyndète conserve son unité, si l'*auctoritas* est le titre de l'*usucapiens* lui-même. Ce titre doit être présenté pendant toute la durée du délai légal. S'il est nul ou *a non domino*, il n'est qu'un bouclier de cristal que brise la revendication du propriétaire véritable. Quand l'usucapion est achevée, elle dispense de la présentation du titre²⁸. L'*auctoritas*, devenue alors inutile, disparaît²⁹.

Cette interprétation souligne le rôle probatoire de l'usucapion primitive mais il ne semble pas qu'elle rende compte du sens littéral de l'adage. Car si on affirme que l'*auctoritas* de l'asyndète a une durée limitée, il faut en dire autant de l'*usus*. Or il serait absurde de ne reconnaître à ce dernier qu'une existence éphémère. Il se prolongera d'autant mieux qu'il repose après le délai d'usucapion sur un droit incontestable. La loi limite simplement l'espace de temps nécessaire à l'*usus* pour faire naître la propriété. Le complexe *usus auctoritas* ne disparaît pas au bout de deux ans. Après ce délai l'*usus* subsiste. Il n'y a donc pas lieu de penser que l'*auctoritas* se volatilise au terme de l'usucapion. La loi n'avait aucune raison de s'occuper du titre de l'*usucapiens*. Elle pouvait d'autant mieux le passer sous silence, qu'elle ne l'exigeait pas. Elle avait institué une usucapion sans titre, comme le prouvent l'*usureceptio* et les deux cas *pro derelicto* et *pro herede*, témoins du régime primitif. Ainsi l'*auctoritas* de l'adage n'est pas un titre caduc, destiné à périr quand s'achève le délai légal. Elle est, au contraire, un titre durable né de l'usucapion elle-même.

Quand les décevirs ont voulu définir l'effet de l'usucapion, ils ont fait appel à la notion d'*auctoritas* en lui faisant subir une déviation. L'*auctoritas rerum* est, à l'état pur, le titre de propriété établi par

²⁷ Lévy-Bruhl aboutit à une dissociation de ce genre (note précédente), mais en donnant à *auctoritas* le sens de propriété.

²⁸ Kaser (*loc. cit.*) a fortement affirmé le rôle probatoire de l'usucapion et montré comment elle dispensait le propriétaire de faire la preuve de son droit. Bien qu'il traduise *auctoritas* par garantie, il admet que la règle *usus auctoritas* n'était pas limitée aux *res Mancipi* (p. 104) et il pense que pour les choses non Mancipées l'acquéreur devait se contenter avant l'expiration du délai d'une assistance bénévole de l'aliénateur dans le procès d'éviction.

²⁹ Cette interprétation est à peu près celle que Noailles a développée (Cours de Doctorat 1940-41, p. 205 suiv.). D'après lui l'*auctoritas* est le « fondement » du droit de propriété de l'acquéreur, quel que soit le mode d'acquisition. Elle ne dure donc que le temps nécessaire pour que l'usucapion s'accomplisse. Tel serait le sens de l'adage d'après le regretté romaniste.

un acte d'acquisition et suppose un *auctor* de qui l'acquéreur tient la *res*. Par commodité verbale, les décevirs ont attiré la notion de titre dans un domaine qui n'était pas le sien. En matière d'usucapion, ils ont imaginé une *auctoritas* sans *auctor*. La loi a introduit une fiction : l'*usus*, prolongé pendant un an ou deux, fut assimilé à un titre. Par *usus auctoritas* il faut entendre la situation juridique réalisée à l'expiration du délai légal : à l'*usus* vient alors s'ajouter un titre original institué par la loi. Si, pour faciliter la traduction, on sépare les deux termes de l'asyndète, l'adage veut dire : l'*usus* biennal vaut titre. La loi a mis en évidence le rôle probatoire de l'usucapion, qui dispense de la preuve de la propriété. L'*usus* fait naître un titre fictif.

Cette interprétation est confirmée par Boèce :

in Cic. Top. ex l. 2 ad c. 4-23 Ait Cicero : «ut, quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium». Hic igitur aedium usus auctoritatem biennio fieri sentit (cf. Isid. 5-23-30).

Boèce explique l'asyndète en considérant qu'*usus* a la même valeur que s'il était un génitif dépendant d'*auctoritas*. Pour le commentateur de Cicéron, l'*auctoritas* repose sur l'*usus* et n'apparaît qu'à l'expiration du délai légal : *biennio fieri*. Boèce a sans doute simplifié le problème, il a négligé le sens littéral de l'asyndète, qui décrit la coexistence de l'*usus* et de l'*auctoritas* à l'instant où s'achève l'usucapion. Mais il a parfaitement compris que l'*auctoritas* de l'adage n'apparaît qu'à cet instant.

Un texte de Scaevola relatif à la servitude d'*aquae ductus* affirme également que l'usage prolongé fait naître une *auctoritas*.

Scaev. 4 resp. D. 39-3-26 Scaevola respondit solere eos, qui jure dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur.

Malgré l'impossibilité d'usucaper les servitudes en droit classique, celle d'aqueduc jouit d'un traitement privilégié. La *vetustas* ou usage immémorial rend inutile la preuve de la constitution du *jus aquae ducendae*³⁰. On retrouve ici une dispense de preuve analogue à celle qu'établit l'usucapion. Scaevola reprend la fiction d'après laquelle le long usage tient lieu de titre. La *vetustas* vaut *auctoritas*. Le système de l'usucapion est ainsi transposé, avec le principe d'une *auctoritas* fictive, en matière d'*aquaeductus*.

³⁰ Sur ce point voir les justes remarques de R. Monier (*Manuel* I^{er}, p. 440). Il a eu l'obligeance d'attirer notre attention sur un passage d'Ulpien éclairant le texte de Scaevola et reprenant l'idée de la dispense de preuve : D. 8-5-10. *si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo...*

Un texte du *pro Caecina*, commenté de nos jours dans les sens les plus divers, nous paraît également reproduire la fiction contenue dans l'adage *usus auctoritas* :

p. Caec. 26-74 Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab jure civili sumitur.

Ne nous demandons pas si c'est à bon escient ou par erreur que Cicéron parle de l'usucapion des servitudes, interdite par la loi Scribonia, car il est difficile de savoir si cette loi est antérieure au *pro Caecina*³¹. Que Cicéron ait ou non commis sur ce point une négligence, cela n'affecte pas le reste de son témoignage. Pour décrire le rôle de l'usucapion, le texte déclare qu'elle écarte les vicissitudes des procès. Elle crée une *rata auctoritas*.

Il est erroné de croire que cette expression vise la consolidation de la *justa causa usucapionis*³². S'il est vrai que cette juste cause exigée dès la fin de la république³³ se ramène souvent à la preuve d'un titre d'acquisition, ce n'est pas le cas pour l'*usureceptio*, l'usucapion *pro derelicto*, l'usucapion *pro herede*, l'usucapion consécutive à un envoi en possession définitif ou à une *ductio noxalis*. Il serait impossible à propos de ces différentes hypothèses de parler d'un titre de propriété confirmé par l'*usus*. Dès lors on pourrait être tenté de dire que la *rata auctoritas* cicéronienne n'a pas une portée générale, s'étendant à toutes les variétés d'usucapion, et qu'elle concerne seulement l'exemple pris dans le texte. Cicéron parle des biens qu'un père laisse à son fils, sans préciser s'il envisage une succession testamentaire ou *ab intestat*. D'ailleurs peu importe. L'usucapion des *res hereditariae* se

³¹ Voir Girard, *Manuel*, p. 399, 1.

³² Pierre Noailles (*Fas et Jus*, p. 271) reprenant et généralisant l'interprétation de F. De Visscher traduit : « la confirmation de l'*auctoritas* est tirée du droit civil ». Et il ajoute : « l'*auctoritas* est le fondement du droit tiré de la personne de l'*auctor* ». Ainsi, sans employer le mot de *justa causa usucapionis*, Noailles comprend la *rata auctoritas* comme la confirmation du titre de l'*usucapiens*. Lévy-Bruhl (*loc. cit.*, p. 26) écarte une telle interprétation en remarquant : « Pour M. De Visscher (RHD 1933, p. 616), *auctoritas* désignerait ici le droit émanant d'une personne privée (père ou vendeur) qui serait ratifié par le droit civil. Cette traduction, peu satisfaisante au point de vue grammatical, ne l'est guère plus quant au fond. Si l'*auctoritas* est le fait du vendeur, on ne saurait dire qu'elle vient (*sumitur*) du droit civil : dans la proposition qui forme le couronnement de ce développement, il serait illogique que le mot principal, le substantif *auctoritas*, se rapportât précisément à l'élément dont l'orateur a voulu remarquer le rôle subordonné ».

³³ Girard, *Manuel*, p. 328. Voir Kaser, *Eigentum und Besitz*, p. 293 suiv.

passe de titre et il eut été absurde de lui en prêter un³⁴. Ainsi soit que l'on attribue à l'expression *rata auctoritas* une valeur générale, soit, au contraire, qu'on la ramène à l'exemple cité par Cicéron, elle ne se laisse pas confondre avec la confirmation d'une juste cause d'usucapion. Ajoutons une remarque décisive de H. Lévy-Bruhl : l'*auctoritas* dont parle le texte n'émane pas d'un particulier. Elle est une *auctoritas* sans *auctor*. Elle vient du droit civil lui-même : *ab jure civili sumitur*.

Dans son éloge du *jus civile* Cicéron accorde une place de choix à l'usucapion. Elle met fin à toute contestation, elle est un mode privilégié d'acquérir la propriété, elle fait naître une *rata auctoritas*. Il est évident que ces deux mots donnent une définition absolument générale du rôle de l'usucapion. Ils veulent dire deux choses.

1. L'usucapion crée une *auctoritas*. Cicéron reprend la fiction des XII tables. Le texte du *pro Caecina* doit être placé dans l'axe de l'adage *usus auctoritas*, déjà cité quelques pages auparavant dans le même discours. L'orateur déclare, comme la loi, que l'*usus* prolongé vaut titre.

2. L'usucapion se distingue des modes ordinaires d'acquérir la propriété. Car le titre qu'elle confère est un titre parfait : *rata auctoritas*. Par cette formule Cicéron n'a nullement en vue la consolidation d'une *justa causa usucapionis*, totalement étrangère à son propos. Il déclare avec vigueur que l'usucapion met sur pied un titre inattaquable en vertu de la loi. Le mot *rata* fut bien choisi, car le législateur avait l'habitude, sous la république, de consacrer ses prescriptions en disant : *jus ratumque esto*.

III.

XII tables III. 7 Adversus hostem aeterna auctoritas.

Il n'y a pas lieu de distinguer l'*hostis* dont parle ici la loi, de celui qu'elle mentionne à propos du *status dies cum hoste* (XII t. II 2). Cicéron accouple les deux citations (*off.* 1-12-37). Quel que fut cet étranger, il existait une procédure régulière qui lui permettait de vider ses litiges avec les romains, puisque le *status dies cum hoste* est, d'après Festus (p. 314), *judici causa constitutus*. Non seulement les XII tables font état de cette procédure, mais le serment militaire présente l'obligation de comparaître devant l'*hostis* comme une excuse valable pour

³⁴ Sur le jeu de l'usucapion *pro herede* au profit de l'*heres* et de celui qui se croit *heres*, voir D. 41-5-2-2 (où elle est exclue pour les choses données au fils par le père) et D. 41-3-33-1.

ne pas répondre à l'appel sous les armes³⁵. Ainsi l'*aeterna auctoritas*, malgré son apparence d'anathème, s'articule directement sur une procédure que les romains entouraient du plus grand respect.

Peut-on parler ici de garantie éternelle? Pour admettre cette traduction, il faudrait sous-entendre totalement la revendication du propriétaire dépossédé et greffer sur ce sous-entendu l'assistance d'un garant. La simplicité du texte se rebelle contre une interprétation aussi contournée qui a, en outre, l'inconvénient d'exclure du champ d'application de la loi les *res nec mancipi*, puisque pour elles il n'existe pas dans l'ancien droit de garantie obligatoire.

Ces difficultés sont écartées et l'action en revendication, au lieu de se profiler dans la pénombre, est soumise à un éclairage direct, si on reconnaît dans l'*auctoritas* le titre du propriétaire.

A qui appartient ce titre, au romain ou à l'*hostis*? L'hypothèse de l'*hostis* propriétaire n'est pas celle de la loi. Car on ne conçoit pas qu'il retourne son titre contre lui-même. Le titre dirigé *adversus hostem* ne peut être que celui du romain. D'ailleurs il est naturel que la loi des XII tables ait défendu la propriété des citoyens contre les étrangers. Il le serait moins qu'elle défendît celle des étrangers contre les romains.

Titre éternel signifie imprescriptibilité³⁶. L'adage interdit à l'*hostis* d'usucaper la chose d'un romain. Cette prohibition n'est nullement une manifestation d'impérialisme. Car l'*hostis* ne peut se prévaloir ni de l'usucapion romaine qui ne lui est pas accessible, ni de son usucapion nationale qui n'est pas opposable à un romain. L'interdiction d'usucaper qui le frappe, n'est pas une création des décemvirs qui n'étaient nullement habilités à légiférer pour les ressortissants des cités étrangères. Elle est un principe élémentaire de droit international qui a dû à son importance particulière d'être accueilli dans les XII tables.

³⁵ Voir A. Gell. 16-4-4; Plaut. *Curc.* 5. Nous prenons, en outre, la liberté de renvoyer à notre *Sponsio*, p. 199.

³⁶ Giffard et Lévy-Bruhl ont justement repoussé l'hypothèse d'une garantie éternelle. Ils ont bien vu que l'*aeterna auctoritas* était l'expression de l'interdiction d'usucaper.

L'hypothèse de la garantie éternelle a d'ailleurs été présentée de diverses manières. Pour De Visscher (RHD 1937, p. 573), le romain dépossédé avant d'avoir eu le temps d'usucaper, pourra exiger éternellement l'assistance de son *auctor* (*mancipio dans* dans la théorie du distingué romaniste) contre l'*hostis* qui détient la chose. Pour Kübler, R.R., p. 40, au contraire, l'*hostis*, ne pouvant usucaper, devrait avoir toujours recours à la garantie de son *auctor*. Cf. Arangio-Ruiz, *Storia* 1945, p. 120. Kaser, *loc. cit.*, p. 94, traduit l'adage : « Zum Nachteil des Ausländers » oder auch « bei der Klage gegen den Ausländer dauert die Gewährung ewig ». Il ajoute : der Ausländer bedarf also immer der Gewährungshilfe.

Le contenu de l'*aeterna auctoritas* reste à préciser. Si le romain a été dépossédé avant d'avoir eu le temps de bénéficier de la règle *usus auctoritas*, il devra faire en face de l'*hostis* comme en face d'un concitoyen la preuve de son titre de propriété. Ce titre est éternel en ce sens qu'il ne sera jamais éliminé par la possession de l'*hostis* aussi longue soit-elle. Mais le romain pourra-il se prévaloir, s'il y a lieu, du bénéfice de l'usucapion? Autrement dit l'*aeterna auctoritas* de l'adage vise-t-elle à côté du titre *stricto sensu*, lié à la personne d'un *auctor*, la fiction de titre qu'établit l'*usus*?

Etant donné que l'usucapion échappe à l'*hostis*, il serait injuste que le romain pût utiliser une arme enlevée à son adversaire. Le procès risquerait alors de devenir une comédie judiciaire. Festus rappelle à propos du *status dies cum hoste* que romain et *hostis* sont sur pied d'égalité : *pari jure*³⁷. Si cette égalité doit être rigoureusement comprise, il faudrait refuser au romain un bénéfice dont son adversaire est privé³⁸.

Ainsi, à première vue, il est difficile de dire si l'*aeterna auctoritas* de l'adage *adversus hostem* s'étend au titre fictif né de l'usucapion. La solution de ce problème dépend de l'examen de la loi Atinia.

* * *

³⁷ Fest. 314. Status dies vocatur, qui judici causa est constitutus cum peregrino. Ejus enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari jure cum populo R(omano), atque hostire ponebatur pro aequare.

³⁸ P. Noailles, *loc. cit.*, p. 277 suiv., pensait que l'*aeterna auctoritas* n'était pas une garantie éternelle. Il étendait la portée de l'adage aux *res nec Mancipi*. L'*aeterna auctoritas* est définie par lui comme le « témoignage » de l'*auctor* (un vendeur par exemple) qui permettra au romain dépossédé de faire la preuve de son droit contre l'*hostis* détenteur de la *res*. Noailles pensait, en outre, que le romain ne pouvait pas utiliser l'usucapion contre son adversaire. La loi n'autorisait, selon le regretté romaniste, que le témoignage de l'*auctor*. Noailles n'invoque pas l'argument de l'égalité entre les plaideurs. Il considère que l'usucapion est par nature inopposable à l'*hostis* et « surtout » qu'elle est « incapable d'apporter le témoignage que l'on demande » et qui sera fourni par l'*auctor*. Remarquons contre cette façon de voir que l'usucapion a toujours été considérée comme un moyen de prouver la propriété beaucoup plus commode que la preuve par titre. D'autre part, le sens de « témoignage » pour *auctoritas* est ici douteux. Pour l'adage *usus auctoritas*, Noailles voyait dans l'*auctoritas* le « fondement » que le droit de l'acquéreur trouve en la personne de l'*auctor*. Il n'eut malheureusement pas le temps de concilier ces deux traductions différentes.

A. Gell. N. A. 17-7. 2. 3. Legis veteris Atiniae verba sunt : quod subruptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto³⁹.

Il n'y a pas lieu d'insister sur les raisons de ne pas traduire *auctoritas* par garantie. Ce sont les mêmes que dans le droit des XII Tables. Cette traduction réduirait la portée de la loi Atinia au cercle assez restreint des *res Mancipi*, puisqu'elles seules dans l'ancien droit bénéficiaient de la garantie d'éviction. Les mots *quod subruptum erit* et *ejus rei* ne tolèrent pas une semblable restriction, ils s'appliquent à toute chose susceptible de vol sans prendre en considération sa nature. Enfin l'exclusion des *res nec Mancipi* dans une loi sur le vol serait inconcevable.

Si l'on abandonne la traduction non viable de garantie pour adopter comme dans l'adage *adversus hostem* celle de titre, une question se pose d'emblée : à qui appartient le titre éternel ? A l'acquéreur de la *res furtiva* ou au volé ? Le voleur n'est pas en cause.

Entre ces deux solutions le choix n'est pas arbitraire. La loi *Atinia* instituait l'imprescriptibilité des choses volées⁴⁰. C'est donc en fonction de ce principe qu'il faut interpréter la pérennité du titre.

³⁹ Sur la date de cette loi voir Huvelin, *Furtum*, p. 261 et suiv. ; Berger, *R.E.*, s.v. *lex Atinia* c. 2331. On situe habituellement cette date dans le courant du II^e siècle av. J.-C. Cf. Rotondi, *Leges publ. populi Rom.*, p. 291.

⁴⁰ Voir les textes réunis par Huvelin, *loc. cit.*, p. 269 : Julien D. 41-3-33 ; Paul. D. 41-3-4-6 *Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur*... Cf. Inst. 2-6-2 et Théophile, Paraphrase (sur ce passage). Si, dans le passage de Julien, les mots *vel Atinia* ont peut-être été ajoutés par les compilateurs, soucieux de préciser, comme cela est fait aussi dans les Institutes de Justinien, que l'interdiction d'usucaper les choses volées avait été prononcée à la fois par les XII tables et la loi *Atinia*, il n'y a aucune raison de soupçonner d'interpolation le texte de Paul.

Que le juriste ait dit *res furtiva*, alors que la loi *Atinia* disait *quod subruptum erit*, cela ne nous semble pas, comme à De Visscher (RHD 1937, p. 581) une preuve décisive d'interpolation. Quand un juriste commente une loi ou la résume, il ne s'impose pas l'obligation d'employer les mêmes termes qu'elle. D'ailleurs Paul lui-même, dans un autre texte, souligne que les expressions *quod est subreptum* et *res furtiva* sont pour lui synonymes.

D. 41-3-49. Labeo, *libro quinto pithanon a Paulo epitomatorum*. Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus : immo forsitan et contra : nam si id, quod mihi pignori dederis, subripueris, erit ea rea furtiva facta : sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit.

D'après Huvelin, p. 272, les *res subreptae* sont uniquement les choses volées par soustraction, alors qu'il existe des vols sans soustraction. Il suppose dès lors qu'il faut distinguer les *res subreptae* et les *res furtivae*, la loi *Atinia* ne concernerait que les premières. Les textes classiques condamnent cette distinction, car ils ne font aucune différence entre les deux expressions que Huvelin prétend opposer.

S'agit-il du titre de l'acquéreur, on se trouverait alors en présence d'un corollaire de l'imprescriptibilité. L'acquéreur d'une *res furtiva*, privé du bénéfice de l'usucapion, ne doit-il pas se contenter, en effet, de la seule preuve par titre? La règle *usus auctoritas* ne joue pas à son profit et de la possession prolongée ne naît pour lui aucune dispense de preuve. Il devra donc avoir toujours recours au titre⁴¹.

L'apparente logique de cette interprétation cache un vice de raisonnement. L'acquéreur ne se voit refuser l'application de la règle *usus auctoritas*, qu'à partir de l'instant où l'origine délictuelle du bien est connue. Jusque là, rien n'exclut l'usucapion et elle rend inutile le titre. Mais le jour où l'on sait que la *res* est *furtiva*, l'acquéreur n'a plus aucun droit sur elle. Devant la revendication du volé, la prétendue usucapion succombe. Et le titre ne lui survit pas, car lui non plus ne peut paralyser l'action du propriétaire. Il tombe en poussière, sans avoir même alors la possibilité de se manifester. Etrange pérennité!

Voir les remarques pertinentes de M. Kaser, *loc. cit.*, p. 95, n. 42.

Toutefois la remarque d'Huvelin nous paraît juste, au moins dans son point de départ, c'est-à-dire dans le texte de la loi Atinia. Cette loi semble bien ne connaître que le vol par soustraction (*subreptio*), elle suppose un déplacement de la chose, puisqu'elle parle de *reversio* entre les mains du propriétaire (D. 41-3-4-6).

Comment expliquer dès lors que l'interdiction d'usucaper les choses volées s'étend à toute *res furtiva*, même quand il n'y a pas eu soustraction matérielle? Paul, lorsqu'il résume le contenu de la loi Atinia, donne à l'interdiction qu'elle prononce un caractère tout à fait général. La réponse nous paraît simple. Le vol sans soustraction (ce qu'on appelle aujourd'hui le *furtum improprium*) est une notion postérieure à la loi Atinia. Le classement chronologique des sources, fait par Huvelin, est ici extrêmement précieux. Il permet de voir que les textes relatifs au *furtum improprium* sont tous postérieures à la loi Atinia et qu'ils ne font jamais remonter le point d'émergence d'un cas de vol sans soustraction avant l'époque où se situe la loi Atinia (première moitié du II^e siècle av. J.-C.). Voir en particulier Huvelin, p. 329, 346, 369 et suiv., 501, 617, 677. C'est ainsi que le cas du *furtum* commis par celui qui a emmené une bête de trait au delà du lieu prescrit par le propriétaire a été imaginé par Junius Brutus (A. Gell. N. A. 6-15). La loi Atinia existait déjà, puisque ce juriste la connaissait (A. Gell. 17-7).

Comme le montre l'indication de la *reversio rei*, à l'époque où la loi Atinia est entrée en vigueur, le vol supposait une soustraction. Les cas de vol sans soustraction ont été créés par la suite par les *veteres*. Cet élargissement du domaine du *furtum* a entraîné celui du champ d'application de la loi Atinia. A l'époque classique, elle embrassait toutes les *res furtivae*, comme le dit Paul, alors que le texte légal supposait à l'origine un vol avec soustraction (*subreptio*).

⁴¹ Kaser, *loc. cit.*, p. 97, ne parle pas de titre mais dit que l'acquéreur d'une *res furtiva* bénéficie éternellement d'«eine Gewährschaftshilfe», s'étendant aux *res nec mancipi*. Mais pour celles-ci il n'y avait pas de garantie obligatoire et on conçoit mal que la loi ait parlé d'une garantie bénévole.

Dans un raccourci saisissant, la loi a omis de nommer les protagonistes du drame. Mais les mots *quod subruptum erit*, placés en tête de l'adage, évoquent aussitôt la personne du volé. C'est à lui, l'acquéreur étant mis hors de cause, qu'on se trouve amené par voie d'élimination à attribuer le bénéfice du titre éternel.

L'adage n'énonce donc pas un simple corollaire de l'imprescriptibilité des *res furtivae*. Il est la formule même de cette imprescriptibilité. Titre éternel signifie ici, comme dans l'adage *adversus hostem* interdiction d'usucaper.

Cette interprétation correspond rigoureusement au commentaire jurisprudentiel de la loi Atinia, puisque les juristes romains ne lui reconnaissent qu'une fonction prohibitoire, à l'exclusion de toute autre⁴². Dès lors, ne pas retrouver dans l'adage une interdiction d'usucaper et parler de « garantie éternelle »⁴³ ou de prolongation du titre de l'acquéreur, c'est prêter à la loi Atinia une fonction inconnue de ses commentateurs romains et lui refuser celle qu'ils lui attribuent, à moins que, accumulant hypothèse sur hypothèse, on ne suppose que la loi contenait plusieurs types de dispositions. Dans un cas on aurait

⁴² Voir les textes cités par Huvelin, p. 269. Giffard et Lévy-Bruhl ont bien vu que l'*aeterna auctoritas* exprimait l'interdiction d'usucaper. Mais ils pensent qu'il s'agit de la « propriété » éternelle du volé.

⁴³ Comme l'a finement remarqué F. Leifer (ZSS 1937, p. 129; cf. Kaser, *loc. cit.*, p. 95), il serait vain de supposer que la loi ait institué une garantie éternelle dans le cas où l'acquéreur n'a pas eu le temps d'usucaper avant d'être dépossédé. C'est un principe, en effet, que l'obligation de garantie disparaît une fois que l'acquéreur a usucapé (D. 21-2-54 pr.). Ainsi l'obligation de garantie ne cesse qu'après accomplissement de l'usucapion. Mais tant que l'usucapion n'a pas été accompli, l'obligation de garantie subsiste. C'est un corollaire évident qui ne nécessitait nullement une intervention législative. Lorsque l'usucapion est impossible, l'obligation de garantie se prolonge indéfiniment sans aucune disposition légale. Ainsi la prolongation de l'obligation de garantie existait automatiquement, en l'absence de toute prescription légale, dans le cas de vente d'un *statuliber* : Jul. D. 21-2-39-4 : *Qui statuliberum [tradit] <mancipat>, nisi dixerit eum statuliberum esse, evictionis nomine perpetuo obligatur*. La durée indéfinie de l'obligation de garantie dans cette hypothèse tient à ce que l'usucapion n'est pas possible. Voir Kaser, *loc. cit.*, p. 101, qui ne veut reconnaître ici qu'une peine de la *reticentia*. Nous croyons au contraire que la non déclaration du vendeur n'est qu'une condition de la prolongation de l'obligation de garantie, et c'est bien ainsi que la présente le texte : *nisi*... Ce qui confirme qu'il ne s'agit que d'une simple condition et non de la source de l'obligation, c'est qu'ailleurs Julien déclare à propos de la vente d'un homme libre *tanquam servum* qu'il importe peu que le vendeur soit de bonne ou mauvaise foi. Ici la condition de la *reticentia* n'est pas posée et l'obligation de garantie naît cependant (D. 21-2-39-3). De même, d'après Papinien (D. 21-2-66-1), quand le prêteur accorde contre une usucapion une *in integrum restitutio*, le recours en garantie renaît à titre utile. Cf. Girard, *Mél.* II, p. 267-270 et 219.

le commentaire et non le texte, dans l'autre le texte et non le commentaire. On joue alors sur deux tableaux, on dédouble le problème. On dissocie texte et commentaire pour s'accorder la liberté de les interpréter séparément. Il est facile d'éviter une solution aussi désespérée en identifiant dans l'*aeterna auctoritas* le titre éternel qui fonde le principe même de l'imprescriptibilité. Le commentaire jurisprudentiel apparaît alors comme l'image fidèle du texte.

C'est ainsi que dans une paraphrase qui décalque en langage classique les termes archaïques de la loi Atinia, Labéon les reproduit en les modernisant et ce rajeunissement a remplacé la mention de l'*aeterna auctoritas* par l'énoncé formel de l'interdiction d'usucaper :

loi Atinia	Lab. D. 41. 3. 49
Quod subruptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto.	Si quid est subreptum, id usucapi non potest. . .

Le rapprochement du texte légal et de sa paraphrase vérifie, si besoin est, que titre éternel équivaut à l'imprescriptibilité.

La loi Atinia permet en outre de résoudre un problème que l'adage *adversus hostem* a laissé sans réponse. Le bénéfice de l'*aeterna auctoritas* est-il limité au titre proprement dit que confère un *auctor*, ou bien s'étend-il aussi au titre fictif que la loi extrait de l'*usus*? Pour dissiper l'apparence d'usucapion opposée par un tiers, le volé peut-il se prévaloir de la règle *usus auctoritas*, si elle a eu le temps de jouer en sa faveur?

Une usucapion ancienne est impuissante contre une usucapion récente. L'usucapion la dernière en date a toujours le dernier mot (Gaius, II, 44 : *ne rerum dominia diutius in incerto essent*). Usucapion contre usucapion ne vaut. Mais celle du possesseur d'une *res furtiva* est nulle et pour démontrer cette nullité, il suffit de faire la preuve du vol ou, du moins, de la furtivité de la *res*. Ainsi l'usucapion du volé n'est pas périmée, elle conserve toute sa fraîcheur et toute son agressivité. C'est elle la dernière en date. Aucune autre usucapion n'est possible avant la *reversio rei* entre les mains du dominus (D. 41. 3. 49). Le vol a paralysé le jeu ultérieur de la règle *usus auctoritas* et, à cet égard, a comme immobilisé le cours du temps. De même que la *subreptio* a éternisé le titre d'acquisition du volé, de même elle a éternisé son usucapion, quand celle-ci a pu s'accomplir. L'usucapion est donc certainement incluse dans le bénéfice de l'*aeterna auctoritas*. Cette expression absorbe la fiction légale d'un titre créé par l'*usus*. Le doute laissé sur ce point par l'adage *adversus hostem* est écarté dans la loi Atinia. Et, comme il est peu vraisemblable que le contenu de l'*aeterna auctoritas* n'ait pas été le même dans cet adage et dans cette loi, il est logique de conclure, malgré une injustice certaine mais bien

romaine, que l'*hostis* n'était pas mieux traité par les XII tables que le possesseur d'une *res furtiva* par la loi Atinia. Incapable d'usucaper, l'étranger pouvait se voir opposer l'usucapion de son adversaire romain.

Que la loi Atinia ait introduit une réforme radicalement nouvelle, c'est ce dont ne permet pas de douter le débat que suscita le problème de sa non rétroactivité, axé tout entier sur le mot *erit*⁴⁴. Il n'aurait pas pu être question de faire rétroagir un texte qui se serait borné à reproduire une règle déjà en vigueur. Il est donc impossible que les décemvirs aient plusieurs siècles auparavant prescrit l'interdiction d'usucaper les choses volées. Lorsque Gaius déclare que les XII tables prohibèrent cette usucapion, il prend soin de préciser qu'il s'agit d'un *vulgo dicitur*⁴⁵ et il rappelle que la même opinion populaire prêtait également au code décemviral l'interdiction jumelle d'usucaper les *res vi possessae*, alors que cette interdiction ne fut introduite que par la loi Plautia. Ainsi, dans le domaine de l'usucapion, une double anticipation mettait à l'actif des XII tables des créations bien postérieures⁴⁶.

⁴⁴ A. Gell. *N.A.*, 17-7 . . . *quaesisse ait dubitasseque, utrumne in post facta modo furta lex valeret an etiam in ante facta; quoniam «subruptum erit» utrumque tempus videretur ostendere tam praeteritum quam futurum.*

⁴⁵ Gaius II, 49 . . . *vulgo dicitur furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse.* . . Huvelin, p. 290, a déjà invoqué ce texte pour affirmer la fausse attribution faite aux XII tables, mais il n'a pas invoqué l'argument décisif de la non-rétroactivité.

⁴⁶ Kaser, *loc. cit.*, p. 96-97, a magistralement réfuté les différentes tentatives présentées pour expliquer la double attribution aux XII tables et à la loi Atinia de l'interdiction d'usucaper les choses volées. Lui-même suppose que les XII tables exigeaient une *ploratio* pour entourer le vol d'une publicité suffisante, condition qu'aurait ensuite abolie la loi Atinia. Telle est la dernière tentative pour expliquer que les deux lois aient prononcé la même interdiction.

LA LOI POETELIA PAPIRIA ET LA LOI IULIA DE PECUNIIS MUTUIS

On n'est pas d'accord de nos jours sur la portée qu'il convient d'attribuer à la loi Poetelia Papiria sur les dettes, de la deuxième moitié du IV^e siècle. Cette incertitude est le reflet des sources qui sont à la fois rares et contradictoires¹. Chez Varron (*de lingua lat.* 7,105 *ne essent nexi, dissoluti*), cette loi a en vue le sort des *nexi*, et il en va de même chez Cicéron (*rep.* 2,59 *nectierque postea desitum*). Chez Tite-Live, au contraire, elle ne s'occupe pas seulement d'eux, elle réforme profondément la condition de l'ensemble des *vincti* de la justice civile : 8,28,8 *ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur*. Ainsi comprise, cette loi fait écho à plus d'un siècle de distance aux XII tables. Quelle que soit sa portée, elle fait figure de monument législatif de la première importance, qui transforma le régime des dettes. A son propos, Cicéron évoque le nom de Solon, et Tite-Live parle de *aliud initium libertatis*.

Les problèmes fourmillent. Avant ce vote, le sort des *nexi* différait-il de celui des *vincti*? Cette loi distinguait-elle les *nexi* et les *iudicati*? Libéra-t-elle des chaînes les débiteurs dont l'obligation n'était pas *ex delicto*? Par quel *processus* amena-t-elle la disparition du *nexum*? Les pages qui suivent ne prétendent pas répondre à toutes ces questions mais faire quelques pas sur la voie d'une solution, en éclaircissant les quelques mots qui, aux yeux de Tite-Live, sont l'essentiel de la réforme 8, 28, 9 *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium*.

Kaser² rejette péremptoirement ce dispositif de la loi. Elle donne l'impression d'abolir l'exécution sur la personne, laquelle resta longtemps encore en vigueur; elle paraît, en outre, introduire l'exécution sur les biens qui fut plus tard une création du préteur. Ce n'est pas le législateur qui est à l'origine de cette procédure. Ces remarques sont profondément justes. Mais il paraît difficile d'attribuer à Tite-

¹ Rotondi, *Leges, Publicae*, p. 230.

² Kaser, *Das r. Zivilprozessrecht* (1966), p. 104 n. 87; dans un autre sens Berhends, *Der Zwölftafelprozess* (1974), p. 166 n. 269.

Live ou à sa source des contresens aussi graves, qui dénoteraient une ignorance totale de la justice civile. Même si les historiens ne sont pas des juristes, il faut regarder à deux fois avant de les accuser d'un pareil aveuglement sur des questions de la vie quotidienne. La formule de Tite-Live n'a sans doute pas ce sens. Il n'a sûrement pas voulu dire que la loi Poetelia avait aboli la contrainte par corps, qui survit encore sous le principat. Lorsque cette loi refuse au créancier de s'en prendre au corps du débiteur et lui ordonne de s'en tenir aux biens, elle a en vue quelque chose de beaucoup plus modeste que le remplacement de l'exécution sur la personne par l'exécution sur les biens. Tite-Live omet le serment que la loi imposa aux *nexi* pour qu'ils puissent être libérés; Varron en rapporte le contenu : *et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti*. Si *bona copia* désigne une masse de biens, l'avoir du débiteur, alors on entrevoit dans son abandon, après serment, une tout autre manière de substituer les *bona* au *corpus* du débiteur, pour donner satisfaction au créancier. Il s'agirait d'un précédent à la *cessio bonorum*, qui écarte la contrainte par corps. Si c'est cela qu'a voulu dire Tite-Live, il échappe à l'accusation d'ignorer les plus simples rudiments de la justice civile.

Que *bonam copiam iurare* désigne un serment d'insolvabilité, c'est ce qui résulte clairement de la Table d'Héraclée 113, qui le compte à côté de la *venditio bonorum* parmi les cas d'incapacité de siéger dans un sénat municipal. Une lettre de Cicéron (*fam.* 9,16,7) apporte une nuance appréciable sur le sens de cette expression : l'insolvabilité est partielle, on jure simplement qu'on n'a pas de ressources suffisantes³. L'expression *bona copia* laisse entendre que le patrimoine de l'insolvable a conservé une certaine consistance. Un serment d'insolvabilité totale n'offre guère d'utilité; quand le débiteur est acculé à la contrainte par corps, le plus souvent, sa situation patrimoniale est transparente. Au contraire, un serment d'insolvabilité partielle est fort utile, quand le débiteur offre de céder tous ses biens.

Comme l'a remarqué Berger⁴, le serment de *bona copia* jouit d'une très grande actualité à l'époque césarienne. Les seuls textes qui en parlent, le *De lingua latina* de Varron, la lettre sus-citée de Cicéron (10 juillet 46), la Table d'Héraclée, se regroupent dans ce bref espace de temps qui va de 47 à 45. C'est sous la domination de César que ce serment a le plus de chance de livrer son véritable sens. De longue date⁵, on l'a rapproché de la *lex iulia de pecuniis mutuis*⁶ de 49. On

³ Guénoun, *La cessio bonorum* (1920), p. 9 suivi par Peppe, *Studi sull'esecuzione personale* I, p. 242.

⁴ Berger, *Studi Arangio-Ruiz* II, p. 126 suiv.; voir aussi Peppe, p. 240.

⁵ Guénoun, p. 16 suiv.

⁶ Rotondi, p. 415.

est alors en pleine crise du crédit (Caes. *b.c.* 3,1,2 *fides . . . angustior*); le numéraire est rare (Cic. *Att.* 9,9,4 *propter nummorum caritatem*); par suite de la guerre civile les prix sont tombés très bas⁷. Les débiteurs ont de la peine à vendre leurs biens pour payer leurs dettes. Or il est tenu pour malhonnête de ne pas faire un effort dans ce but, quand on dispose de certaines ressources (Caes. *b.c.* 3,20,3 *integras vero tenere possessiones, qui se debere fateantur, cuius animi aut cuius impudentiae est?*)⁸. Cette loi trouve un remède. Sous l'autorité du prêteur, des *arbitri* estimeront au prix d'avant guerre les biens meubles et immeubles des débiteurs, qui les céderont à leurs créanciers en vertu d'une sorte de dation en paiement : *b.c.* 3,1,2 *constituit (Caesar) ut arbitri darentur; per eos fierent aestimationes possessionum et rerum, quanti quaeque earum ante bellum fuisset, atque eae creditoribus traderentur*. Ces *aestimationes*, dont il est fort question dans la correspondance de Cicéron⁹, apporteront un certain apaisement au problème des dettes. Les créanciers ne seront pas pleinement satisfaits. César l'avait prévu. Dion Cassius offre un renseignement précieux, qu'il convient d'ajouter au dossier du *iuramentum bonae copiae*. Le but du législateur était qu'une partie au moins des dettes fût remboursée : Dio 41,38,2 ἵνα . . . τι ἐκτίνωσι. Ce principe d'un paiement partiel s'exprime à travers les mots *bona copia*.

La Table d'Héraclée nous apprend que ce serment est prêté *in iure* : 113 *queive in iure abiuraverit bonamve copiam iuravit iuraverit*. Comme l'a bien vu Berger¹⁰, la mention *in iure* porte sur les deux verbes du membre de phrase. Il ne s'agit pas alors de voies d'exécution, comme on l'a supposé. Ce serment doit être mis en relation avec la procédure organisée par la *lex iulia de pecuniis mutuis*. Il n'y a aucune hardiesse à supposer qu'il était prêté par le débiteur au moment où le prêteur allait nommer des *arbitri* chargés d'estimer son patrimoine. Il s'agissait de savoir si l'avoir restant présentait une consistance suffisante pour justifier le mécanisme de l'*aestimatio*. Les mots *bona copia* révèlent le but du serment : on ne mettait en branle la procédure estimatoire que si la masse de biens en valait la peine. C'était aussi un moyen d'éviter qu'un débiteur dans le dénuement ne recourût à cet *arbitrium* pour gagner du temps, avant que le créancier n'en vînt à l'exécution sur la personne. Comme prélude à la cession du patrimoine, le serment de *bona copia* servait à garantir quelle

⁷ Frederiksen, JRS. (1966) p. 133.

⁸ Voir aussi Cic. *off.* 3, 78 suiv.; 84.

⁹ Giuffrè, *Labeo* (1972), p. 186.

¹⁰ Berger, p. 127 suiv., qui suppose que le magistrat organise alors les voies d'exécution. Devant *abiuraverit* il y a une lacune, que l'on tente diversement de combler.

porterait sur une masse de biens relativement appréciable. On comprend sans peine que la loi de César ait pris cette précaution. Il va aussi de soi que plus tard la loi *iulia*, vraisemblablement augustéenne, qui généralisa et réglementa la *cessio bonorum*, ait omis ce serment, devenu inutile depuis que l'*aestimatio* préalable du patrimoine avait disparu. Ce serment et cette *aestimatio* étaient des mesures de circonstance, liées à une crise du numéraire.

La *lex iulia de pecuniis mutuis* présentait de sérieux avantages pour le débiteur : elle préservait son *existimatio* (Caes. b.c. 3,1,3 *ad debitorum tuendam existimationem*), en le faisant échapper au déshonneur de la *venditio bonorum*, bien que un peu plus tard une disposition césarienne recueillie dans la Tables d'Héraclée 113 l'ait exclu des honneurs municipaux ; d'autre part, le débiteur qui avait cédé ses biens après le serment de *bona copia* n'avait pas à craindre la contrainte par corps. Sur ce point la *loi iulia* reproduit si curieusement à plusieurs siècles d'intervalle la solution prêtée par Varron à la loi Poetelia que cette similitude demande réflexion.

Ne s'agit-il pas d'une illusion ? Déjà Berger, suivi par Kaser¹¹, admet que le serment de *bona copia* est une création de l'époque césarienne : cette expression technique n'apparaît qu'alors. N'y a-t-il pas lieu de penser avec ces savants que ce serment a été rétrospectivement attribué aux *nexi* de la loi Poetelia par Varron, qui rédigea son *De lingua latina* sous César entre 47 et 45, au lendemain de la *lex iulia de pecuniis mutuis* ? S'il en est ainsi, c'est en ces années là que se fit jour l'idée que la loi Poetelia avait libéré de leurs chaînes les *nexi* qui faisaient abandon de leurs biens au créancier, il devait se contenter des *bona* et se passer du *corpus*. La maladresse de cette invention a entraîné d'inutiles tracasseries pour la science contemporaine. On a pu se demander si tous les *nexi* (Cic. *rep.* 2,59 *omnia nexa civium liberata* ; D. H. 16,5,3 ἅπαντες) avaient été libérés ou seulement ceux qui disposaient d'une *bona copia* (Varro, *lingua lat.* 7,105 *omnes qui bonam copiam iurarunt*). Ce faux problème dénonce le vice de tout le système.

Il est possible de vérifier cette esquisse de démonstration. A propos de l'affaire de Catilina, à l'occasion d'une plainte des conjurés, Salluste¹² évoque la loi Poetelia en des termes qui rappellent ceux de Tite-Live : *Cat.* 33,1 *neque cuiquam nostrum licuit more maiorum lege uti, neque amisso patrimonio liberum corpus habere*. Ce texte ne dit pas que cette loi vénérable substitua l'exécution sur le bien à l'exécution sur la personne il vante simplement les bienfaits de la *cessio*

¹¹ Kaser, *ZP.*, p. 104 n. 88 ; lequel remarque plus loin (p. 316 n. 8) que la *cessio bonorum* du droit classique ne comporte pas de serment du débiteur.

¹² Sur ce texte, Peppe, p. 246 suiv. ; voir aussi D.H. 5, 69,1.

bonorum, qui met le débiteur à l'abri de la contrainte par corps. Qui peut bien croire que la loi Poetelia ait organisé au IV^e siècle un pareil mécanisme, que beaucoup plus tard César imagina à titre exceptionnel pour sortir d'une crise du crédit née de la guerre civile, avant que le législateur ne soit amené postérieurement à le généraliser? Salluste interprète la loi Poetelia comme si elle était une première version de la *lex iulia de pecuniis mutuis*. Ce capitaliste est encore sous le coup de cette loi spectaculaire quand il écrit sa monographie sur Catilina aussitôt après la mort du dictateur¹³. En somme à l'époque césarienne et au lendemain des ides de Mars, il s'est établi dans le milieu cultivé, représenté pour nous par Varron et Salluste, un jeu fictif de correspondances entre ces deux lois. Le serment de *bona copia*, attesté seulement en ce temps, a été transposé dans le dispositif de la loi Poetelia, comme préalable de la *cessio bonorum* des *nexi*. Et celle-ci n'est qu'une imitation de l'expédient imaginé par la loi *iulia*. Le *iuramentum bonae copiae* et l'abandon du patrimoine forment le même tout dans l'une et l'autre loi, avec cette nuance que la plus récente a servi de modèle aux contemporains de César pour dramatiser à l'aide des couleurs du temps présent l'histoire de la libération des *nexi*.

A ce point, le témoignage de Tite-Live ne pèse plus que son propre poids. Il n'en dit pas plus long que Salluste sur la loi Poetelia. Ce dernier parle de *liberum corpus* après la cession du patrimoine. Tite-Live ne fait pas autre chose lorsqu'il écrit : *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium*. Dans l'esprit des deux historiens, la vieille loi sur les *nexi* contenait une disposition qui permettait à ces malheureux de se soustraire à l'asservissement en faisant abandon de leurs biens. Tite-Live mentionne lui aussi cette *cessio bonorum* comme s'il s'agissait d'une antiquité, il ne souffle mot de la procédure d'exécution sur les biens. Comme Salluste, il interprète la loi Poetelia à la lumière de la loi *iulia de pecuniis mutuis*. En conclusion, le serment de *bona copia* et la *cessio bonorum* n'ont rien à voir avec l'histoire des *nexi*.

¹³ Schanz Hosius, *Geschichte der römischen Literatur* I p. 365.

L'ACTE JURIDIQUE AU COURS DE L'ANCIEN DROIT ROMAIN

On connaît les différentes étapes de l'histoire politique à l'époque archaïque et au cours du premier âge républicain, si bien que de l'une à l'autre on sait mesurer tout le chemin parcouru. Cependant pour les mêmes siècles on a pris l'habitude de faire du droit privé une description presque immobile, qu'excuse la pauvreté de la documentation. C'est seulement pour de rares institutions, comme le testament, qu'une évolution se laisse retracer pour la période de l'ancien droit. On peut en faire autant pour l'acte juridique sous ses différentes formes. Depuis longtemps, on a pressenti que la *stipulatio* et la *sponsio* avaient commencé par être deux choses différentes. Elles sont si bien coordonnées en droit classique dans la contexture du contrat *verbis* que par *stipulari* et *spondere* on désigne séparément l'interrogation du créancier et la promesse du débiteur. Mais si en droit privé la *sponsio* a commencé par être un mode de cautionnement, comme le suggère le mot *sponsor*, il faut s'attendre à lui trouver une origine distincte de la *stipulatio*, plus apte à faire naître une obligation principale.

Le *nexum* ne s'est jamais libéré du dilemme qui l'associe au contrat *verbis*. On n'a pas tort de penser que dans l'ancien droit il n'y a pas place pour deux actes au service du crédit. Des doutes périodiquement récurrents viennent assaillir l'existence du *nexum*, qui survit avec régularité à ses condamnations. De deux choses l'une. Ou bien le *nexum* ou bien le contrat *verbis* répond à l'exigence du crédit. La coexistence paraît malaisée. Si la *sponsio* est une forme de cautionnement, le problème paraît résolu et le *nexum* retrouve son droit à l'existence. Le rôle de la *stipulatio* avant qu'elle fusionne avec la *sponsio* devient alors la question la plus embarrassante.

Un autre motif de perplexité est le lien de la mancipation avec le *nexum* que les décemvirs ont unis dans un même verset à l'intérieur de leur code. On ne connaît ce mode de transfert qu'au dernier stade de son histoire après que, selon une heureuse hypothèse, il avait subi une refonte complète. Il est surprenant qu'entre les parties la garantie d'éviction reste une chose tue. Il l'est tout autant que le *mancipio accipiens* prononce la formule agressive de la *vindicatio* au moment où il déclare acquérir l'objet. L'indice le plus sûr d'une refonte est

fourni par le mot *manceps* (*manu capere*) qui désignait autrefois l'aliénateur. Ce terme archaïque s'est effacé du droit privé, mais *mancipare* a subsisté. A travers le vocabulaire de la mancipation, on perçoit une tout autre structure de l'acte.

Le cours de l'ancien droit n'est pas resté invariable, et c'est une erreur de croire que la *sponsio*, la *stipulatio*, le *nexum* et la mancipation ont toujours entretenu les relations qu'on observe dans le dernier état de leur évolution avant l'ère préclassique. C'est par commodité et dans un esprit de simplification que l'on adopte habituellement cette façon de voir. Mais l'agencement réciproque de ces diverses institutions à l'époque archaïque disjoint la *stipulatio* de la *sponsio* et rapproche le *nexum* de la mancipation, comme cela se manifeste dans l'expression décemvirale *nexum Mancipiumque*. Il faut compter avec un temps où l'acte juridique sous ses différentes formes donnait lieu à des combinaisons propres à une autre société et une autre économie.

I

SPONSIO

On s'accorde en général à penser que la *sponsio* a commencé par être un serment prêté à l'aide du mot «*spondeo*». Dans les temps historiques, elle prend la forme nouvelle du contrat *verbis*, par interrogation et réponse à l'aide du même mot, désormais civil. Ce qui est neuf, c'est le dialogue, il ne remonte pas aux origines sacrales de l'institution. On dispose de plusieurs voies pour retracer ce développement qui part d'une formule sacramentelle pour aboutir à un échange de *verba* propre au *ius civile*.

D'aucun secours ne sont les fiancailles dans cette démarche, on sait seulement qu'elles s'accompagnaient de rites dont on ignore la nature (Fest. 440L *interpositis rebus divinis*¹). La *sponsio* internationale² offre un champ d'observation beaucoup plus favorable. Il est possible de retracer pour elle le passage du serment à un dialogue dont les dieux sont absents. Dans trois circonstances critiques, la

¹ Sur ce texte, Karlowa, *R. Rechtsgeschichte* II p. 700; Kaser, *Das altrömische Ius*, 1949, p. 260; Kupizsweski, *ZS* 1960, p. 129.

² Récemment sur ce thème : H. H. Schmitt, *Die Staatsverträge des Altertums* III (1969) p. 27-30; M. Crawford, *PBSR* 1973 p. 1 suiv.; G. Pugliese, *Riv. it. per le scienze giurid.* 1974 p. 34-44; O. Wikander, *Opuscula Romana* XI, 1976, p. 100-104.

défaite de Claudius Clineas en Corse en 236, le désastre de Caudium, la paix honteuse conclue par Mancinus à Numance, elle est fortement attestée, sans qu'il soit permis de parler chaque fois d'invention de l'annalistique. Il ne s'agit pas, pour couvrir le déshonneur des généraux romains, d'un transfert abusif du contrat civil *verbis* dans les relations internationales en vue d'expliquer commodément la cassation de l'accord³. D'autres textes la mentionnent comme l'un des modes de passer un traité avec l'étranger⁴. Elle survit sous le principat et Gaius (3, 94) rappelle que les prudents s'interrogeaient sur son compte. Avec les fiançailles, elle représente un second cas où le verbe *spondere* est en relation avec son homologue grec *σπένδειν* ou *ἐπισπένδειν*, qu'il s'agisse de la promesse de mariage dans la loi de Gortyne ou des *σπονδαί* en droit international⁵. Ces correspondances ne sont pas fortuites et dénotent, comme à propos du mot *poena*, un emprunt au monde grec, qui trouve un écho chez Verrius Flaccus mieux inspiré, quand il enregistre cette origine, que lorsqu'il s'abandonne ailleurs à la facile induction tirée de *sponse sua* : Fest. 440L *spondere Verrius putat dictum, quod sponse sua, id est voluntate, promittatur, deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco dictam, quod ἰ σπονδᾶς interpositis rebus divinis faciant*.

La coexistence de la *sponsio* internationale avec le *foedus* du *ius fetiale* montre que Rome traitait avec l'étranger soit par l'intermédiaire de ses généraux soit par le ministère des fétiaux. Au sens technique du mot, le *foedus* est conclu seulement par ces prêtres⁶, spécialistes des relations entre cités, et comporte un rituel qui lui est propre. La double compétence du sacerdoce et de la magistrature pour passer une convention internationale ne doit pas surprendre. Il eût été beaucoup plus étonnant que seuls les fétiaux y fussent aptes. Ils offrent de sérieuses garanties de sécurité, mais il ne leur appartient pas de déposséder les magistrats supérieurs du pouvoir de représenter la cité auprès de l'étranger. Dans la *rerum repetitio* et la déclaration de guerre, les fétiaux ne sont que de simples exécutants d'une tâche inférieure à la dignité du magistrat. Il n'en est rien pour les traités. La compétence qui va de soi est celle du magistrat; et quand c'est le fétial qui intervient, il le fait sur un ordre exprès du titulaire de l'*imperium*

³ Telle est la thèse de M. Crawford, *loc. cit.*

⁴ Cic. *Balb.* 29; Liv. 9, 20, 8; 9, 41, 20; Fest. 51 L *consponsor coniurator* (dans la *sponsio* internationale il y a pluralité de *sponsores*, – infra); Gaius 3, 94.

⁵ Willets, *The law code of Gortyn*, 1967, p. 20-22, 68, 76; Magdelain, RIDA, 1980, p. 227 suiv.

⁶ Varro, *de lingua lat.* 5, 86; Liv. 1, 24, 6; 9, 5, 1 *negarunt iniussu populi foedus fieri posse nec sine fetialibus caerimoniaque alia sollemni*; 30, 43, 9; voir Wissowa, R.K. p. 552.

(Liv. 1, 24, 4 *iubesne me, rex, cum patre patrato populi Albani foedus ferire*; 30, 43, 9 *ut, ubi praetor Romanus iis imperaret, ut foedus ferirent, illipraetorem sagmina poscerent* – extrait de SC' –). C'est le détenteur du pouvoir politique qui possède en premier lieu la faculté de traiter avec une cité étrangère. Les fétiaux le font aussi, mais sur son ordre.

Le *ius fetiale* apporte sur ce point une dérogation précise aux règles du partage de compétence entre le sacerdoce et la magistrature dans le commerce avec les dieux⁷. En principe, au sacerdoce revient la routine du culte, alors que les titulaires de l'*imperium* ont seuls qualité pour accomplir les actes de souveraineté qui revêtent un aspect sacré : les *auspicia* politiques par opposition aux *auguria* des augures, les *vota* qui engagent la cité, la *devotio* qui fait périr le général en chef, la *dedicatio* qui aliène un bien public au profit d'une divinité, la clavifixion magique par laquelle le *praetor maximus* conjure le mauvais sort aux ides de septembre au temple de Jupiter Capitolin (Liv. 7, 3, 5), le *lustrum* qui est le seul cas où le censeur exerce l'*imperium*⁸. A propos des auspices du magistrat, il convient de préciser que l'augure, s'il est présent, ne joue qu'un rôle d'assistant (*in auspicio esse*)⁹. A cette liste d'exemples, s'ajoute le traité passé par un général en chef. Ce traité est lui aussi un acte de souveraineté, qui s'insère dans le réseau des rapports entre la cité et les dieux. Il peut attirer sur elle leur colère, s'il n'est pas respecté. Mais cet acte de souveraineté n'est pas le monopole de la magistrature, comme c'est la règle pour tous ceux que l'on vient de citer. La singularité des conventions internationales est de relever simultanément de la compétence de la magistrature et du sacerdoce, dans ce dernier cas par mandat de l'autorité politique et en vue du plus grand respect de l'exactitude rituelle et de la foi jurée.

Seuls les traités conclus par les fétiaux portent le nom de *foedus* au sens technique du mot, et il ne fut pas question avant la décadence du *ius fetiale* d'étendre cette qualification au traité passé par un général. La pureté du vocabulaire apparaît en toute clarté dans les cas critiques de Caudium et de Numance. Dans ces deux circonstances, on sait que les fétiaux étaient absents des armées¹⁰, ce qui allait d'ailleurs de soi. Et ce ne fut pas un *pater patratus* qui passa l'accord, mais le général lui-même assisté de vingt des principaux personnages

⁷ Sur ce problème, Wissova, R.K. p. 402 suiv.; Täubler, *Imperium Romanum* 1913, p. 150 suiv.

⁸ Magdelain, *Recherches sur l'Imperium*, 1968, p. 49.

⁹ Magdelain, *Hom. J. Bayet*, p. 440 suiv.

¹⁰ Sur cette absence : App. *Samn.* 4, 5; Liv. 9, 5, 5; pour le traité de Mancinus, des *sponsores* et non des fétiaux sont attestés par Valerius Antias ap. Gell. 6, 9, 12.

de l'armée¹¹. A Numance, Tiberius Gracchus, questeur, était du nombre (Gell. 6, 9, 12). A Caudium, en outre, six cents cavaliers, la fleur de l'armée, furent remis en otage. Ces précautions compensaient l'absence des garanties du *ius fetiale*. A Caudium comme à Numance, la paix fut conclue du côté romain par une série de *sponsores* dont le premier était le chef de guerre¹². Ce sont deux exemples typiques de *sponsio* internationale, que l'annalistique décrit avec d'autant plus de complaisance qu'ils correspondent à des crises graves. Ils illustrent, avec l'épisode de Claudius Clineas, un type de traité qui ne se manifeste pas ailleurs avec autant de précision. A ce compte, la double compétence de la magistrature et du sacerdoce pour conclure des traités internationaux revêt un aspect rituel. Le *foedus* est l'œuvre des fétiaux et la *sponsio* celle du général. La clarté de ce contraste a été troublée par l'évolution du mot *foedus*, qui dans une langue relâchée en est venu à désigner les conventions passées par les généraux. Les Romains étaient conscients de cet abus de langage, ils répètent souvent que le *foedus* est l'affaire des fétiaux; et quand l'annalistique étend ce mot à l'accord de Caudium, Tite-Live condamne cette terminologie comme impropre : 9, 5, 2 *ut vulgo credunt*.

Une monnaie¹³ de la deuxième moitié du II^e siècle commémore la *pax Caudina*, peut-être à l'occasion de celle de Numance. Un sacrifice est décrit, ce sont des guerriers qui avec leurs armes y procèdent. Au contraire, une monnaie¹⁴ du début de l'Empire célèbre le vénérable *foedus Gabinum* et ce sont des prêtres, les fétiaux, qui *capite velato*, ce qui est pour eux la règle (Liv. 1, 32, 6), officient sans aucune arme, ce qui va de soi puisque c'est avec un silex que l'animal est tué (Liv. 1, 24, 9). Les responsables du monnayage romain étaient parfaitement au courant du contraste rituel entre un traité passé par les fétiaux ou par un magistrat. En outre, Appien (Samn. 4, 5-6) en même temps qu'il rappelle l'absence des fétiaux à Caudium, ajoute que l'accord fut juré. Comme il fallait s'y attendre, ce traité comportait un sacrifice et un serment, mais les rites étaient distincts de ceux du *ius fetiale*. Ce n'étaient pas ceux du *foedus*, mais de la *sponsio*. A Numance Appien

¹¹ Voir les textes cités à la note précédente et le commentaire de Mommsen, *Staatsrecht* I p. 248.

¹² Liv. 9, 5, 4; Gell. 6, 9, 12; sur l'authenticité de la liste pour Caudium, voir Beloch, *Römische Geschichte*, 1926, p. 397.

¹³ Crawford n. 234; cette monnaie est à mettre en rapport avec une autre plus ancienne qui représente aussi une scène de serment entre chefs et non entre fétiaux : ce sont des chefs légendaires (Latinus et Enée) : Thomsen, *Early roman coinage*, 1961, 1 p. 279; Alföldi, *American j. of Arch.* 1959 p. 21.

¹⁴ Mattingly, *RIC* 1 p. 78 n. 178; H. Cohen, *Monnaies frappées sous l'Empire Romain*, I p. 110; cf. Magdelain, *Les origines de la Sponsio* 1943, p. 76 suiv.

(Iber. 80) fait aussi allusion à un serment, c'est celui des *sponsores*, auxquels notre source la plus ancienne Valerius Antias (Gell. 6, 9, 12), confie la conclusion de la paix.

Sous l'Empire, la *sponsio* internationale se pratique toujours, mais ses formes ont profondément changé. Elle est devenue un accord *verbis* par interrogation et réponse, comme celui du *ius civile* : Gaius 3, 94 *pacem futuram spondes?* Dans le droit des gens, on observe à une époque récente après l'affaire de Numance, comment la *sponsio* est passée d'une formule sacramentelle¹⁵ à un dialogue. Ce passage s'est opéré beaucoup plut tôt en *ius civile*. L'acte se laïcise en même temps qu'il change de forme. En droit international, c'est chose faite chez Gaius, mais la transformation est antérieure. On interpréta les événements de Caudium à la lumière du droit nouveau. La *sponsio* passée avec les Samnites fut falsifiée dans la forme et dans le fond pour correspondre à la nouvelle texture de l'institution. On la décrivit comme un acte laïc à l'égal du contrat *verbis* en droit civil. Et pour le fond on la transforma en accord préliminaire préparant une paix future. Tout cela s'observe chez Tite-Live. Il oppose à Caudium une *sponsio* désacralisée au *foedus*, comme Mommsen¹⁶ l'a noté, et cela ne fait qu'accroître le contraste. En outre, cette *sponsio* n'est plus un traité définitif, elle se borne à promettre qu'un *foedus* sera conclu plus tard : Liv. 9, 10, 9 *foedus ictum iri sponponderunt*. C'est un *Vorvertrag*¹⁷ comme chez Gaius : *pacem futuram spondes?*. A la manière d'un contrat *verbis*, elle n'oblige que le promettant : 9, 9 15 *sponsio interponeretur quae neminem praeter sponsorem obligaret*. Aussi contrairement à la vérité historique, telle que la science contemporaine l'a rétablie, l'annalistique put-elle prétendre que l'accord de Caudium fut cassé et les *sponsores* livrés aux Samnites, pour sauver l'honneur romain, à la manière de la livraison de Mancinus aux Numantins. Pour mesurer l'ampleur de ces falsifications, il suffit de rappeler qu'à Numance la *sponsio* était encore sacramentelle et se suffisait à elle-même pour établir une paix définitive (App. Iber. 80). Sa cassation par le sénat fut une affaire d'opportunité.

Les savants qui de nos jours ont prêté foi à la nouvelle interprétation des événements de Caudium ont contribué à rendre irrémédiablement obscure la relation plus ancienne entre *foedus* et *sponsio*. Et on a brouillé de la sorte la double compétence de la magistrature et du sacerdoce dans la conclusion des traités. Cette confusion est aggravée par la dialectique tortueuse qui entourait à Rome la *deditio* des *sponsores*; il n'y a pas lieu d'y puiser, comme on l'a fait, le moindre rensei-

¹⁵ Fest. 51 L *consponsor coniurator*.

¹⁶ *Staatsrecht*, I p. 251 n. 1.

¹⁷ Kaser, *Das altrömische Ius*, 1949, p. 261.

gnement sur la nature de la *sponsio*. Les Romains usent d'un faux semblant, quand ils rejettent sur le général la responsabilité d'une cassation dont il n'est pas l'auteur. Dans l'affaire de Caudium, il n'y eut pas de *deditio* et la longue discussion livienne sur le rôle de la *fides* est d'un autre temps. A Numance, Mancinus fut livré, mais le traité était en principe définitif (App. *Iber.* 80), ce n'était pas un *Vorvertrag* à qui manqua sa conversion en *foedus*¹⁸.

Les transformations de la *sponsio* furent à l'origine d'un flottement dans la langue du droit des gens. Désacralisée et réduite à l'état d'accord préliminaire, elle ne s'adaptait guère chez les derniers annalistes au rôle de traité de paix qui avait dans le passé obligé le peuple Romain. Un clivage s'opéra chez les maîtres du récit historique. Tite-Live, convaincu qu'il s'était toujours agi d'une simple entente sans *precatio*, par opposition au *foedus*, *ubi precatio res transigitur* (9, 5, 3), trouvait cette solution avantageuse pour rendre compte à Caudium de la livraison des *sponsores*, tenus pour seuls responsables. Au contraire, ceux comme Claudius Quadrigarius (Liv. 9, 5, 2) et plus tard Cicéron (*inv.* 2, 30, 91)¹⁹ qui se souvenaient qu'un rituel avaient accompagné le désastre, ne pouvaient plus parler de *sponsio* au sens nouveau du mot. Aussi parlèrent-ils de *foedus*, mais improprement comme le note Tite-Live (9, 5, 2 *vulgo*). Ce terme d'abord propre au *ius fetiale*, mais utilisé ensuite dans la langue courante dans les emplois les plus divers, supplanta celui de *sponsio* pour désigner le traité passé par un magistrat. Cela fut d'autant plus facile que la *sponsio* n'était plus ce qu'elle avait été et que après Hannibal, malgré Varron (*de lingua lat.* 5, 86), les fétiaux ne participaient plus guère à la conclusion des traités²⁰.

* * *

C'est une erreur de croire que dans l'ancien *ius civile* la *sponsio* revêtait déjà la forme : *spondesne? spondeo*. Par un étrange accident de la recherche historique, on n'a pas prêté attention aux remarques des antiquaires qui font remonter ce dialogue à une époque plus récente. L'évolution a été la même en droit civil qu'en droit international. On est passé dans ces deux domaines d'une affirmation solennelle à l'échange d'une interrogation et réponse. La tyrannie qu'exer-

¹⁸ A propos de Claudius Clineas en Corse en 236, simple légat, la cassation se justifie par le défaut de compétence : Münzer, RE III 2696; Latte, *Kl. Schr.* p. 376.

¹⁹ Schmitt. *loc. cit.* p. 29.

²⁰ Dalheim, *Struktur und Entwicklung des r. Völkerrechts*, 1968, p. 177; Rawson JRS 1973 p. 166 suiv.; Harris, *War and Imperialism*, 1979, p. 166 suiv.

cent sur nous les Institutes de Gaius n'a pas permis de comprendre le véritable contenu du rapprochement étymologique entre *spondere* et *sponte sua*, proposé par Varron et Verrius Flaccus. Lorsqu'on lit chez Festus : 440L *Spondere Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est voluntate, promittatur*, il n'y a là rien à première vue qui aille au de là d'une simple induction. Mais quand Varron écrit (*de lingua latina* 6, 69) : *qui dicit a sua sponte «spondeo» spondet, est sponsor*²¹, on n'est plus en droit de parler d'une simple hypothèse, suggérée par la similitude des mots. Le texte dit clairement que le promettant prononce spontanément le mot «*spondeo*», sans y avoir été sollicité par une interrogation préalable. La *sponsio* a commencé par être une affirmation unilatérale. Et le promettant s'appelle *sponsor* comme dans le droit des gens. De même, le père qui promet sa fille en mariage, s'appelle *desponsor* (*de lingua lat.* 6, 69, 71). Varron permet de rétablir entre l'ancienne *sponsio* civile et celle des relations internationales une harmonie qui n'est pas fortuite. Dans les deux cas, il n'y a pas place autrefois pour un dialogue.

Le témoignage de Varron n'est pas isolé. Festus est encore plus explicite, il retrace en deux phrases l'histoire de *spondere*, qui est passé du sens de déclaration plus tard (*postea*) à celui de réponse à une interrogation : 462 L *Spondere antea ponebatur pro dicere, unde et respondere ad huc manet, sed postea usurpari coeptum est in promissu ex interrogatione alterius*. Les lacunes du texte sont aisément comblées à l'aide du résumé de Paul Diacre : 463 L *Spondere ponebatur pro dicere unde respondere adhuc manet, sed postea usurpari coeptum est in promissu*. Il faut lire *in promissu* chez Festus comme chez son abrégiateur. Festus n'a pas écrit *de promissu*, comme le supposent O. Mueller et Bruns, et comme le suggère Lindsay, qui va un peu plus loin en proposant de lire un *d* au début de la lacune avec la marque dubitative d'un point souscrit, le *e* étant entièrement conjectural. L'hypothèse de *de* au lieu de *in* doit être écartée. Elle affaiblit gravement le sens. Ces éditeurs n'ont pas remarqué que Festus est en concordance avec Varron. L'interrogation et la réponse du contrat *verbis* sont chose relativement nouvelle. Comme il fallait s'y attendre, l'histoire de *spondere* est retracée chez Varron avec la même ampleur que chez Festus. Après avoir indiqué que la *sponsio* a commencé par être une affirmation unilatérale, au livre VI de LL il en arrive, au § 72 dans un passa-

²¹ Le manuscrit porte : *spondet enim qui dicit a sua sponte «spondeo», spondit, est sponsor*. Plusieurs corrections ont été proposées. Le plus simple est de supprimer *spondet enim* en tête et de remplacer *spondit* par *spondet*. (Bruns, *Fontes* II p. 57). On n'obtient pas un sens satisfaisant en remplaçant *spondit* par *spopondit*. Les éditions récentes de Riganti et de Flobert n'ont pas fait progresser le problème.

ge mutilé²², à la *rogatio* du bénéficiaire de la promesse, comme à une nouvelle étape de l'institution. Cette histoire du mot était à la portée des antiquaires, parcequ'elle ne remontait pas aux temps très anciens. Ce développement était sensiblement postérieur aux XII tables. Chez Plaute, c'est chose faite. Ainsi l'ancien rituel des fiançailles a fait place à un simple contrat *verbis*.

La forme a changé parceque le fond a été complètement bouleversé. Dès le milieu de la République, la *sponsio* a des emplois variés qui sont bien connus, et le cautionnement n'est que l'un d'eux. Au contraire, dans l'ancien droit on ne parle pas encore de *sponsio*, et ce mot chez Gaius (4, 17a) dans la *iudicis arbitrive postulatio* correspond au dernier état de cette procédure. Ce contrat s'est d'abord appelé *sponsus(-us)* et ce terme survit à l'époque classique avec un parfum d'archaïsme, il sert notamment à rappeler que l'usage du mot *spondeo* est réservé aux citoyens (Gaius 3, 179). A côté de ce sens assez large, *sponsus* continue à désigner de façon précise les fiançailles²³ et la promesse d'un garant. Ce sont là les emplois archaïques de ce type de promesse. Par rapport aux *sponsalia*, le cautionnement est prépondérant. Ce sens technique du mot se manifeste à travers la *Lex Furia de sponsu* (Gaius 4, 22), qui allège la charge des cautions, et dans une série de textes aussi bien littéraires que jurisprudentiels²⁴. Dans l'ancien droit, le débiteur principal ne s'engage pas *verbis*; seul le *sponsor* dit «*spondeo*», comme le note Varron, et seul son engagement s'appelle *sponsus*, comme celui du père *desponsor*. En dehors des fiançailles, en droit civil cette promesse est l'exclusivité du *sponsor* et ne sert qu'à fournir une sûreté personnelle. *Sponsor* et *sponsus*, ces deux mots se rapportent à une forme archaïque de garantie, où la caution s'oblige seule *verbis*, alors que la responsabilité du principal intéressé a une autre source. Dans le sens technique de cautionnement *sponsus* n'est pas interchangeable avec *sponsio*. Lorsque apparaît ce mot nouveau, il ne s'applique pas au *sponsor*²⁵. Dans ce domaine l'étude du vocabulaire a fait des progrès récents. On sait à présent que *sponsio* ne sert pas à désigner l'engagement de la caution, bien que par commodité on perpétue de nos jours cet abus de langage. Il est possible d'aller plus loin. Au *sponsus* correspond *sponsor*, comme à la *sponsio* un promettant qu'on appelle *reus promittendi*. Du cautionnement à l'obliga-

²² Goetz et Schoell, *M. Terenti Varronis De Lingua Latina* p. 83 note, ont proposé la meilleure reconstitution du texte.

²³ Varro *de lingua lat.* 6, 69-72; Servius Sulpicius *ap. Gell.* 4, 4.

²⁴ Ulp. *fragm. Argent.* 3, 2 (FIRA II p. 309); Cic. *Att.* 12, 19, 2; in *Clod et Cur.* 16 *Orationum deperdit. fragmenta*, ed. Puccioni p. 97). Sur le mot *sponsus*, Hägers-tröm, *Der r. Obligationsbegriff* II p. 228; Magdelain RIDA 1980 p. 220.

²⁵ Arangio-Ruiz, BIDR 1962 p. 201.

tion principale, la terminologie varie. Les termes qui leur sont respectivement propres, n'ont pas fait leur apparition à la même époque, et ces différences verbales sont liées aux différences de la forme et de la fonction de l'acte. Le *sponsus* se contracte à l'origine *uno loquente*. La *sponsio* apparaît plus tard sous la forme nouvelle d'un dialogue, qui s'adaptera aux promesses les plus diverses. C'est alors seulement que le mot «*spondeo*» fera naître une obligation principale, en réponse à une question qui désormais sera posée aussi à la caution. Le contrat *verbis* de facture récente impose son rituel au cautionnement.

A certains égards, l'ancien droit a ménagé au *sponsor*, comme au père *desponsor*, un traitement de faveur. L'action *ex sponsu* (Varro *delingua lat.* 6, 72; Servius Sulp. *ap. Gell.* 4, 4) s'intentait à l'aide de la *iudicis arbitrive postulatio*, qui fut ensuite utilisée au profit de l'action *ex sponsione* (Gaius 4, 17 a), lorsque celle-ci prit naissance avec le contrat du même nom. Ainsi la caution échappait à la *poena sacramenti*. Parallèlement, son obligation était intransmissible. A ces deux points de vue, il était normal qu'un personnage qui s'engageait sans contrepartie, vit sa charge allégée.

Des études déjà anciennes, en particulier de Mitteis²⁶, ont montré que le cautionnement archaïque à Rome, et chez d'autres peuples, a une fonction profondément originale, qui se transforme ensuite. Dès le milieu de la République, comme le montre la législation *de sponsu*, le *sponsor* vient s'adjoindre à un débiteur principal tenu lui même *verbis*. Il en va tout autrement dans l'ancien droit. La situation du principal intéressé est alors tout à fait singulière. Dans la justice civile, il laisse la caution s'engager à sa place : le *vas* pour sa comparution le *praes* pour le versement du *sacramentum* ou la restitution de l'objet litigieux. Ces mystérieux personnages n'ont pas encore livré tous leurs secrets, mais c'est une chose assurée qu'ils substituent en face de l'adversaire leur responsabilité à celle du plaideur qu'ils secourent. En dehors de la justice civile, le cautionnement joue un rôle précis, qui apparaît clairement dans un cas particulier : lorsque les XII tables (Inst. 2, 1, 41) exigent le versement du prix pour que la vente soit valable, elles apportent aussitôt un tempérament à cette règle, en assimilant au paiement l'intervention d'un *expromissor*, dans lequel on n'a jamais eu de peine à reconnaître le *sponsor* archaïque²⁷. L'acheteur ne s'est lui-même engagé à rien. L'intervention du *sponsor*

²⁶ Mitteis, *R. Privatrecht* p. 266-272, lequel a montré avec une argumentation différente de la nôtre que l'obligation *verbis* avait d'abord servi au cautionnement, en remarquant que dans l'ancien droit elle ne pouvait avoir été un instrument de crédit, fonction propre au *nexum*.

²⁷ Mitteis, RPR p. 270; Schonbauer, ZS 1932 p. 216; Leifer, BIDR 44, 1936 p. 216; Kaser, *Das altröm. Ius* p. 279 n. 56.

le dégage de toute responsabilité à l'égard du vendeur et il n'est tenu qu'à rembourser son garant. Cette disposition décemvirale met en lumière la fonction du cautionnement dans les temps anciens. Le *sponsor*, comme le *vas* et le *praes*, libère le principal intéressé, dont la responsabilité est mise hors de cause. Ces garants sont seuls à exposer leur personne. Le *sponsor* se substitue au débiteur par la fiction que le cautionnement équivaut au paiement. On n'a aucune peine à reconnaître dans quelles circonstances il était amené à intervenir le plus souvent. Le délinquant aux abois qui accepte par simple pacte les conditions de la victime, sera particulièrement heureux de trouver un *sponsor* qui en promettant le montant de la composition le libère, comme s'il avait payé.

Si les remarques qui précèdent sont exactes, le droit des XII tables n'utilise le mot «*spondeo*» qu'à des fins précises, le contrat *verbis* est d'un autre temps et ce sera le *nexum*, jusqu'à sa disparition avec la loi Poetelia, qui servira d'instrument de crédit. Il faut s'attendre à ce que le contrat *verbis* soit postérieur à cette loi.

II

NEXUM ET STIPULATIO

Malgré l'abondance des études²⁸ sur l'acte *per aes et libram* le verbe *nectere* n'a fait l'objet d'aucune enquête et l'on s'en est tenu aux apparences que livre Tite-Live. Cette confiance est peu justifiée. Tite-Live sait peu de chose sur le *nexum* et sa définition des *nexi* est sommaire, pour lui ce sont des débiteurs en état de servitude. Nul doute que les *nexi*, s'ils n'ont pas payé à l'échéance, sont enchaînés. Mais est-on en droit de traduire *nectere* par *vincire*? Et faut-il penser que le *nexum* tire son nom des chaînes de l'insolvable? Il convient d'écarter ce faux semblant. Le débiteur est *nexus* dès la conclusion de l'acte : *dum solveret (solvat), nexus vocatur*, dit Varron (*de lingua lat.* 7, 105). Il est *nexus* avant l'échéance²⁹, en un temps où il ne porte pas encore de chaînes. Il ne faut pas traduire *nexus* par *vinctus*.

C'est pourtant ce que fait Tite-Live sur le mode dramatique, quand il décrit la grave crise de dettes à la veille de la première secession de la plèbe. *Vincula* et mauvais traitements lui fournissent alors

²⁸ Récemment Behrends, RIDA 1974, p. 137-184; Iura 1982, p. 46-103; Albanese. *Le Persone*, 1979, p. 393 suiv. (sur les *nexi*).

²⁹ Mommsen, ZS 23, 1902, p. 349.

la matière d'effets spectaculaires (2, 23, 6-7). Les *nexi* sont les citoyens qu'on enchaîne : 2, 27, 1 *nectebantur alii*; même si on leur accorde une liberté provisoire, ils ne cessent de s'appeler *nexi* : 2, 23, 7 *nexi vincti solutique*³⁰. Le processus est implacable. On a commencé par emprunter et Tite-Live parle alors d'*aes alienum* (2, 23, 1 et 6) et de *pecunia credita* (2, 27, 1 et 10). Puis la malchance aidant, on est dans l'impossibilité de rembourser, et à l'échéance on entre en servitude pour dettes et on revêt les *vincula*. Cette entrée dans le servage, Tite-Live l'appelle : *nexum inire* (7, 19, 5) ou *nexum se dare* (8, 28, 2; V. max. 6, 1, 9). C'est la suite de la dette antérieurement contractée. Il n'y a guère de place pour une intervention du magistrat à l'occasion de ce *nexum* que l'historien ne prend pas la peine de décrire, il ne fait même pas allusion à la balance que, au contraire il met plus tard au centre des largesses du candidat à la tyrannie, Manlius Capitolinus, quand il se plaint à libérer la plèbe de ses dettes (6, 14). Chez Tite-Live le *nexum* est la suite naturelle de l'endettement, le débiteur s'y résout de lui-même, sans que le magistrat le lui impose. Et si avant la première sécession il décrit contre les débiteurs une âpre *iurisdictio* (2, 27, 1; 10) du consul, c'est que le moratoire dont les *nexi* avaient bénéficié, pour servir aux armées, est levé sans pitié quand ils reviennent à la vie civile. Autrement, Tite-Live ne se donne pas l'occasion de parler d'un ordre du magistrat quand le débiteur devient *nexus*. Le débiteur entre alors volontairement dans la servitude pour dettes, et le *nexum* est l'acte par lequel il s'y soumet de son plein gré. Chez Tite-Live ce n'est pas un prêt, c'est un acte d'auto-asservissement. Ce n'est pas le crédit, c'est sa suite. Pour l'historien, *nectere* c'est *vincire*, et la fonction du *nexum* est de couvrir le débiteur de chaînes avec son consentement.

Au contraire, au livre VI, 14 suiv., à propos de la crise des dettes qui a suscité les menées de Manlius, Tite-Live décrit tout autre chose, il n'a que faire dans son récit de *nexi* qui ont accepté leur sort avec résignation. Aussi de *nexi* n'est-il absolument pas question. Ce qu'il faut à l'historien, ce sont des scènes judiciaires pathétiques qui déterminent l'intervention salvatrice de l'agitateur, il paye les dettes des débiteurs entraînés par les créanciers vers la prison privée après l'*addictio* qui fait suite au jugement. Ainsi le récit est-il plein de *iudicati* et d'*addicti*, et il culmine dans la *prohibitio* (6, 15, 9; 6, 18, 14; 6, 20, 5) par laquelle, à lui seul, l'*affectator regni* s'interpose pour contrarier l'autorité judiciaire et arrêter le cours de la *manus iniectio*, en interrompant la *ductio* (6, 14, 10) qui entraîne le débiteur vers les fers. Au livre II et au livre VI, le problème de l'*aes alienum* revêt des aspects

³⁰ Kleineidam, *Die Personalexecution der Zwölftafeln*, 1904, p. 61.

tout différents. Ni dans l'un, ni dans l'autre il n'est question de la forme du prêt, ce qui importe au narrateur c'est ce qu'il advient du débiteur. Au livre II, il n'y a pas d'exécution sur la personne, les *nexi* sont entrés volontairement dans leur condition, et c'est seulement la levée d'un moratoire qui amène la justice à les réintégrer dans leurs chaînes. Au livre VI, les débiteurs sont *iudicati* traînés devant le magistrat en vue de l'*addictio*. Au lieu d'une servitude librement consentie, c'est de *manus iniectio* qu'il s'agit.

Ces récits n'ont pas une grande valeur³¹, ils ignorent le *nexum* comme prêt, les formalités *per aes et libram* sont tout simplement omises. Toute l'attention porte sur les débiteurs. Et à quelques livres de distance, l'auteur ne prend pas la peine d'expliquer pourquoi il parle tantôt de servitude volontaire sans jugement préalable, tantôt de *iudicati* et d'*addicti*, alors que dans l'un et l'autre cas le même *aes alienum* (2, 23, 1 et 6; 6, 27, 3; 6, 31, 2; 6, 35, 1) et la même *pecunia credita* (2, 27, 1; 6, 27, 6; 6, 27, 10; 6, 31, 4) sont à l'origine de ces situations contrastées. Il n'y a pas à chercher de profondes explications à de simples effets littéraires. Le flottement se poursuit quand Tite-Live en arrive au livre VIII à la loi Poetelia. La confusion entre *nectere* et *vincire* est à son comble. Les *nexi* sont des débiteurs enchaînés que l'on détache : 8, 28, 1 *necti desierunt*. Un *ingens vinculum fidei* (8, 28, 8) est écarté, qui prend la forme matérielle des *vincula privata*. L'entrée volontaire dans le servage pour dettes est une sauvegarde du crédit. Pareillement, Aulu-Gelle (20, 1, 48) se recommandant de l'autorité du juriste Sextus Caecilius justifie au nom du crédit, *sanciendae fidei gratia*, la mort qui frappe l'insolvable dans les XII tables. Rétrospectivement, aux yeux des Romains cultivés, c'est une exigence économique qui explique la dureté de l'ancien droit face au problème des dettes. A leur avis, rien n'était autrefois trop fort pour préserver le crédit, la mort ou le servage. Tite-Live est de ceux qui donnent à l'ancienne *fides* ce visage terrifiant, sans le moindre esprit critique, sans se demander si elle n'avait pas plutôt servi dans les temps héroïques à adoucir le droit strict. Comme à tout le monde, la loi Poetelia lui paraît un progrès considérable, *aliud initium libertatis* (8, 28, 1). Mais il ne la présente pas comme une loi sur le *nexum*-prêt, qu'il ignore, pour lui elle est une nouvelle charte de la liberté, elle abolit la servitude pour dettes.

L'annalistique avait besoin d'une réforme qui fût comparable à celle de Solon, rappelée par Cicéron (*de rep.* 2, 59) si bien qu'on est allé trop loin dans l'hyperbole. En réalité, la loi Poetelia a supprimé les *nexi*, mais elle a laissé subsister les *addicti*. Ce qui disparaît, c'est

³¹ Pour un état de la question sur ces textes de Tite-Live, Peppe, *Studi sull'escuzione personale*, 1981, p. 23 suiv.

le force exécutoire du *nexum*, qui permet d'emprisonner sans jugement, la *manus iniectio* conserve sa rigueur. Tite-Live déclare que la loi n'a maintenu les chaînes que pour les délinquants³². Il introduit entre les débiteurs *ex contractu* et *ex delicto* une distinction qui soustrait les premiers aux *vincula*. La servitude pour dettes n'est abolie que pour eux. Pour sauver ce témoignage, que dément l'histoire des voies d'exécution, on a parfois imaginé d'en réduire la portée. Seules les chaînes seraient supprimées quand la dette est contractuelle, à cette réserve près la *manus iniectio* resterait en vigueur contre les insolvable. La loi Poetelia n'aurait fait qu'apporter un adoucissement aux modalités de l'exécution sur la personne. De la sorte, on prive le texte de Tite-Live de tout son éclat et la loi Poetelia cesse d'être une nouvelle conquête de la liberté à la manière de Solon. Tite-Live introduit dans son dispositif une maxime qui interdit toute tentative de banalisation : 8, 28, 9 *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium*. On ne s'est pas avisé que ceci est un lieu commun chez les historiens de l'époque. Diodore de Sicile (1, 79, 3-4) attribue le principe à Solon et Denys d'Halicarnasse (5, 69, 1) en fait une sorte d'idéal politique. Déjà Salluste disait la même chose que Tite-Live à propos de la même loi : *Cat.* 33, 1 *amisso patrimonio liberum corpus habere*³³. L'un et l'autre savaient bien que la *venditio bonorum* était d'un autre temps, et tout au plus pensaient-ils que l'abandon du patrimoine avait alors été un précédent de la *cessio bonorum* pour échapper à la contrainte par corps³⁴. L'essentiel pour eux était de proclamer l'abolition de la servitude pour dettes. Ce faisant, mis à part les délinquants, Tite-Live identifie les *nexi* à toute la cohorte des *vincti* de la justice civile. Pas un instant, il ne pense alors au *nexum*-prêt, il rappelle seulement l'acte de *nexum se dare* pour une dette antérieure (8, 28, 2) dans l'exposé des motifs de la loi. Et dans son dispositif en séparant les délinquants de la masse des autres débiteurs, il écarte la servitude pour toute dette *ex contractu*. A ses yeux, peu importe qu'il y ait eu jugement suivi d'*addictio* ou que le débiteur ait choisi libre-

³² Il ne s'agit pas des délits publics, tout le développement porte sur le droit privé et à propos des chaînes Tite-Live utilise la terminologie des XII tables.

³³ Sur ce texte, Peppe, p. 246 suiv.

³⁴ La loi *iulia de pecuniis mutuis* (49 av. J.-C.) a sans doute servi de modèle. Non seulement le *iuramentum bonae copiae*, créé par elle, a été rétrospectivement chez Varron (de *lingua lat* 7, 105) mis au compte de la loi Poetelia comme condition de la libération des *nexi*, mais en outre la *cessio bonorum*, mise en œuvre par César dans cette loi, est le seul moyen qui chez Tite-Live puisse expliquer que le débiteur échappe à la *manus iniectio*; sur la question, mon étude dans : *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors*, 1987, II, p. 811-817.

ment le servage, la loi libère tous ces prisonniers, *addicti* ou *nexi*³⁵. Jamais chez Tite-Live la confusion entre *nectere* et *vincire* n'a été aussi grande. Il parle des *nexi*, mais il applique la loi à tous les *vincti*, à l'exception des délinquants. A première vue, il y a contraste entre le texte de la loi qui libère tous les débiteurs *ex contractu* et la phrase finale qui ne parle que des *nexi* : 8, 28, 9 *ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur*. La pensée livienne est chancelante, tantôt les *nexi* sont distingués des *addicti*, comme le montre la comparaison entre les livres II et VI, tantôt les uns et les autres forment la masse des *vincti* dans le dispositif de la loi Poetelia. La conclusion de Tite-Live pousse la confusion à l'extrême, il appelle alors *nexi* tous les *vincti* que libère la loi. Ce n'est pas par hasard qu'il en a rédigé le texte en commençant par parler de chaînes.

En somme, Tite-Live ne nous apprend rien sur le *nexum*-prêt, peu de chose sur l'acte de *nexum se dare* pour une dette antérieure, et nous égare à propos de la loi Poetelia. Sur le thème des *nexi*, il écrit des pages de littérature dont le principal intérêt est d'éclairer l'histoire du verbe *nectere*. L'identification de *nectere* avec *vincire* reçoit pour l'avenir la caution d'un écrivain considérable. Déjà chez Tite-Live *nectere* n'entretient aucune relation visible avec le *nexum*-prêt, après lui ce verbe et les mots de cette famille, sans aucune allusion à ce type de contrat, servent parfois à désigner des *vincti* dont la servitude ne trouve pas toujours sa source dans l'endettement. Un exemple typique est fourni par l'épitomateur de l'*Ab Urbe condita* à l'époque de la « latinité d'argent » : per 8, 14 *Plebs nexu liberata est*. « La plèbe fut libérée de l'esclavage pour dettes » (trad. Jal). Ce bref renvoi à la loi Poetelia ne parle pas plus que l'original du *nexum*-prêt. Le mot *nexus*, gen. *us*, peut désigner cet acte, mais le plus souvent se rapporte à des liens matériels, parfois immatériels. L'abrégiateur a clairement en vue les chaînes dont la loi Poetelia a libéré la plèbe. Rien ne permettait au lecteur de remonter jusqu'à l'acte *per aes et libram*. Cette *Periocha* ne livre que l'image d'insolvables enchaînés, sans allusion à la source de la dette. Au premier siècle du principat, Columelle use du même langage pour décrire des terres cultivées par des malheureux enchaînés, qui sont à la fois des citoyens asservis et des esclaves : 1, 13, 12 *nexu civium et ergastulis*. Le même mot est employé que dans l'abrégé de Tite-Live pour désigner l'aspect le plus dégradant de la servitude pour dettes, sans fournir le moindre renseignement sur la forme juridique de l'endettement. Et, circonstance aggravante, les chaînes sont aussi portées par des esclaves, compagnons d'infortu-

³⁵ Liv. 8, 28, 8 *iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*.

ne³⁶. On en viendra à parler de *nexi* en l'absence de toute dette à propos de détenus des prisons publiques, comme le fait Justin au sujet d'un tyran sicilien : 21, 1 *nexorum tria milia e carcere dimittit*; 21, 2 *nec ut pater carcerem nexis, sed caedibus civitatem replet*. C'est alors non un créancier mais l'état qui enchaîne. De même dans une constitution d'Honorius et Théodose en 416, à la suite d'un délit public le coupable est *ligatus ferreis nexibus* (C. 12, 60, 3, 2). On trouve le terme de l'évolution dans le *Glossarium Ansileubi* : *nexum : vincula, catena; nexus : ligatus*.

Les sources d'époque impériale, surtout Tite-Live, déforment fâcheusement l'image des *nexi* sous la République. Elles les noient dans la foule des *vincti*, et après leur disparition l'exécution sur la personne est réservée par la loi Poetelia aux coupables de délits privés. Dans le fond et dans la forme, le passé républicain est gravement altéré. La loi Poetelia n'a rien dit de tel. Après elle, la *manus iniectio* n'a pas subi de pareilles restrictions³⁷. Ni la *lex Ursonensis* (c. 61), qui lui consacre un important développement, ni Gaius dans sa description des actions de la loi n'en limitent l'emploi aux obligations *ex delicto*. La *lex Ursonensis* reproduit, sous le nom de *ius civile*, le droit décemviral auquel elle déclare se conformer sur les modalités de l'asservissement. Gaius retrace l'histoire de la *manus iniectio* après les XII tables, il ne fait aucune allusion à une limitation de son domaine, au contraire il énumère les principales lois qui, au cours de la République, l'ont élargi. La *manus iniectio pro iudicato* et la *manus iniectio pura*, dont il cite les applications notamment à propos du cautionnement et des legs, n'auraient pas pu exister, si cette action de la loi n'avait plus été possible qu'à l'encontre des auteurs des délits privés. Au point de vue de la langue, la confusion entre *nectere* et *vincire*, *nexi* et *vincti*, *nexus* (gen.-us) et *vincula*, très nette chez Tite-Live et à sa suite jusqu'aux *Glossaria Latina*, appelle une comparaison avec l'usage républicain. Sous la République, dans le vocabulaire de l'exécution sur la personne, à propos des chaînes, on dit *vincire* et non *nectere*³⁸ : XII tables 3, 3 *vincito*; *lex Ursonensis* c. 61 *iure civili vinc-*

³⁶ On discute sur la valeur de ce témoignage au point de vue de l'histoire économique et sociale : Staerman. *La schiavitù nell'Italia Imperiale*, 1975, p. 22; Mazza, dans *Terre et paysans dépendants dans les Sociétés antiques*, 1979, p. 450, 481 n. 54; De Martino. *Storia economica di Roma antica*, 1979, II p. 27; Peppe p. 100 suiv.; voir aussi Labienus ap. *Sen. contr.* 10, 4, 18 *ingenuorum ergastulis*.

³⁷ Au cours du *dilectus* de 216, on eut recours aux *pecuniae iudicati in vinculis* (Liv. 23, 14, 2-4). Ce sont des débiteurs *addicti*, selon la meilleure interprétation. (Peppe p. 195 suiv.)

³⁸ On cite souvent en sens contraire le passage de Cicéron (*de rep.* 2, 59) sur la loi Poetelia, il sera analysé plus loin.

tum habeto; Plaut.. *Men.* 96-97 *nam ego ad Menaechmum hunc eo, quo iam diu sum iudicatus : ultro eo, ut me vinciat*; *Poen.* 833 *verberatum vinctum addictum*³⁹. De même en droit sacré les enchaînés ou entravés, que le licteur écartait autrefois de certaines cérémonies du culte, sont appelés *vincti* et non *nexi* : Paul. Fest. 72, 11 «*hostis, vinctus, mulier, virgo, exesto*»⁴⁰. Il s'agit aussi bien des esclaves que d'insolvables. Pareillement, en raison du même tabou, ces enchaînés se voient interdire l'accès de la maison du *flamen dialis*, et Fabius Pictor le juriste dans son traité de droit pontifical énonce cette règle (Gell. 10, 15, 8) à l'encontre du *vinctus* et non du *nexus*, qu'il eût été incongru de mettre à sa place. Sous l'empire, la confusion entre les *nexi* et les *vincti*, si remarquable chez Tite-Live, n'a eu cependant qu'une diffusion limitée. Dans l'*Ab Urbe condita*, elle prend une importance considérable à propos de la loi Poetelia, parceque l'auteur ne sait trop comment expliquer qui sont les *nexi*, ni les distinguer des *addicti*. Après Tite-Live, c'est surtout à travers le sens matériel du mot *nexus* (gen.-us) que se perpétue la confusion, et cela confirme qu'elle a les *vincula* pour point de départ. Toutefois, elle ne se propage pas chez les spécialistes et ne contamine pas la langue technique du droit. A propos du *iudicatus*, Gaius écrit : 4, 21 *vinciebatur*. Pareillement, on lit chez Aulu-Gelle, dont la source est alors un prudent : 20, 1, 51 *Addici namque nunc et vinciri multos videmus*. De même dans toute la littérature jurisprudentielle, c'est toujours *vincire* et jamais *nectere* qui désigne l'enchaînement des esclaves.

La confusion entre les *nexi* et les *vincti* est un phénomène d'étroite portée. C'est seulement chez Tite-Live qu'il revêt quelque ampleur, mais variable. Tantôt les *nexi* sont une catégorie spéciale de *vincti* et se distinguent des *addicti*, tantôt ils ne font qu'un tout avec la masse des débiteurs insolvables que la loi Poetelia libère de leurs chaînes. Tite-Live, resté dans l'ignorance du *nexum-prêt*, interprète systématiquement face à ses sources *nectere* par *vincire*, si bien que les *nexi* sont à son gré ou une variété de la servitude pour dettes ou celle-ci dans sa totalité. L'erreur de Tite-Live est naturelle et a pris les couleurs de la vérité, parceque le *nexus* qui ne paye pas à l'échéance est enchaîné. Tite-Live s'est trompé sur le sens du mot du fait qu'il ne fait aucune place à l'acte libral. S'il en avait lu ou du moins retenu la description chez Varron, il aurait su que c'est dès sa conclusion que l'emprunteur devient *nexus*.

³⁹ Sur ce texte, Peppe p. 200, 207.

⁴⁰ A propos de ce texte : Latte, *R. Religionsgeschichte* p. 382; Wagenvoort, *Roman Dynamism* p. 151; Bömer, *Untersuchungen über die Religion der Sklaven in Griechenland und Rom*, IV (1963) p. 84 n. 1.

Tite-Live n'est pas seul à confondre *nectere* avec *vincire*, mais si d'autres auteurs en font autant et voient dans *nexus* (gen.-us) les chaînes de la servitude, ils sont rares et cet usage paraît remonter à lui. Les autres sources sur le *nexum* procèdent différemment, en particulier les antiquaires. Ni Varron (*de lingua lat.* 7, 105), ni Festus (160, 162 L) ne parlent de chaînes. Les commentateurs⁴¹ de l'adage decemviral : 6, 1 *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, n'y font aucune allusion. Les nombreux textes de Cicéron⁴² où il est question de l'acte rituel sous le nom de *nexum* ou *nexus* observent le même silence. Tite-Live est isolé avec ceux qui semblent dépendre de lui, comme le montre la comparaison avec la littérature antérieure et celle de son temps. *Nectere* a rarement en prose un sens matériel, qui est au contraire fréquent en poésie⁴³. Ce verbe absent chez Térence, très rare chez Ennius, Plaute et Lucilius, se multiplie chez les poètes à partir des derniers temps de la République. Chez eux, dans le sens d'attacher il a souvent pour complément direct le lien qui est appliqué, on trouve par exemple : *nectere alicui laqueum* (Hor. *ep.* 1, 19, 31). Quand il s'agit de chaînes qui sont attachées à quelqu'un, la tournure est *alicui nectere catenas, vincula*⁴⁴. Mais alors ce n'est pas le verbe lui-même comme dans le cas de *vincire*, c'est le complément qui indique qu'on a affaire à des chaînes. *Nectere* n'accède pas, comme chez Tite-Live, au sens d'enchaîner dans la poésie de son temps, et on n'y trouve pas *nexus* à la place de *vinculus*⁴⁵.

Les emplois de *nectere* etc. en prose méritent la même attention. Chez de nombreux auteurs ce verbe est absent, comme Caton dans toutes ses œuvres, les fragments des orateurs républicains, les fragments des annalistes, la Rhétorique à Herennius, Cornelius Nepos, Aulu-Gelle. Il est très rare chez Salluste, Pétrone, Suétone, l'Histoire

⁴¹ Bruns, *Fontes*, p. 25.

⁴² Sur ces textes : Mitteis, *R. Privatrecht* p. 137; Pflüger, *Nexum und Mancipium*, 1908, p. 20; Costa, *Cicerone giuriconsulto*, 1927, I p. 105 suiv.

⁴³ L'enquête est menée principalement à l'aide des lexiques et concordances propres à chaque auteur, pour lesquels il suffit de renvoyer à H. Quellet, *Bibliographia indicum, lexicorum et concordantiarum auctorum Latinorum*, 1980, à qui il faut ajouter notamment : Malcovati, *Oratorum Romanorum fragmenta liberae Rei Publicae. II Index verborum*, 1979; Briggs, *Concordantia in Catonis librum de agricultura*, 1983. ERNOUT-MEILLET, *Dict. étim. de la langue latine*, 1967, p. 435 v. *necto* = « s'emploie au sens propre comme au sens figure. Mais le sens propre ne se trouve guère qu'en poésie ».

⁴⁴ Virg. *ecl.* 6, 23; Sil. Ital. 11, 241; 247. Même expression chez Hor. *carm.* 1, 29, 5 dans le sens de tresser des chaînes; dans ce sens voir aussi Plin. *ep.* 9, 28, 4.

⁴⁵ Chez Hyg. *Fab.* 135, 2 *ipsum quoque nexum necaverunt (dracones)*, il s'agit de l'étreinte des monstres.

Auguste. Chez Cicéron, en dehors des textes sur l'acte libral, les mots de cette famille ne sont guère utilisés que pour indiquer au nom du principe de causalité l'enchaînement des choses, mais cet emploi bénéficie d'une certaine prédilection. Chez Tite-Live, en dehors du problème des dettes *nectere* est fort rare et n'apparaît que deux fois sous la forme : *dolus nectitur*. Tacite use quatre fois de *nectere*, mais c'est toujours sous la forme d'un tic de style dans l'expression *nectere moras*, alors que *nexus* (gen.-us) est pris parfois dans un sens propre. Sénèque a un certain goût pour ces mots, sans qu'il s'agisse de chaînes. En somme, en prose comme en vers, sous la République et au début du Principat, c'est sous des aspects opposés la même carence. Chez les poètes, par *nectere* on entend le plus souvent un lien matériel, mais il ne s'agit de chaînes que si elles viennent en complément direct de ce verbe, qui à lui seul ne remplace pas *vincire*. Chez les prosateurs on observe souvent son absence ou sa rareté, et chez ceux qui en usent il ne se présente guère qu'en un sens figuré, si bien que de chaînes ils n'ont pas l'occasion de parler. Ni dans un secteur, ni dans l'autre, on ne trouve d'usage courant qui vienne confirmer l'emploi de *nectere* chez Tite-Live et ses imitateurs. Ce constat montre à quel point est mal placée la confiance qu'on a coutume de lui faire. Presque toute la littérature latine témoigne contre lui sous la République et dans les premiers temps du Principat.

Cette enquête trouve sa conclusion chez Festus : 160 L *Nectere ligare significat, et est apud plurimos auctores frequens; quin etiam in commentario sacrorum usurpatur hoc modo : « Pontifex minor ex stramentis napuras necito », id est funiculos facito, quibus sues adnectantur*. Par *nectere*, il faut entendre un lien qui n'est pas spécifiquement une chaîne⁴⁶. Si tel est le cas, c'est à l'auteur de le préciser. La langue sacerdotale, comme celle des poètes, utilise ce verbe dans un sens matériel; ainsi que le montre la citation des *commentarii sacrorum*. Et il en va de même pour *obnectere* dans le vocabulaire des cérémonies nuptiales, sans que la nature du lien soit indiquée : Fest. 206 L *Obnectere, obligare, maxime in nuptiis frequens est*⁴⁷. Dans les XII tables (6, 1), l'expression *nexum facere* désigne l'accomplissement d'un acte juridique dont les rites, en dehors d'une pesée, restent obscurs. Il est exclu que dans la langue décemvirale il faille reconnaître dans *nexum*, sur le mode abstrait, l'engagement du débiteur⁴⁸. Lorsque Tite-Live écrit *nexum inire* ou *nexum se dare*, il a en vue les chaînes d'une servitude qui prend naissance aussitôt. Son ignorance du *nexum-prêt* ne lui donne même pas l'occasion de se demander si cet

⁴⁶ Cf. Nonius I p. 80 L *nexum enim dicimus aptum et conligatum*.

⁴⁷ Cf. *Thes. l. l. v. obnecto*, IX, 2, 121.

⁴⁸ Lenel, ZS 23, 1902, p. 95.

acte comporte un lien rituel. C'est ce que recommande la parenté de la langue juridique avec celle du culte. Ce qu'il y a de commun à ces deux registres à propos de *nectere* et *nexum*, c'est que Festus définit *nectere* et *obnectere* par *ligare* et *obligare*, que lui-même parle d'*obligari* à propos de l'*aes nexum* (162 L *pecunia, quae per nexum obligatur*) et que Varron en fait autant (*de lingua lat.* 7, 105 *id aes, quod obligatur per libram*). Varron a commencé par dire : *quae per aes et libram fiant ut obligentur*, à titre de définition générale des effets du *nexum*. Il faut grouper tous ces textes sous le même regard. Les verbes *ligare* et *obligare* font apparaître une cohérence. Il serait singulier qu'ils soient pris chez les mêmes antiquaires en deux sens différents, l'un matériel à propos du culte, pour expliquer *nectere*, l'autre abstrait en matière juridique, pour rendre compte du *nexum*. Tite-Live, si ignorant fût-il de cet acte, ne doutait pas qu'il mît en œuvre un lien matériel. Sur ce point, il a vu juste, même s'il a eu tort de croire que c'était la chaîne de la servitude pour dettes. Chez les décemvirs, *nexum facere* ne se laisse définir que comme un rite⁴⁹.

Avant tous ces préliminaires, il eût été prématuré d'aborder le passage de Varron qui recèle le secret du problème : *de lingua latina* 7, 105 «*Nexum*» *Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mucius, quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quom mancipio detur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit : nam id aes, quod obligatur per libram «neque suum» fit, inde «nexum» dictum. Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat, dum solveret (solvat), nexus vocatur, ut ab «aere» «obaueratus». Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti*⁵⁰. On n'a jamais mis en doute que le verbe *obligare*, qui revient deux fois dans ce texte, puisse désigner autre chose, à propos du *nexum*, que l'obligation du débiteur. Sur ce point il faut remarquer l'accord, qui n'est pas toujours de règle, entre juristes et philologues. Cette unanimité est trompeuse. On a l'habitude de comprendre que l'*aes nexum* est la somme prêtée, et on s'appuie aussi sur Festus : 162 L *Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur*. La tournure «*obligatur per libram*» ou «*per nexum*» signifie-

⁴⁹ Lorsque Cicéron (*de orat.* 3, 159) remarque que le mot *nexum* ne doit pas être pris au sens propre, il a en vue l'acte *per aes et libram* de son temps, qui reçoit couramment cette qualification, notamment la mancipation. Il ne s'agit pas du *nexum*-prêt de l'ancien droit.

⁵⁰ Nous avons adopté les corrections habituelles : *praeter quom* pour *praeter quam* (Pflüger. *Nexum und Mancipium*, 1908, p. 60-61 ; Kent, *Loeb*) ; *id aes* pour *id est* (correction toujours admise depuis Mommsen) ; *debet dat* pour *debebat* (depuis Schwegler) ; cf. Noailles, *RHD* 1940-41 p. 240 suiv.

rait simplement que cette somme est due en vertu de l'acte libral. C'est oublier que *obligari* ne se dit des choses dues que dans un usage laxiste, rarissime⁵¹. En principe, dans la langue jurisprudentielle une *res obligata* fait l'objet d'un gage⁵². A propos du *nexum*, ce sens est exclu. L'embarras est grand, à première vue on n'a le choix qu'entre un emploi incorrect d'*obligari*, incompatible avec l'autorité de Q. Mucius dont se recommande Varron, et le contrat de gage, auquel il est impossible de reconduire l'*aes nexum*. C'est alors qu'il faut songer à l'expression *pecuniam alligare* que Varron (*de lingua lat.* 5, 182) met en rapport avec le verbe *stipulari*. Cette relation sera expliquée plus loin. On est tombé à propos de cette tournure dans la même erreur que pour l'*aes*, *quod obligatur per libram*. On a cru qu'il s'agissait d'une somme due en vertu d'un contrat⁵³. Or *pecuniam alligare* est une expression totalement ignorée de la jurisprudence. *Alligare*, *obligari*, *nectere*, ces trois verbes à propos d'*aes* ou *pecunia* ont le même sens. Ils ne veulent pas dire qu'une somme fait l'objet d'une dette, les prudents ne s'expriment jamais de la sorte. Ces verbes ont dans le même contexte leur sens propre. Les antiquaires les tiennent pour interchangeables, ils définissent *nectere* et *obnectere* par *ligare* et *obligare*. L'*aes nexum* est pour eux un *aes quod obligatur*, et il a pour pendant la *pecunia alligata*. Grâce à tous ces rapprochements, le *nexum* reconquiert son sens véritable. Il s'agit d'un lien matériel, mais ce ne sont pas les chaînes du débiteur insolvable, comme le pensait Tite-Live. Une fois ce contresens expulsé, non sans peine, ce lien ne peut être que rituel. Il affecte aussi bien la personne du *nexus* que la remise de l'*aes nexum*.

De quel *aes* s'agit-il, de la somme prêtée ou du petit lingot qui l'accompagne? Varron ne confond pas l'*aes nexum* avec la somme due, la *pecunia quam debet (liber)*, à laquelle il consacre un dévelop-

⁵¹ Sur *obligari* au sujet de l'*aes nexum*, Gradenwitz, *Mel. Girard*, I p. 515 n. 1, qui dénonce l'impropriété de cet emploi à propos des choses dues. Comme exemple on peut citer : Hor. *carm.* 2, 7, 17 *obligatam redde Iovi dapem*. Le *Thesaurus l. l.* v. *obligo*, IX, 2, 91 ligne 15 cite Varron *de lingua lat.* 7, 105 *aes, quod obligatur*, à côté de Festus 162 L cit., comme s'il s'agissait d'une somme due, et fait un rapprochement avec Paul D. 46, 3, 98 pr. *Postea aliquam possessionem ex his pro filia sua dotem promittendo obligavit et solvit*, mais dans ce texte le sens d'*obligare* est discuté : Solazzi, *L'estinzione delle obbligazione*, 1935 p. 174 n. 1 ; Melillo, *In solutum dare*, 1970, p. 122 ; Kupisch, *In integrum restitutio*, 1974, p. 79.

⁵² En dernier lieu, Biscardi, *Estudios D'Ors*, 1987, I p. 283-344.

⁵³ Trad. Kent (Loeb) ; *Thes. l. l.* v. *alligo*, I, 1684, 48 ; cf. Behrends, *RIDA*, 1974, p. 167, qui a compris que le sens est matériel et croit qu'il s'agit d'argent mis de côté.

pement distinct⁵⁴. L'*aes* ne devient pas comme elle la propriété de l'emprunteur : *neque suum fit*; cette remarque, qui est mise au service d'un jeu de mot étymologique correspond au rôle rituel du *rodusculum* et n'a rien à voir avec l'idée d'*aes alienum*, qui se rapporte au *mutuum*⁵⁵. Ce lingot reste le bien du créancier, qui à travers lui exerce une emprise subtile sur le débiteur. Quand Varron écrit : *ut ab aere obaeratus*⁵⁶, il veut dire qu'en vertu d'une fiction, qui est l'essence de l'acte, le *nexus* est tenu à rembourser moins au titre du prêt que comme débiteur du lingot magique. Un lien entoure cet *aes* pour parfaire le rite.

Ces remarques permettent de mieux comprendre les textes des antiquaires, quand on les prend à la lettre. Festus parle d'*obligari* à propos de l'*aes nexum* au sens propre, mais au sujet des autres formes de l'acte libral qui ne comportent aucun lien matériel, il dit : 160, 34 L : *id quod necti dicitur*, pour mettre en évidence qu'il n'est question alors de *nectere* qu'au sens figuré, à propos de la *testamenti factio*, la *nexi datio* (la mancipation), la *nexi liberatio* (la *solutio per aes et libram*). Varron cite Q. Mucius après Manilius. Ce dernier a défini le *nexum* comme acte juridique : *nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur*. Au contraire, Q. Mucius définit les *res nexae*, les *nexa*⁵⁷ : *Mucius, quae per aes et libram fiant ut obligentur*. . . On s'est demandé pourquoi Mucius n'a pas écrit tout simplement : *obligantur* au lieu de : *fiant ut obligentur*⁵⁸. La réponse est aisée : il n'en aurait sûrement pas dit plus, s'il n'avait eu en vue qu'une obligation juridique. Mais il veut faire état des rites, sans doute minutieux, qui justifient cette formule, parce qu'il y a des opérations délicates à accomplir. De même, Caton écrit : agr. 33 *vineam sic facito uti curetur*. La tournure de Mucius n'est pas superflue, les rites auxquels il renvoie ont pour résultat que certaines choses sont «liées», et c'est à leur sujet

⁵⁴ Quand Festus (162 L) définit le *nexum aes* comme la *pecunia, quae per nexum obligatur*, il a également en vue le lingot, sans référence au montant de la somme due.

⁵⁵ Tite-Live (2, 23, 1 etc.) et Cicéron (*de rep.* 2, 59) transfèrent l'expression *aes alienum* du *mutuum* au *nexum*.

⁵⁶ Le rapprochement que fait Varron entre *nexus* et *obaeratus* n'autorise nullement à confondre les *nexi* avec les *obaerarii*, terme rarissime que désigne une forme de servage, fort mal connue, apparue plus tard en Italie et dans les provinces, comme le souligne ailleurs Varron (*r.r.* 1, 17, 2). Ce mot fut fabriqué (*vocitarunt*) à ce propos. De même, l'*obaeratus* n'est pas un *obaerarius*, César endetté était *obaeratus* (Suet. *Iul.* 46). Sur ce chapitre obscur de l'histoire économique Peppe, p. 169 suiv.; De Martino, *Storia economica* I p. 106; Lo Casao, *Index*, II, 1982, p. 265-284.

⁵⁷ Magdelain, RIDA 1981, p. 130.

⁵⁸ Schlossmann, *Nexum*, 1904, p. 25 suiv.; Lenel, ZS 25, 1904, p. 402.

qu'il rend *nectere* par *obligare*, selon une équivalence chère aussi aux grammairiens.

Que sont ces *res nexae*, ces *nexa* de Q. Mucius? Le texte de Varron est d'une parfaite cohérence⁵⁹, il développe la pensée du maître avec rigueur. Font l'objet d'un lien d'abord l'*aes nexum*, ensuite le *nexus*. Et cela forme un tout. Les deux développements sont complémentaires, ce qui n'a pas toujours été perçu. Varron poursuit pas à pas un but étymologique. De la phrase sur le *liber nexus* sont tombés quelques mots : *Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat, dum solveret (solvat), nexus vocatur, ut «ab aere» «obaeratus»*. A côté de⁶⁰ *vocatur*, comme on l'a parfois remarqué, devait figurer une indication philologique justifiant le mot *nexus*, de la même manière que *ab aere* justifie *obaeratus*. On peut imaginer sans grande hardiesse : *a nexu*⁶¹, car *nexus* (gen.-us) a un sens matériel plus précis que *nexum*, qui envisage l'acte juridique dans son ensemble. Ainsi, le débiteur *nexus*, comme l'*aes nexum*, reçoit un lien, qu'il portera comme signe distinctif, une sorte de collier, de bracelet, ou de bandeau. Le *rodusculum* y est peut-être attaché.

Les principaux éléments de l'acte sont magiques, des liens ou un seul, un minuscule lingot. Cela n'est pas surprenant. Il n'y a pas trace de religion dans l'acte *per aes et libram*⁶², mais il n'est pas croyable qu'il soit un pur produit de la laïcité. *Nectere* est un terme qu'on utilise dans les pratiques magiques (Virg. *ecl.* 8, 77-78 *necte tribus nodis ternas, Amarylli, colores; necte, Amarylli, modo et «Veneris» dic «vincula necto»*). *Obligare* désigne aussi bien le lien rituel que la contrainte invisible qui en résulte⁶³. De tels rites soumettent la personne du *nexus* à un engagement qui à l'échéance, à défaut de paiement, se convertit en servitude. Les liens magiques préfigurent les chaînes selon le principe que le semblable produit le semblable. Le lingot, selon une remarque déjà ancienne⁶⁴, s'identifie à la personne du créancier qui dès la conclusion de l'acte, s'empare sur ce mode figuré du corps de l'emprunteur. Comme des travaux récents l'ont montré⁶⁵, dans l'Italie archaïque les «objets parlants», notamment les récipients qui s'expriment à la première personne par voie d'inscrip-

⁵⁹ Noailles, RHD 1940-41 p. 214 suiv.

⁶⁰ Lenel ZS 25, 1904, p. 403 suiv.

⁶¹ Peppc, p. 224.

⁶² Mitteis, R. *Privatrecht* p. 26.

⁶³ Audollent, *Defixionum tabellae*, 1904, p. 476, 480, 486; Paul *sent.* 5, 23, 15 *qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent defigerent obligarent...*

⁶⁴ H. Lévy-Bruhl, *Quelques problèmes de très ancien droit romain*, 1934, p. 143; Leifer, ZS 1937, p. 161 suiv.

⁶⁵ Colonna, *Epigraphica* 1983, p. 49-64.

tions, déclarent souvent : «je suis un tel»⁶⁶, comme ils disent aussi «j'appartiens à un tel». Vraisemblablement, comme on l'a supposé, cette identification d'un bien meuble avec son propriétaire est de nature à expliquer comment dans la pratique du don et du contredon, vérifiée à la même époque, la personne du donateur par l'entremise de l'objet exerce sur le donataire une action magiquement contraignante qui conduit à la réciprocité. A plus forte raison, dans le cas du prêt le petit lingot qui représente le créancier détermine le débiteur à le rendre avec la somme due, pour que l'emprise qu'il symbolise ne se transforme en exécution sur la personne. Mais on ignore si cette pièce de métal porte une signe distinctif. Contrairement à ce qui se passe pour le don, elle reste la propriété du remettant (*neque suum fit*), de telle sorte que son action est d'autant plus forte⁶⁷.

Au moment du paiement, pour éteindre les effets du *nexum*, la loi de la correspondance des formes exige l'accomplissement de rites opposés à ceux qui ont fait naître l'obligation. Gaius (3, 173) rappelle le principe à propos de la *solutio per aes et libram*, dans la mesure où il reste pour elle en vigueur de son temps, sans prendre la peine d'évoquer la *nexi liberatio* (Fest. 160, 35 L) de l'ancien droit. La *nexi liberatio* littéralement n'est pas la libération du *nexus*, mais l'extinction des effets du *nexum*. A l'échéance, le créancier aurait tort d'en refuser les formalités pour s'en tenir à un paiement sans formes; usant de sa position de force, il pourrait être tenté par cette manœuvre de conserver intacts ses droits. Mais le magistrat y fera obstacle en refusant l'*addictio*, quand le débiteur sera soumis à la *manus iniectio*. La pesée à elle seule ne suffit pas à éteindre la dette, il faut encore que les rites de la *nexi liberatio* viennent effacer ceux du *nexum*. Dans le cas de l'*acceptilatio*, on recourt avec habileté à la correspondance des formes pour obtenir, par la fiction du paiement, la remise de dette, c'est alors une commodité. Autrefois, dans la *nexi liberatio*, avant qu'elle ne se transforme en *solutio per aes et libram*, le paiement n'est pas feint et les formes qui l'accompagnent sont une nécessité. La magie du *nexum* doit être neutralisée, sinon l'engagement demeure. Les simplifications de l'enseignement ont rapproché chez Gaius des opérations qui, sous une similitude apparente, ont des origines distinctes.

Lorsque Varron écrit : 7, 105 *dum solveret (solvat), nexus vocatur*, il a en vue la situation du débiteur depuis le prêt jusqu'au paiement, à

⁶⁶ En latin on trouve : CIL ; I², 474 *ego Kaniaios*; 479 *ego Fulfios*; 462 *Eco C. Antonios*.

⁶⁷ Au point de vue de l'histoire économique, on conteste parfois l'éventualité du remboursement, qui excéderait les moyens du débiteur : voir en particulier De Martino, BIDR 78, p. 42 suiv.

cet instant grâce à un acte contraire il cesse d'être *nexus*. Un texte aussi clair a le plus souvent été bien compris, mais il n'a pas manqué d'être défiguré, Varron voudrait dire que le débiteur ne sera libéré de sa servitude qu'après avoir remboursé la dette par son travail⁶⁸. On se place alors après l'échéance et au lieu de comprendre *dum solveret* dans le sens de *solvere pecuniam*, on pense aux journées de travail de l'*addictus*. C'est confondre le *nexus* avec l'*addictus* après une procédure de *manus iniectio*, dont Varron ne parle pas pour cette simple raison qu'il se place avant l'arrivée du terme. Pour lui, le débiteur est *nexus* jusqu'à ce que, à la date prévue, le paiement le libère de cet état. S'il ne paye pas il subit l'*addictio* et ne cesse pour autant, malgré son servage, de devoir la *pecunia* qu'il a empruntée, comme le rappelle une loi ou pastiche de loi cité en tête d'une *declamatio* attribuée à Quintilien : 311 *Addictus, donec pecuniam solverit, serviat* (ed. Ritter p. 222). Ce texte ne laisse aucun doute sur l'objet de la *solutio*, quand Varron écrit : *dum solveret*. Après comme avant terme, c'est la *pecunia* qui est due, même si des journées de travail peuvent ensuite en tenir lieu⁶⁹. A propos des dettes d'argent, *solvere* n'a pas d'autre objet, quand ce verbe est pris dans son sens pur, que le montant en métal, comme cela se manifeste dans la formule de la *manus iniectio* : « QUANDOC NON SOLVISTI (Gaius 4, 21). Si une *satisfactio* est envisagée à la place, dans les actes juridiques et les formules d'action il est expédient de le dire (D. 40, 4, 41, 1 « *Stichus. . . si solverit satisve fecerit, liber esto*; formule de l'action Servienne : *eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse* – Lenel, *EDICTUM PERPETUUM*, p. 494).

Certains éléments de la *nexi liberatio* survivent dans la *solutio per aes et libram*, que décrit Gaius comme un mode de remise de dette. Lorsque dans cet acte le débiteur déclare : « ME A TE SOLVO LIBEROQUE » (Gaius 3, 174), l'archaïsme de cette formule remonte à l'époque où *solvere* se disait non de la *pecunia*, mais du *nexus*. On a raison de penser que les verbes, *solvo liberoque*, sont pris non au sens figuré mais au sens propre⁷⁰. Toutefois, ce n'est pas de chaînes, comme on l'a dit, dont le *nexus* se libère, de celles-ci il se dégagera après l'échéance, s'il n'a pas payé, par ses journées de travail. A terme échu, quand il paye, la *nexi liberatio* le libère du lien plus subtil qu'il porte sur sa personne, depuis la conclusion du *nexum*. Le *contrarius actus* dénoue ce lien. Dans cet ensemble, *solvere* a comme *nectere* un sens matériel.

⁶⁸ Finley, RHD 43, 1965, p. 159 suiv., critiqué par Kaser, *Das r. Zivilprozessrecht*, 1966, p. 103 n. 83.

⁶⁹ Sur le remboursement par les *operae*, Behrends, *Iura* 32, 1981, p. 268 suiv. (à propos du livre de Peppe cité ci-dessus).

⁷⁰ Solazzi, *L'estinzione delle obbligazione* p. 15; Koschaker, *ZS* 37, 1916, p. 353.

Là ne s'arrête pas la correspondance des formes. La *nexi liberatio* efface un autre rite du *nexum* par un rite inverse qui est conservé dans la *solutio per aes et libram*, c'est la restitution du petit lingot que le *nexus* a reçu en même temps que le montant du prêt. Il doit s'en défaire, au moment où il rembourse, pour se dégager de son emprise magique, lui qui est *ob aere obaeratus*, ce qui n'est pas une simple figure étymologique mais l'image d'un homme possédé par le métal⁷¹. La restitution simultanée de la somme due et du *rodusculum* survit dans la *solutio per aes et libram* : « ME A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQUE EXPENDO. . . » (Gaius. 3, 174). On distingue dans cette formule le lingot : *hoc aere*, et le montant de la dette sous l'aspect des livres d'airain, qui seront pesées et versées de la première à la dernière. Cette formule date du temps où la remise de lingot s'accompagnait d'une pesée sincère. Quand il ne s'est plus agi que d'une remise de dette, à la suite d'un jugement dans l'exemple de Gaius, le rite s'est simplifié et le même as qui sert de *rodusculum*, passe pour être pesé autant de fois qu'il y a de livres à restituer.

Lorsque la loi Poetelia proclama à la fin du IV^e siècle, pour l'avenir la disparition du *nexum*, elle eut à cœur de libérer tous ceux qui étaient pris à cette date dans ce terrible engrenage. Il fallait éliminer une institution civile aussi bien dans le futur que dans le présent, autrement dit faire en sorte qu'il n'y ait plus de nouveaux *nexi* et libérer ceux qui subsistaient encore. Mais il était exclu de prononcer la nullité de l'acte tant à l'avenir que dans l'immédiat. On était encore fort loin de la technique des *leges perfectae*, et l'annulation d'un acte civil n'était pas en ce temps du ressort du législateur. Tout ce qu'il put faire, ce fut d'ordonner aux créanciers de libérer les *nexi* et d'interdire à l'avenir la conclusion du *nexum* : Cic. *rep.* 2, 59 *cum sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum*. Par *nexa civium liberata*, l'auteur désigne la *nexi liberatio* que la loi impose aux créanciers au profit des *nexi*; elle ne touche pas au *nexum* conclu dans le passé, elle recourt à l'acte contraire de la remise de dette. Pour l'avenir, elle n'abolit pas, elle interdit, si bien que le *nexum* disparaît : *nectierque postea desitum*. Varron dit la même chose : 7, 105 *Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret*. D'après l'un et l'autre texte, à la suite de l'intervention du législateur, on s'abstient d'utiliser un acte désormais honni. Si l'interdiction n'est pas respectée, la loi ne prévoit pas de peine à la manière

⁷¹ Tite-Live 2, 23, 6 décrit cet effet du métal qui gagne le corps comme une plaie dévorante : *velut tabem pervenisse ad corpus*. Cette vieille idée s'étend ici à tout l'*aes alienum*.

des futures *leges minus quam perfectae*, le magistrat refusera l'*addictio* qui réduit le débiteur en servitude.

On a coutume de lire d'un trait les passages de Cicéron, Varron et Tite-Live sur la loi Poetelia, comme s'ils disaient approximativement la même chose⁷². Avec une pareille méthode, on prête aux meilleurs esprits de la République finissante les contresens de l'*Ab Urbe condita*. Eux aussi auraient confondu *necto* avec *vincio* et quand Cicéron écrit *nectierque postea desitum*, il n'aurait pas constaté tout simplement l'élimination du *nexum*, il aurait voulu dire que les débiteurs n'avaient plus à supporter le fardeau des chaînes. Contre cette interprétation, il suffit de rappeler que dans l'histoire de la *manus iniectio* l'*addictus* n'a jamais cessé d'être *vinctus* (*lex Ursonensis* 61; Gaius 4, 21), quelle que soit la source de la dette. Cicéron, Varron et Tite-Live ne parlent pas de la même chose. Tite-Live (8, 28) appelle *nexi* tout le peuple des *vincti*, à l'exception des délinquants. A ses yeux, la loi Poetelia n'interdit pas le *nexum*-prêt, qu'il ignore, elle abolit l'exécution sur la personne, si la dette est contractuelle. Cicéron et Varron, au contraire, distinguent les *nexi* des autres *vincti*; pour l'un et l'autre, la loi Poetelia a interdit le *nexum* et laissé subsister tous les autres cas de la servitude pour dettes. Ils ont raison contre Tite-Live, qui confond tout, et laissent clairement percevoir le but du législateur. Rien n'est changé à la *manus iniectio iudicati*, l'asservissement de l'*addictus* ne subit pas de restrictions, parcequ'il repose sur l'autorité d'un jugement. Mais la force exécutoire du *nexum* n'était plus tolérable. Ce qu'on a voulu supprimer c'est la servitude des *nexi* sans la garantie d'une sentence préalable. En interdisant le *nexum*, la loi a pris le mal à sa source.

Les rites du *nexum* et sa publicité assuraient sa force exécutoire⁷³. Les cinq témoins garantissaient sans équivoque l'accomplissement des formalités et la remise de la somme. Et ce témoignage était de nature à justifier à l'échéance la *manus iniectio* du créancier, s'il n'était pas contredit par un autre établissant que la somme avait été restituée devant autant de témoins, selon le rite contraire de la *nexi liberatio*. La publicité justifia la force exécutoire du *nexum*, tant que la cité fut de taille réduite. Quand elle s'accrut, il fallut renoncer par une loi à une arme aussi redoutable.

La *sponsio* n'ouvrait pas la voie à la *manus iniectio*, pour elle le problème était tout autre. D'origine sacrale, elle avait eu les dieux pour garants, si bien qu'elle ne comporte pas de témoins solennels, comme le rapporte Denys d'Halicarnasse (2, 75, 3) pour le serment.

⁷² Dernièrement Kaser, *Über Verbotsgesetze*, 1977, p. 43 suiv.

⁷³ Pour une nouvelle appréciation du problème de la force exécutoire : Kaser, *ZS* 100, 1983, p. 80-135.

Avant que la *stipulatio* fusionne avec la *sponsio*, on devrait se résigner à ne rien savoir sur sa preuve, si Savigny⁷⁴ n'avait rendu probable qu'elle fit partie du *nexum*. Cette idée injustement répudiée, au profit d'une prétendue *damnatio* (*damnas esto*) à l'encontre du *nexus*, à laquelle aujourd'hui personne ne croit plus, est seule en mesure d'expliquer la naissance de la dette (*Schuld*), que double l'engagement du débiteur (*Haftung*). Cette même idée rend aussi compte du régime probatoire de la *stipulatio* dans l'ancien droit. Etant partie intégrante du *nexum*, elle a ses cinq témoins, à son service. On se serait épargné bien des tribulations, si on était resté dans la ligne de ces explications. A côté des rites qui engagent la personne du *nexus*, on connaîtrait la source de la dette que garantit cette responsabilité, alors que à cet égard la lacune est à ce point restée béante qu'on a parfois refusé au *nexum* la qualité de contrat. Il ne faut pas douter qu'il en soit un, si la *stipulatio* vient s'ajouter au rite de l'*aes nexum*, comme deux pièces complémentaires du même tout. A son tour, le régime de la *stipulatio* s'éclaire, si elle a pour témoins ceux du *nexum* et pour sanction sa force exécutoire, la *iudicis arbitrive postulatio* restant propre à la *sponsio*. Deux problèmes en apparence insolubles se résolvent, si chacun trouve dans l'autre sa solution.

L'hypothèse de Savigny peut être vérifiée à l'aide d'un texte rarement cité de Varron : *de lingua latina* 5, 182 *qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari (dicunt). Pecuniam alligare* est une expression nous l'avons dit, totalement absente de la jurisprudence. En désespoir de cause, on traduit par « passer une convention financière » (Collart) ou « make a contract about money » (Kent). Aucun rapprochement éclairant n'a été proposé⁷⁵. Le seul possible est avec : *aes quod obligatur* (Varro 7, 105) et : *pecunia quae per nexum obligatur* (Fest. 162, 4 L), qui se rapportent chez les antiquaires à l'*aes nexum*. Toutes ces expressions ont en commun de sortir de l'usage courant, parcequ'elles désignent une curiosité du passé, restée depuis sans équivalent. Elles emploient au sens propre les verbes *nectere*, *obligare*, *alligare*. Elles confluent toutes vers le lien rituel qui entoure le lingot du *nexum*, au moment où il est remis au débiteur. C'est le créancier qui attache ce lien, il est celui *qui pecuniam alligat*, en même temps qu'il stipule de l'emprunteur le remboursement du prêt. Varron parle en deux passages distincts de ce rite, aussi bien à propos du *nexum* que de la *stipulatio*, parceque au gré du vocabulaire il décompose, dans sa recherche étymologique, deux éléments du même acte. A propos de l'un comme de l'autre, il évoque la rareté qu'ils ont en commun sous

⁷⁴ Savigny, *Vermischte Schriften*, II p. 396-460, toutefois il ne fait pas la distinction entre *stipulatio* et *sponsio*.

⁷⁵ *Thes. l. l.*, I, 1684, 46, v. *alligo*.

les qualifications convergentes d'*aes nexum* ou *pecunia alligata*. L'unité de l'acte se reconstitue sans peine. Il est libral en vue de la pesée de la somme prêtée, alors qu'une *stipulatio* sert à promettre la restitution. D'elle naît la dette, mais le débiteur ne répond de celle-ci sur sa personne qu'en se soumettant au rite de l'*aes nexum* qui le rend *nexus*.

On sait grâce à Tite-Live (8, 28, 2) que le *nexum* pouvait servir à garantir le paiement d'une dette antérieure. Dans ce cas, le *rodusculum* est remis au débiteur sans l'accompagnement d'une pesée sincère. Les pontifes qui ont imaginé cet emploi n'ont sans doute pas été à court d'imagination pour l'utiliser dans l'hypothèse diamétralement inverse où la promesse sert à faire naître une dette, sans qu'il y ait eu de versement correspondant ni dans le passé ni sur le champ. La stipulation apparaît alors dans la fonction qui sera à l'avenir la sienne, quand elle sera détachée du *nexum*, mais on n'est pas en mesure d'apprécier dans l'ancien droit l'étendue de telles applications. Tout ce qu'on peut dire, c'est que l'obligation devait porter alors sur une *certa pecunia*. Aux différents cas où aucune somme n'est remise au débiteur, soit que la dette est antérieure, soit qu'il s'engage sans contrepartie immédiate, correspond une expression qui a survécu à la disparition du *nexum*, *nuncupata*⁷⁶ *pecunia*, qui est directement en relation avec l'agage décemviral «*uti lingua nuncupassit*», propre à l'acte *per aes et libram*. Cette expression n'appartient pas au vocabulaire de la mancipation ou du testament. Elle est une relique du passé que conservent les antiquaires et qui garde sans doute quelque actualité à propos de la *solutio per aes et libram*. Cette *nuncupata pecunia* est ainsi définie parcequ'elle n'a pas été versée en l'absence de prêt, elle a simplement fait l'objet d'une *nuncupatio*, qui reste en l'air sans le support d'une pesée véritable. En dehors de cet emploi propre au *nexum*, *nuncupare* en droit privé restera lié à l'acte libral, notamment au testament.

L'inclusion d'une stipulation dans le *nexum* permet d'expliquer sans peine qu'il tolère terme et condition, alors que les *actus legitimi* ne souffrent pas de modalités⁷⁷. Cette règle est bien comme pour la mancipation, et on n'a présenté que des explications embarrassées pour justifier qu'elle ne s'applique pas au *nexum*. Elle ne le peut en raison de la fonction de cet acte au service du crédit. Le *nexus* se libère de son assujettissement en payant à l'arrivée du terme, qui est pré-

⁷⁶ Fest. 176 L; Varro, *de lingua latina* 6, 60, où la mention *in legibus* se rapporte aux XII tables (Mommsen, *Jur. Schrift.* III p. 366 n. 4). Sur l'absence de versement de la somme en cas de *nuncupata pecunia*: Savigny, *Vermischte Schrift.* II p. 410; Behrends, RIDA, 1974, p. 153; Magdelain, RIDA, 1981 p. 138.

⁷⁷ Pap. D. 50, 17, 77.

vu dans la stipulation, c'est elle qui permet l'insertion dans cet acte libral d'une modalité, à laquelle Varron fait allusion, lorsqu'il écrit *dum solveret* pour indiquer la date à laquelle cesse l'état de *nexum*.

Après la loi Poetelia, la *stipulatio* se détache du *nexum*, qui disparaît, pour poursuivre une carrière indépendante. C'est alors qu'il faut situer sa fusion avec la *sponsio*, qui jusque là était un mode de cautionnement. Dans la forme, l'interrogation et la réponse propres à la stipulation s'étendent à la *sponsio*, qui anciennement ne comportait pas de dialogue mais une déclaration du seul *sponsor*. Dans le fond, le contrat *verbis* est né, avec la *iudicis arbitrive postulatio* pour sanction, qui remplace la *manus iniectio* du *nexum*. Désormais, ce n'est pas le seul *sponsor* mais tout promettant qui peut être poursuivi à l'aide de cette *legis actio*. Inversement le *sponsor* ne peut plus apporter sa garantie qu'à une obligation née elle-même *verbis*. A partir de cette transformation, le contrat *verbis* va connaître un immense développement comme instrument de crédit. Auparavant, le crédit avait pour instrument le *nexum* qui y contribuait sous deux formes, comme prêt conformément à sa fonction naturelle, comme promesse d'argent en l'absence de prêt grâce à la stipulation qui y est incluse.

III

MANCIPATIO

Les XII tables associent le *nexum* et la mancipation dans une expression qui malgré son apparente simplicité, est restée énigmatique, *nexum mancipiumque* : 6, 1 *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*. Dans la langue de ce code, la particule *-que* est aussi bien disjonctive que conjonctive⁷⁸. Dans la première hypothèse, on a pu croire que la loi a voulu légitimer simultanément ces deux actes et que, par esprit d'économie, elle l'a fait dans le même verset. Cette solution paraît simple et conforme à l'idée que les XII tables ont codifié les principales institutions de leur temps. La perplexité renaît, dès qu'on se demande qui est le sujet de : *uti lingua nuncupassit*, le créancier ou le débiteur pour le *nexum*, l'aliénateur ou l'acquéreur pour la mancipation. On connaît les formules de la mancipation et on a le choix entre les *leges mancipii* de l'aliénateur, qui ont une valeur accessoire, et la formule principale de l'acquéreur, par

⁷⁸ Jörs-Kunkel, *R. Privatrecht* p. 94 n. 13; Kübler, *ZS* 25, 1904, p. 269.

laquelle se réalise le transfert de propriété. Les deux solutions ont leurs partisans⁷⁹. Elles ont en commun le vice d'ignorer qui est l'auteur de la *nuncupatio* dans le *nexum*. Cependant, on ne fera croire à personne que *nuncupassit*, au singulier, a deux sujets, l'un pour le *nexum*, l'autre pour le *mancipium*. La grammaire supporte mal ce cumul. On échappe à ces difficultés, si on tient avec Lenel⁸⁰ *nexum mancipiumque* pour un acte unique, la mancipation, définie selon ses deux aspects complémentaires, réel et obligatoire, le transfert de propriété et la garantie d'éviction. En tant que *nexum*, cet acte complexe engendrerait l'obligation de verser le double du prix à l'acquéreur évincé par un tiers. Toutefois, rien dans la mancipation ne fait allusion à cette obligation, et on a renoncé depuis longtemps à y trouver la moindre allusion, de l'une ou l'autre des parties, à une telle garantie. À défaut de *verba*, il ne suffit pas de la pesée de l'*aes*, comme on l'a dit⁸¹, pour créer cette responsabilité. En outre, au point de vue de la langue, si les décemvirs avaient voulu définir deux aspects d'une même institution, ils auraient usé d'une asyndète : *nexum mancipium*, à l'exemple de ce qu'ils ont fait pour l'usucapion : *usus auctoritas*, et de ce qui est ensuite un usage constant : *emptio-venditio*, *locatio-conductio*⁸² etc.

Selon une remarque déjà ancienne, il est contraire à la simplicité des actes juridiques de l'ancien droit que la mancipation puisse à la fois produire un transfert de propriété et faire naître une obligation. On n'est pas tenu pour autant à disjoindre les deux termes de l'expression *nexum mancipiumque*, et, s'il faut renoncer à y reconnaître un acte unique à deux faces, il ne reste plus qu'à y voir un acte double, composé du *nexum* et de la mancipation. Cette solution prend les allures de l'évidence, dès qu'on se rappelle que le *nexum* contient une stipulation. La stipulation de garantie d'éviction se trouve ainsi associée à la vente dès les temps les plus anciens. La garantie porte aussi sur le *modus agri*, quand la capacité déclarée se révèle ensuite inférieure à la réalité. Dans le verset décemviral, le vendeur qui promet cette double garantie est le sujet de *nuncupassit*. Santra, cité par Festus (176 L) à propos de ce texte, précise que les *nuncupata* sont des *promissa et quasi testificata*, ce qu'il illustre à l'aide des *vota*. Cela se vérifie aussi bien à propos de la stipulation du *nexum*. Quand elle est associée à une mancipation, elle porte sur le double du prix pour l'éviction totale. Pour l'éviction partielle et le défaut de capacité du

⁷⁹ Récemment Behrends, Iura 33, 1982, p. 59, en faveur de la formule principale.

⁸⁰ Lenel, ZS 23, 1902, p. 94.

⁸¹ Lenel, p. 95.

⁸² Kubler, ZS 25, 1904, p. 270.

fond, elle prend sans doute pour base de calcul la valeur au double de l'unité de mesure agraire, vraisemblablement appliquée aussi aux servitudes rustiques (*res Mancipi*) en fonction de leur surface.

Dans cette vente archaïque, la stipulation de garantie précède la mancipation, parcequ'elle décrit l'objet, fixe la contenance du *fundus*, annonce sa qualité d'*optimus maximus*, s'il y a lieu. Ces précisions étaient nécessaires avant le transfert. Voilà pourquoi dans l'acte double *nexum Mancipiumque* le *nexum* vient en tête. Il ne comporte que la remise du lingot symbolique, dit *aes nexum*, qui engage la responsabilité du vendeur. Vient ensuite la mancipation avec la pesée sincère du prix. Le *nexum* sera omis, si les parties renoncent à la garantie d'éviction, et la mancipation se suffira à elle-même. Ce n'est que beaucoup plus tard qu'on aura recours à l'artifice du *nummus unus*, quand après la disparition du *nexum* cette garantie fera suite de plein droit à la mancipation.

Un verset mutilé des XII tables mentionne le *nexum* à propos de mystérieux voisins de Rome, les *Forti* et les *Sanates*, qui d'après le contexte de Festus (426, 474 L, Bruns II p. 35-36) se voient reconnaître le *commercium* par les décemvirs : I, 5 *Nex. . . Forti Sanati*⁸³. . . Il n'est pas évident que le *nexum*-prêt soit mis à la disposition de ces deux peuples; ce que la loi leur accorde, c'est l'usage du *nexum Mancipiumque*, comme acte double. La loi ne paraît mentionner le *nexum* que comme complément de la mancipation, pour lui adjoindre la garantie d'éviction. Autrement, le *commercium* ne serait pas accordé dans sa plénitude. Le commentaire de Festus a suggéré la reconstitution : *Nexi Mancipique Forti Sanatique idem ius esto* (Bruns cit.; HUSCHKE, *Nexum* p. 250). Ce qui paraît au moins certain, c'est que ce verset, comme l'adage «*uti lingua nuncupassit*», place le *nexum* en tête comme préalable indispensable du transfert.

Du *nexum Mancipiumque*, on trouve l'écho, sans une forme modernisée, dans la *traditio nexu* (Cic. *top.* 28) ou la *nexi datio* (Fest. 160, 35 L)⁸⁴, qui ne sont pas autre chose que la mancipation avec la parure du *nexum*. En un temps où il n'est plus qu'un mot, il reste lié au transfert : Cic. *fam.* 7, 30, 2 *Mancipio et nexo*; *har. resp.* 14 *iure Mancipii, iure nexi*; *de orat.* 1, 173 *nexorum Mancipiorum*. Et lorsque Cicéron écrit : *Mur.* 3 *qui se nexu obligavit*, à propos de la responsabilité de l'aliénateur, il reste comme dans les textes précédents, à titre purement verbal, dans la tradition des XII tables. Pour expliquer toutes ces allusions au *nexum*, il ne suffit pas de dire qu'il en était venu à désigner toutes les variétés de l'acte *per aes et libram* (Varro 7, 105;

⁸³ Kaser, *Studi Arangio-Ruiz* II p. 133; Catalano, *Sistema sovranazionale*, 1966, p. 111 suiv.

⁸⁴ Lenel, *ZS* 23, p. 89.

Fest. 160 L; Cic. de orat. 3, 159), et la mancipation en particulier. On reste ainsi à la surface du problème. Il faut comprendre que le *nexum mancipiumque* du code décemviral a sur vécu dans la langue courante sous ces aspects divers sans livrer son secret.

Après que la loi Poetelia ait interdit le *nexum*, la mancipation dut se passer de son concours; avec lui disparurent les stipulations de garantie qui précédaient le transfert. Les promesses de l'aliénateur furent remplacées par les *leges mancipii*, qu'il énonçait en tête de l'opération, avant que l'acquéreur prenne la parole; elles faisaient la description minutieuse de l'objet et de sa condition juridique, sur le modèle des anciennes stipulations. Après leur disparition, tous les dires de l'aliénateur étaient passés dans ces *leges*, qui comme elles occupaient la première place de l'acte. La loi «*uti lingua nuncupassit*» ne légitimait plus des stipulations mais les déclarations qui préparaient le transfert; l'auteur de la *nuncupatio* restait l'aliénateur. L'adage n'a jamais eu pour fonction de légitimer la formule principale de l'acquéreur, il continue en droit classique à autoriser les clauses annexes de la mancipation⁸⁵. Dans le testament libral, le *paterfamilias* énonce ses dernières volontés à l'aide d'une *nuncupatio* (Gaius 2, 104) qui se greffe sur le transfert fictif de la *familia*. Cet artifice reste conforme au régime habituel de la mancipation, en ce que la *nuncupatio* reste l'œuvre du disposant. Il était loisible, pour légitimer cette singulière trouvaille, de se recommander de l'adage «*uti lingua nuncupassit*» (Cic. de orat. I, 245). Le véritable fondement de l'opération était l'adage «*uti legassit*» (5, 3), qui est invoqué dans la formule du *familiae emptor* (Gaius 2, 104 *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*; Pomp. D 50, 16, 120). C'est par un surcroît de prudence, pour consolider cet édifice branlant, qu'on en est venu après coup à chercher dans les XII tables un autre support⁸⁶.

Les décemvirs ont fait suivre le verset «*uti lingua nuncupassit*» d'un autre que la reconstitution des XII tables (6, 2) n'a pas eu de peine à reconnaître comme son corollaire : Cic. off. 3, 65 *cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*. Cette citation a pour contexte la vente d'immeubles. La responsabilité au double de l'aliénateur correspond à la garantie

⁸⁵ Gaius 3 *ad leg. duod. tab.* D. 2, 14, 48 *in traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestum est*; voir Bonfante, *Corso* (ré-impr. II, 2, p. 195 suiv.) qui précise que la portée générale de ce texte, où *traditio* remplace *mancipatio*, doit être ramenée à la mesure des clauses compatibles avec le transfert de propriété.

⁸⁶ Magdelain, *Hommages à Robert Schilling*, 1983, p. 163.

d'éviction et à celle pour le *modus agri*⁸⁷. Elle découle de l'acte géminé *nexum Mancipiumque* du verset précédent, qui trouve sa sanction dans celui-ci. La responsabilité au double n'est pas la suite du *Mancipium*, qui n'est qu'un transfert, mais du *nexum*, qui engage le vendeur. Il est soumis à *manus iniectio*, comme le *nexus* qui a contracté un prêt. Seul un *vindex* pourra *manum depellere*, mais la responsabilité monte au double. Cicéron note ce résultat de l'*infinitio* sans appeler le libérateur par son nom, qui est également omis dans la *lex Ursonensis* quand il fait obstacle à une *manus iniectio iudicati* : 61 *Si quis in eo vim faciet, ast eius vincitur, dupli damnas esto*. . . Aussi bien cette loi que le code décemviral, dans ce verset, sanctionne l'intervention du *vindex* en la définissant d'une périphrase. On a toujours supposé⁸⁸ que les décemvirs avaient fait suivre expressément l'*infinitio* de la *litiscrescence* qui s'exprime de façon courante sous la forme : *lis infinitiando crescit in duplum*. Le développement de Cicéron sur les *nuncupata* vérifie cette supposition dans le cas du *nexum Mancipiumque* et met en même temps fin à toute controverse sur la *manus iniectio* qui met en œuvre la force exécutoire du *nexum*.

En somme, les deux versets forment un tout plus cohérent qu'on ne l'avait cru. Le premier met le *nexum* au service du *Mancipium* en les associant dans un acte double. La *manus iniectio* que déclenche le *nexum* sanctionne la responsabilité de l'aliénateur, telle qu'elle est définie dans les stipulations de garantie de la *nuncupatio*. Le deuxième verset fait monter la responsabilité au double quand un *vindex* en conteste les termes. Un *arbitrium liti aestimandae* ne sera même pas nécessaire pour évaluer, dans la formule de la *manus iniectio*, le montant correspondant à l'éviction partielle ou à l'insuffisance du champ, si la *nuncupatio* aura pris la peine de noter la valeur de la mesure de l'unité agraire.

Un autre texte évoque la *manus iniectio* qui peut s'abattre sur l'aliénateur : Paul. Fest. 115 L *Manceps dictus, quod manu capiatur*. Le grammairien propose une étymologie de *manceps* qui est la qualification archaïque du *Mancipio* dans (Plaut. *Curc.* 515)⁸⁹, alors que plus loin il définit le même mot quand il s'applique à l'adjudicataire des marchés publics (137 L). A quel moment l'aliénateur est-il saisi de la main ? Sûrement pas au cours du transfert ni de la *laudatio auctoris*⁹⁰, qui est une procédure pacifique, mais à l'instant de la *manus iniectio*, qui sanctionne sa responsabilité tant au titre de l'éviction que

⁸⁷ Girard, *Manuel* p. 598 n. 3; Arangio-Ruiz *La compravendita*, 1954, p. 354 suiv.; Kaser, *ZS* 100, 1983, p. 85 suiv., 105.

⁸⁸ Kaser, *ZS* 100 p. 134.

⁸⁹ Kaser, *Das altröm. Ius*, p. 137.

⁹⁰ Kretschmar, *ZS* 29, p. 234.

du *modus agri*. L'étymologie est exacte moyennant un renversement de l'actif au passif, qui toutefois n'est pas absurde, puisque on connaît *menceps* ou *mente captus*⁹¹. On reparlera du *manceps*.

Après l'élimination du *nexum* par la loi Poetelia, le premier terme du *nexum Mancipiumque* décemviral ne survit plus que comme un écho d'une institution disparue. Avec elle, ont disparu aussi les stipulations de garantie qui y étaient attachées, remplacées désormais par les *leges Mancipii*. L'élimination du *nexum* a entraîné celle de la *manus iniectio* et du *vindex*. Le verset décemviral que résume Cicéron ne perd toutefois rien de son actualité, puisqu'il parle de l'*infinitatio* sans dire qui en est l'auteur. Lorsque Cicéron écrit : *qui infinitatus esset*, il suit de très près le texte décemviral, qui vise n'importe qui. Désormais, ce sera l'aliénateur. Aussi bien défendra-t-il à des actions litiscentes, selon un schéma historique bien connu qui fait succéder à la *manus iniectio* une action qui croît au double *adversus infinitantem*, comme c'est le cas pour l'action *iudicati* et l'action *depensi*, venues remplacer respectivement une *manus iniectio* du même nom⁹².

A propos de la vente d'immeubles, le texte de Cicéron ne mentionne que la litiscrescence et omet le nom des actions qui l'entraînent après contestation des *nuncupata*. Ce sont l'action *auctoritatis* et l'action *de modo agri*. Cicéron nous apprend que de son temps elles étaient litiscentes⁹³. L'action *de modo agri* l'est restée sous l'Empire. Et si Paul dit tantôt qu'elle croît au double (1, 19, 1), tantôt qu'elle est au double (2, 17, 4), on observe la même simplification du langage chez Gaius (3, 127) à propos de l'action *depensi*⁹⁴. L'action *auctoritatis* a commencé par être litiscente, et il en reste une trace dans l'impossibilité de l'écarter par un simple pacte⁹⁵, selon une particularité de ce type d'actions (Paul 1, 19, 2 *Ex his causis, quae infinitatione duplantur, pacto decidi non potest*). Par contre, sous l'Empire la jurisprudence ne la range plus dans la liste de ces actions, dont elle

⁹¹ Ernout-Meillet, Dict. 4^e éd. p. 396.

⁹² Toutefois, il faut se garder de croire que toute *manus iniectio* a donné suite à une action litiscente. Tel n'est pas le cas de l'action *legis Furiae de sponsu* (Gaius 3, 121; 4, 109); voir Mitteis, ZS 22, p. 114; Kaser, ZS 100 p. 121, 134 n. 197.

⁹³ Sur la *manus iniectio* comme sanction de l'action *auctoritatis*, Huschke, *Nexum* p. 191, Bethmann-Hollweg, *R. Civilprozess*, I p. 157 suiv. Sur la *manus iniectio* comme sanction du *modus agri*, Kaser, *Das altröm. Ius* p. 130, *R. Zivilprozessrecht* p. 100, *R. Privatrecht* I p. 133 suiv.

⁹⁴ Kaser, ZS 100 p. 109.

⁹⁵ Girard, *Manuel* p. 591; Watson, *Roman private law around 200 BC*, 1971, p. 61; voir à ce propos Gaius 3, 173 (Kaser, ZS 100, p. 101 n. 81).

s'est séparée (Gaius 4, 9; 4, 171; Paul 1, 19, 1)⁹⁶. Cette divergence entre deux actions qui remontent à la même source est aisée à expliquer. L'action *de modo agri* amène toujours l'aliénateur à contester une *lex Mancipii*, relative à l'étendue du champ, aussi bien continue-t-elle à dépendre du verset sur l'*infinitio* des *nuncupata*. Au contraire, la garantie d'éviction s'est détachée de lui; à son propos Cicéron pouvait encore dire : *Mur. 3 qui se nexu obligavit*, mais elle n'avait jamais trouvé dans les *leges Mancipii* qu'une base chancelante, puisqu'elles sont facultatives et exemptes de tout formalisme. Après Cicéron, l'*auctoritas* du *Mancipio* dans a affirmé à leur égard son indépendance.

En résumé, la dislocation de l'acte double *nexum Mancipiumque* fit disparaître les stipulations de garantie, incluses dans le *nexum*, et avec elles la *manus iniectio* qui les sanctionnait. Les *leges Mancipii*, qui les ont remplacées, se sont recommandées à leur place du verset sur l'*infinitio* des *nuncupata*, si bien que furent mis sous sa protection les dires de l'aliénateur sur la consistance de l'objet et l'étendue du *fundus*. Ce verset continua de régir la garantie d'éviction et la responsabilité relative au *modus agri* sous forme d'actions litiscentes, qui se substituèrent à la *manus iniectio*. L'action *de modo agri* le resta parcequ'elle était liée à une *lex Mancipii*. Au contraire la garantie d'éviction pouvant se passer de telles clauses finit par rompre tout lien avec le verset qui s'y rapportait, de telle sorte que l'action fut d'emblée au double, comme une sorte d'évaluation forfaitaire du type de la stipulation *duplae*.

* * *

La disparition de l'acte géminé *nexum Mancipiumque* n'eut pas pour seul effet de transformer le régime de la garantie d'éviction, la mancipation subit à son tour une refonte totale. On ne saurait faire remonter au droit archaïque la proposition de l'acquéreur : *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* (Gaius 1, 119)⁹⁷. Dans le droit des XII tables, un droit absolu est déclaré *ex iure Quiritium* en ce sens qu'il est opposable à tous et repose sur le témoignage de tous⁹⁸. Tel est le cas de la propriété quand elle peut invoquer le béné-

⁹⁶ Sur l'absence de litiscrescence pour cette action, Kaser, *Das altröm. Ius*, p. 135 n. 1.

⁹⁷ Avec d'autres arguments cette thèse a déjà été soutenue : Thormann, *Der doppelte Ursprung der Mancipatio*, 1943; Meylan, TR 1953 p. 140 suiv.; voir mes remarques RIDA, 1981, p. 140.

⁹⁸ Magdelain, RIDA 1981, p. 145; MEFRA, 1986, p. 282.

fice de l'usucapion. Dans une cité de dimension restreinte, tout le corps civique est réputé apporter son assistance au propriétaire qui a possédé la chose au su et au vu de tout le monde pendant le délai requis. A la même époque, la clause *ex iure Quiritium* n'aurait aucun sens pour un acquéreur ou plaideur qui ne peut faire appel qu'à un nombre limité de témoins et non, en principe, à l'ensemble des Quiritis. Aussi comprend-t-on que beaucoup plus tard, quand la cité s'est élargie, le *mancipio accipiens* puisse prononcer la formule vindicatoire à l'égal d'un propriétaire qui a usucapé. Désormais, il n'y a plus entre eux de différence fondamentale. L'usucapion n'interpelle plus tout le corps civique mais un groupe limité de citoyens. La clause *ex iure Quiritium* a maintenant une portée plus modeste, rien n'empêche le *mancipio accipiens* d'en user.

Il a, à présent, pour cela une raison péremptoire. Dans le droit archaïque, l'usucapion substitue un droit absolu à un autre que garantissait une usucapion antérieure. Le transfert ne crée qu'une situation fragile qui coëxiste avec la propriété de l'aliénateur qui a usucapé⁹⁹. Son droit ou celui de son auteur subsiste tant que l'acquéreur n'a pas usucapé, et servira tout au long du délai à mettre en déroute les tiers qui tentent de l'évincer. A l'expiration du délai, l'aliénateur n'encourt plus aucune responsabilité, et l'acquéreur dispose à son tour d'un droit absolu. Un seul moyen permet autrefois d'acquérir d'emblée une telle propriété, si l'aliénateur en est titulaire : l'*in iure cessio* confère selon sa formule, un droit *ex iure Quiritium* (Gaius 2, 24), que ratifie le magistrat par son *addictio*, sans doute après avoir vérifié le droit du cédant. A une époque plus récente, le *mancipio accipiens* prononce lui aussi la formule vindicatoire dans une cité élargie, où ce n'est plus en principe le corps civique qui témoigne de la propriété absolue. La formule vindicatoire *ex iure Quiritium* a le même effet dans la mancipation que dans l'*in iure cessio*, à laquelle elle l'emprunte : l'aliénateur ne conserve aucun droit et d'emblée l'acquéreur dispose d'une maîtrise absolue, sans attendre le délai d'usucapion. Le régime de la propriété absolue est généralisée pour tous les modes civils d'acquisition et la procédure de revendication. L'usucapion n'est plus comme par le passé, mis à part les modes originaires, la seule matrice de la propriété *ex iure Quiritium*.

La refonte de la mancipation aboutit à un résultat paradoxal, dont les bizarreries s'expliquent par les intentions des prudents. La formule vindicatoire est mise agressivement en tête pour affirmer un droit absolu : *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*. C'est une ouverture surprenante pour un acte qui se présente comme

⁹⁹ Sur cette coexistence, Magdelain, RIDA 1981 p. 149.

une vente, l'acquéreur s'affirme à l'avance propriétaire d'une chose qu'ensuite il déclare obtenir contre paiement : *isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra* (Gaius 1, 119). *Emere*, comme l'a établi la linguistique¹⁰⁰, n'a conservé sa valeur préhistorique de «prendre» que dans les composés adjectivaux ou verbaux (*eximius*, *sumere*, *demere*) et n'a d'autre sens que acheter. Le *mancipio accipiens* ne dit pas qu'il «prend» la chose et verse ensuite un prix, comme s'il imposait brutalement à l'aliénateur un marché, qui comporterait les éléments d'une vente sans en être une. Il n'en est rien. Acheter, voilà ce que l'*accipiens* déclare faire ouvertement. L'acte décline sa véritable identité. C'est ainsi que l'entendaient les Romains, quand ils parlent d'*imaginaría venditio*, en un temps où la pesée est devenue fictive. Il reste à expliquer le contraste entre la formule mise en tête, comme une *vindicatio*, et la déclaration pacifique que l'affaire se ramène à une vente. Les prudents ont élaboré cette construction artificielle dans le but de proclamer d'entrée la propriété absolue de l'acquéreur. Il était essentiel de le dire à une époque où ce type de propriété commence seulement à se généraliser. Autrement l'*emptio* à elle seule n'aurait procuré à l'acheteur qu'une situation d'attente jusqu'à l'expiration du délai d'usucapion.

Le silence et la passivité de l'aliénateur sont une autre singularité de la mancipation après sa refonte. L'aliénateur a pris la parole auparavant, s'il y a lieu, pour fixer le statut de l'objet dans les *leges mancipii*, mais elles sont facultatives et ne revêtent aucune solennité. Il ne fait aucune allusion à la cession et à la garantie d'éviction. C'est en face de ce mutisme que l'acquéreur accomplit les formalités de l'acte. Il fait mainmise sur l'objet en prononçant les paroles solennelles. Par son silence l'aliénateur acquiesce. A cette condition, la formule vindicatoire produit son effet, la propriété de la chose est acquise à l'*accipiens*. Par quel mécanisme? Il ne faut pas dire que les choses se passent comme dans l'*in iure cessio*, où la *vindicatio* de l'acquéreur en l'absence de *contravindicatio* du cédant est ratifiée par l'*addictio* du magistrat, comme s'il s'agissait d'un procès où le défendeur se désiste. L'acquéreur est réputé alors conserver sa propriété antérieure. Dans la mancipation, la fiction est tout autre. L'acquiescement de l'aliénateur n'est pas comparable à celui du cédant, qui est un désistement, mais à celui du propriétaire qui laisse, sans réagir, le possesseur de son bien aller jusqu'au bout du délai d'usucapion. L'acquisition de la propriété suppose le consentement tacite de l'ancien propriétaire, qui reste inerte. Voilà la situation qu'imité la mancipation sous sa forme nouvelle. Elle repose sur une fiction d'usucapion, en un

¹⁰⁰ Dumézil, *Mariages indoeuropéens*, 1979, p. 49; Magdelain, RIDA, 1981 p. 141.

temps où la propriété absolue n'a guère d'autre source. La possession prolongée se trouve présumée par l'affirmation d'un droit *ex iure Quiritium*, comme si à cet instant même tout le délai s'achevait avec l'assentissement du propriétaire dépossédé. L'attitude passive de l'aliénateur, qui n'a pas touché à l'objet, ne l'a pas remis et ne dit rien, ratifie la fiction d'usucapion qui s'exprime dans la formule vindicatoire. Le silence n'a nullement une valeur rituelle et ne doit pas être considéré comme un legs du passé. C'est un artifice assez récent de la jurisprudence pour donner un air de réalité à un faux semblant. On mesure toute la différence avec l'*in iure cessio*, où la formule vindicatoire a pour fonction de feindre une demande en justice.

Les *verba* du *mancipio accipiens* sont moins surprenants qu'on ne le pense habituellement. Entre le «*meum esse*» mis en tête et la déclaration «*mihi emptus esto*» il n'y a pas de contradiction, comme si on achetait une chose dont on est déjà maître; un lien organique unit ces deux propositions, dès qu'on les regarde à la lumière du droit que la jurisprudence avait l'intention de faire évoluer. En un temps où la vente ne confère qu'une situation d'attente qui se convertit en propriété absolue seulement après le délai d'usucapion, les prudents reproduisent ce schéma institutionnel dans les paroles du *mancipio accipiens*. Ils articulent la fiction d'usucapion, qui s'affirme dans la formule vindicatoire, sur une vente qu'ils rejettent avec précision dans le passé à l'aide des mots : *mihi emptus est*¹⁰¹ ou *esto*. L'artifice se développe avec cohérence. L'*emptio* est présentée comme une donnée antérieure, qui a laissé à l'usucapion le temps de s'accomplir. La pesée qui a lieu sous les yeux des témoins est réputée dater d'un an ou deux. Seule est actuelle la formule vindicatoire, qui proclame le résultat de l'usucapion. La propriété absolue se présente d'emblée comme un fait accompli et donne ensuite sa justification, comme suite différée d'une vente qui n'a engendré qu'une situation fragile et provisoire.

Quand la propriété absolue se généralisa dans les modes de transfert un tel langage ne livra plus son contenu et se referma sur l'usucapion qui y était incluse. Une nouvelle fiction se fit jour sous la forme d'une pesée symbolique, quand l'airain fut remplacé par la monnaie. Et au lieu de feinte usucapion, on parla d'*imaginaria venditio*. Les paroles restèrent les mêmes et ne furent plus que de banales propositions, mal coordonnées entre elles. On a pris de nos jours pour

¹⁰¹ Paul Vat. 50; Boeth. *ad top.* 5, 28. La version *emptus esto*, distincte de *emitor*, est à rapprocher de XII tab. 8, 12 *Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*. Voir Prichard, LQR 76, 1960, p. 412 suiv.; Noailles, *Droit sacré* p. 212 suiv. sur cet emploi du passé.

une formule archaïque une élaboration artificielle de la jurisprudence.

L'erreur s'est étendue au geste de la main. En raison de l'étymologie (*manu capere*), on a cru que *mancipium* avait été de tout temps la mainmise unilatérale du *mancipio accipiens* sur l'objet. Dans le transfert libral, cette mainmise est aussi récente que la formule qui va de pair. Elle complète la fiction de possession prolongée. La nouvelle structure de la mancipation, en prenant aux yeux des romanistes les couleurs de l'archaïsme, a dissimulé celle qui l'a précédée dans les XII tables. Dans cette loi, deux termes complémentaires : *venum dare* (4, 2) et *emptio* (Pomp. D. 40, 7, 29, 1) coucourent à l'image d'un transfert qui s'opère tout naturellement par une remise de la main à la main. Une prise unilatérale, doublée d'une *vindicatio*, est le produit sophistiqué d'une jurisprudence qui fait progresser le droit comme elle peut, à l'aide de l'artifice favori de la fiction. Le mot *mancipium* a fait les frais de cette mutation. Il ne désigne au début nullement une mainmise de l'acquéreur mais l'acte de la disposition de l'aliénateur. Celui ci s'appelle *manceps*, et son geste *mancipare*¹⁰². Ces mots sont devenus incompréhensibles dans la nouvelle contexture de l'acte, où le geste de la droite est le fait du *mancipio accipiens*. Dans le transfert archaïque, le *manceps* dispose de la main et simultanément l'acquéreur remet le prix. En droit privé, le mot *manceps* est sorti de l'usage, mais le verbe *mancipare* est resté comme un témoin énigmatique du plus ancien droit.

¹⁰² Les mots sont présents chez Plaute : *manceps* dans *Curc.* 515, *mancipare* dans *Curc.* 496. Dernièrement sur ces mots, Peruzzi, *Money in early Rome*, 1985, p. 30 suiv. Mommsen (*Hist. Rom.* I, p. 208, 215, trad. Alexandre) avait déjà défini la *mancipativa* comme un échange de la main à la main contre remise du prix; cf. H. Krüger, *Lapitis Deminutio*, p. 114 sur le sens de *mancipare*.

CONCLUSION

IUS QUIRITIIUM SACRAMENTUM AUCTORITAS

On a raison de penser, malgré quelques avis divergents, que dès les temps anciens le droit public et le droit privé sont distincts. Autre chose est l'*imperium*, issu des auspices, autre chose les puissances domestiques, qui ne doivent rien à Jupiter. Toutefois, dans la cité archaïque, droit public et droit privé se rejoignent dans le principe de publicité. En droit public, elle va de soi. Elle ne s'impose pas moins à l'ancien droit privé. Ses principales manifestations au temps où le nombre des citoyens est réduit, font appel, d'une manière ou d'une autre, au témoignage du corps civique, soit réparti en unités constituées, soit présent de façon inorganique *in iure*, soit par l'intermédiaire de témoins solennels. Les deux actes les plus importants du droit privé ont lieu devant les curies, le testament et l'adoption d'un *sui iuris*. La justice civile, contentieuse ou gracieuse, se déroule devant un public qui a vocation à réunir toute la cité, *civitas in foro*, comme dit Tite-Live (3, 47, 1) à propos du procès de Virginie¹. Si la *sponsio* ne compte pas de témoins solennels, c'est que d'origine sacramentelle il fut un temps où elle se plaçait sous la tutelle divine. Les témoins de l'acte *per aes et libram*, recrutés dans les cinq classes du cens à l'origine, selon une hypothèse qui n'a jamais été réfutée, étaient un échantillon du corps civique.

Les droits absolus, liberté, puissance paternelle, propriété etc., revendiqués *ex iure Quiritium*² en justice civile, n'étaient pas seulement opposables à tous mais, selon cette clause, absente des actions *in personam*, reposaient sur le témoignage de tous. Liberté et filiation, qui en général dépendant l'une de l'autre, s'établissent sauf preuve contraire par la commune renommée³. Les listes du cens ne servent pas de registres de l'état civil, les inscriptions qu'elles contiennent n'étant pas vérifiées⁴. La propriété absolue, en dehors des modes originaires d'acquérir, résulte de l'usucapion au terme d'une possession prolongée pendant un ou deux ans au vu et au su de tous. Pareillement, dans les mêmes conditions, l'*usus* matrimonial fait naître la

¹ Cf. Liv. 2, 23, 5 *prope in contionis modum*; 6, 15, 2 *agmine ingenti ad tribunal*.

² *Liber ex iure Quiritium* (Cic. Caec. 96); *filius suus ex iure Quiritium* (D. 6, 1, 1, 2); Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 1908, p. 67 n. 15; voir mes remarques, MEFRA, 1984, p. 221 suiv.

³ Lanfranchi, *Studi Volterra*, IV, p. 122.

⁴ Cic. Arch. 11; MEFRA, 1984, p. 223 suiv.

manus au bout d'un an⁵. D'une manière générale, les droits absolus dépendent autant du témoignage du corps civique que la justice civile, dont il est en principe le spectateur, et les actes juridiques qui recourent à l'assistance des curies.

Au contraire, l'acte *per aes et libram* se contente de cinq témoins. Cette publicité restreinte est suffisante pour assurer la force exécutoire du *nexum*, qui soumet à l'échéance le débiteur insolvable à la *manus iniectio* du créancier moyennant *addictio* du magistrat. Mais la mancipation, devant le même nombre de témoins, ne confère à l'acquéreur qu'un droit fragile, qui ne se transforme en propriété absolue qu'au bout du délai d'usucapion. C'est que, au lieu de cinq témoins, tout le corps civique est alors, en principe, interpellé. A mesure que le territoire romain s'étend, il n'y a plus de différence profonde entre la publicité de la mancipation et de l'usucapion, qui dépendent désormais l'une et l'autre du témoignage d'un nombre variable de citoyens. La clause *ex iure Quiritium* ne concerne plus l'ensemble de la cité. Les droits absolus n'ont plus comme caractéristique de pouvoir mobiliser en vue de leur preuve n'importe quel citoyen au nom de tous. Un rapprochement s'opère entre mancipation et usucapion; le régime de la preuve, qui les opposait, s'uniformise, l'usucapion n'a plus pour répondants la totalité des citoyens mais comme la mancipation un nombre limité d'entre eux. Droit absolu ne signifie plus droit garanti par le corpus civique, aussi n'y a-t-il plus d'obstacle à admettre que la mancipation puisse elle aussi conférer une propriété absolue, si l'aliénateur est propriétaire. Au milieu de la République, la refonte de l'acte place en tête des *verba* du *mancipio accipiens* la formule vindicatoire, *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* (Gaius 1, 119), qui vient précéder la déclaration d'*emptio*(isque *mihi emptus esto hoc aere aenaque libra*), pour affirmer qu'un droit absolu lui est acquis, au même titre que s'il avait bénéficié de l'usucapion. Cette réforme va de pair avec la généralisation de la propriété absolue, qui s'opère en droit civil au sortir de l'ancien droit⁶. Désormais, on affirme un droit *ex iure Quiritium* dans la mancipation comme dans toutes les formes de revendication (*sacramentum in rem*, procédure *per sponsionem*, formule *petitoria*).

La refonte de la mancipation a transformé le visage de l'*auctoritas* dans le droit des biens. Sous sa forme nouvelle, elle est l'assistance⁷ que doit le *mancipio dans* à l'acquéreur menacé d'éviction avant l'achèvement du délai d'usucapion. Tout autre est l'*auctoritas* archai-

⁵ Il n'y a rien de comparable à l'usucapion pour le fils *in mancipio*, RIDA, 1981, p. 156 suiv.

⁶ Sur cette généralisation, Kaser, *R. Privatrecht*, I, p. 401.

⁷ Girard, *Mélanges*, II, p. 8 suiv. 213, 286.

que du célèbre adage décemviral : 6, 3 *usus auctoritas fundi biennium est(o)*. Ce qui importe à une loi sur l'usucapion, ce n'est pas ce qui se passe au cours du délai mais à son terme, quand naît une situation nouvelle. C'est elle que définit l'asyndète *usus auctoritas*, à côté de l'*usus* le propriétaire dispose désormais de l'*auctoritas*⁸. Celle-ci est une *iuris auctoritas* qui naît de l'usucapion, comme le dit Boèce (*ad. Cic. top.* 4, 23, Orelli 328, 23). C'est pour Cicéron une *rata auctoritas*, à laquelle le délai légal confère ce caractère définitif, absolu : *Caec.* 74 *rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur*⁹. Aussi bien, parle-t-on de l'*auctoritas* qui naît de l'usage prolongé (*vetustas*) de la servitude d'aqueduc (*Scaev.* 4 *resp.* D. 39, 3, 26)¹⁰. Dans tout ceci la garantie d'éviction n'a que faire, et il a fallu l'habileté de quelques historiens du droit pour l'y introduire. Depuis les érudits de la Renaissance¹¹ jusqu'aux lexicographes les plus récents¹², dans le monde des philologues et linguistes prévaut l'idée que dans ces textes l'*auctoritas* est un droit réel et avant tout la propriété¹³. C'est ce que confirment les expressions *tabellae auctoritatis* (*Sen. Contr.* 7, 6, 23), *instrumentum auctoritatis* (*Scaev.* D. 13, 7, 43 pr.), ainsi que l'appellation *ab auctoritatibus* portée par les affranchis préposés à la garde des titres de propriété des biens impériaux (C.I.L. III, 1998; VII, 8439).

De toute évidence ce sens est dérivé et n'entretient avec l'étymologie du mot (*augeo*) qu'un rapport éloigné. Dans le droit des biens, l'*auctoritas* a d'abord été autre chose. La propriété absolue est dite *ex iure Quiritium* parceque étant issue de l'usucapion elle a pour témoins tout le monde ou n'importe qui. C'est ce qu'on observe dans la formule : *Val. Prob.* 4, 7 *quando in iure te conspicio, postulo anne fias(mns far) auctor*. L'aspect casuel de cette interrogation ne trouve pas d'explication, si elle s'adresse au *mancipio dans*, comme s'il se trouvait par hasard *in iure*. Elle n'aura cet emploi qu'après la refonte de la mancipation. Dans le droit des XII tables, cette formule, interpelle le premier venu, parcequ'il s'agit d'usucapion. N'importe quel citoyen est à même de fournir la preuve d'une possession prolongée au grand jour. Il est *auctor*, c'est-à-dire témoin et garant, selon un

⁸ RIDA, 1981, p. 144 suiv.

⁹ Sur ce texte mon commentaire, RIDA, 5, 1950, p. 142 suiv.; cf. Kaser, ZS, 1951, p. 165; *Fest. Wieacker*, p. 105; ZS, 1986, p. 62 note; Rainer, ZS, 1987, p. 635.

¹⁰ RIDA, 5, 1950, p. 142.

¹¹ Cités par Noailles, *Fas et Ius*, p. 227 suiv.

¹² Ernout-Meillet, *Dict.* 4^e édition, p. 57; *Oxford lat Dict.* v. *auctoritas* § 1, I, p. 206.

¹³ Voir la démonstration juridique de Giffard, RHD, 1938, p. 339 suiv.

sens courant du mot¹⁴. L'ancien droit jumelle ces deux rôles¹⁵. L'*auctoritas* qui naît de l'usucapion a commencé par être le témoignage et la garantie du corps civique pour assurer la preuve et le respect d'un droit *ex iure Quiritium*, selon le principe que toute la cité est intéressée à la sauvegarde des droits absolus¹⁶. Cette garantie collective, qui peut être assurée par un seul *auctor* ou quelques uns pris au hasard, est la marque de la propriété archaïque, qui par voie de conséquence est appelée *auctoritas*. Cette qualification survivra aux XII tables, mais avec l'évolution du droit des biens perdra sa transparence.

Dans un autre adage décemviral le mot a pareillement le sens de propriété 3, 7 *adversus hostem aeterna auctoritas*. L'*hostis* qui n'a pas le *commercium* ne peut usucaper les choses romaines, aussi la loi dit elle que contre lui la propriété est éternelle; le Romain pourra toujours revendiquer son bien. Aucune injustice n'est commise envers l'*hostis*, à défaut de *commercium* il n'a pas pu acquérir la chose par échange libral. Par *aeterna auctoritas* la loi désigne l'imprescriptibilité de la chose. Cette disposition n'est pas superflue, puisque inversement peut usucaper l'étranger qui est admis à user de la mancipation¹⁷. Éternelle est aussi l'*auctoritas* dans la loi Atinia, qui use à son tour de cette formule pour renouveler à la suite des XII tables (Gaius 2, 49) l'imprescriptibilité des choses volées : *quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto* (Gell. 17, 7, 1). Cette interprétation est fort ancienne. Quand une autre plus récente substitue à la propriété éternelle une garantie éternelle, due en cas d'éviction par le *mancipio* dans à l'acquéreur d'une chose imprescriptible, on accumule les sous-entendus. Il faut supposer qu'une mancipation a eu lieu, que l'*hostis* avait le *commercium*, que en cas de vol le législateur dans une première disposition a posé, en termes inconnus, le principe de l'imprescriptibilité des *res furtivae*, pour en déduire ensuite le corollaire d'une garantie sans limite de temps à la suite de leur aliénation. Peine perdue, *aeterna auctoritas* et imprescriptibilité ne font qu'un.

Dans ces adages la propriété s'appelle *auctoritas* comme dans celui qui fixe le délai de l'usucapion. *Usus auctoritas* d'une part, *aeterna auctoritas* d'autre part s'il s'agit invariablement de propriété absolue, reposant grâce à la possession prolongée sur la garantie du corps civique. Cette garantie collective et le droit qui s'appuie sur elle sont

¹⁴ *Thes. l.l. v. auctor*, II, 5, 1199; *Oxford lat. Dict. v. auctor* § 7, I, p. 205.

¹⁵ Ihering, *Esprit du Droit Romain*, I, p. 142 suiv.; Pringsheim, *RIDA*, 6, 1951, p. 161 suiv.

¹⁶ Sur *auctoritas* dans le sens de témoignage, Val. Max. 6, 5, 6; *Thes. l.l. v. auctoritas*, II, 6, 1222 (souvent l'*auctoritas* des témoins a un aspect moral); sur la garantie du corps civique pour l'usucapion, Leifer, *ZS*, 1937, p. 132 suiv.

¹⁷ Huvelin, *Furtum*, p. 280 suiv.

les deux faces du même mot. Quand la loi parle de propriété éternelle contre l'*hostis* ou le détenteur d'une *res furtiva*, par *auctoritas* elle veut dire clairement qu'est intentée la revendication *ex iure Quiritium*, qui invoque un droit absolu soumis au témoignage de tous. Il s'ensuit que l'acquéreur qui n'a pas eu le temps d'usucaper ne peut pas être demandeur. A sa place peut seul l'être l'aliénateur qui est titulaire d'*auctoritas*. Quand le bien a changé plusieurs fois de mains, il faut remonter jusqu'à lui. Le principe de l'*aeterna auctoritas* permet de vérifier que le droit romain a connu lui aussi, comme on l'admet en général¹⁸, une règle qui s'observe dans divers droits archaïques : en cas d'aliénation ce n'est pas l'acquéreur qui est demandeur ou défendeur à l'action en revendication, mais dans la série des échanges antérieurs l'aliénateur qui disposait d'un droit incontestable. A Rome la revendication est toujours *ex iure Quiritium* en droit archaïque, pour l'intenter il faut invoquer l'usucapion ou un mode original d'acquérir; elle est au service exclusif de la propriété absolue, si bien que c'est l'aliénateur, s'il est maître de la chose, qui est demandeur ou défendeur à la place de l'acquéreur avant l'expiration du nouveau délai. Le mot *auctoritas* aurait pu suffire à révéler cette règle, le mécanisme procédural de l'*aeterna auctoritas* la rend plus évidente, et elle trouve sa confirmation dans la formule vindicatoire qui renvoie au témoignage des Quirites.

Dans la logique des XII tables, usucapion et revendication sont liées de telle sorte que l'une dépend de l'autre. Ce conditionnement dans le jeu de la procédure correspond, pour le fond, à un régime de la propriété qui n'a pas survécu à l'ancien droit. A la suite d'un transfert, l'accipiens n'acquiert la propriété absolue qu'après un an ou deux de possession. En attendant, l'aliénateur, s'il avait détenu assez longtemps la chose, en reste maître. La perspective de rembourser le double du prix le fera résister à la tentation de la récupérer. Quand le bien passe de main en main, pour effacer les effets de l'usucapion antérieure, il en faut une nouvelle. La mancipation des temps archaïques ne met pas fin à la propriété absolue de l'aliénateur qui a eu le temps d'usucaper¹⁹, cette propriété coexiste avec la situation fragile de l'acquéreur et lui sert de support, si elle est contestée. Pour que la propriété absolue soit acquise sur le champ, il faut un procès simulé : l'acquéreur se prétend titulaire *ex iure Quiritium* et le magistrat ratifie (Gaius, 2, 24), sans doute après avoir vérifié le droit du cédant. Autrement pour devenir propriétaire un simple transfert ne suffit pas, il faut en outre l'usucapion. Elle seule peut effacer la propriété

¹⁸ Kaser, *Eigentum und Besitz*, p. 63 suiv.; *Das röm. Zivilprozessrecht*, p. 72 n. 40; contra Diosdi, *Ownership*, 1970, p. 78 suiv.

¹⁹ Meylan : TR, 1953, p. 129 suiv.

absolue du précédent titulaire et la remplacer par une autre²⁰. Pour s'en tenir à la terminologie des XII tables, l'*auctoritas* ne cède le pas qu'à l'*auctoritas*.

Sous l'empire de cette loi, l'aliénateur restant propriétaire, s'il a usucapé, on comprend sans peine que ce soit lui et non l'acquéreur qui défende à la revendication intentée par un tiers. Il triomphera des prétentions adverses non comme *auctor* mais comme défendeur à l'aide d'une *contravindicatio*. Dans le droit des XII tables, l'*auctoritas rerum* a pour source non la mancipation mais l'usucapion. L'*auctor* est non le *mancipio dans*, mais n'importe quel Quirite appelé à fournir son témoignage au titre de la garantie collective des droits absolus. Quand l'éviction menace, il n'y a pas, sous le nom d'*auctoritas*, d'assistance à attendre de l'aliénateur au profit de l'acquéreur, il se substitue totalement à lui comme partie au procès, pour faire valoir la propriété *ex iure Quiritium* qu'il conserve encore. La mancipation n'est pour rien dans l'*auctoritas* qui est alors mise en cause, celle-ci est le droit absolu que garantissent les Quirites au terme de l'usucapion. Dans ce système, il n'y a pas d'autre *auctor* que celui d'entre eux qu'on interpelle pour témoigner. La relation *auctor-auctoritas*, dans le droit des biens, est simple comme elle l'est dans d'autres domaines en droit archaïque, elle est étrangère à la mancipation.

L'*auctoritas* ne s'agrèrera au transfert libral qu'après la refonte totale de l'acte au sortir des temps anciens. Ce ne sera plus un simple échange contre paiement d'un objet dont l'aliénateur, *manceps*, dispose de la main (*manu capere*), pour le remettre (*venum dare*, XII tables 3, 2) à l'*emptor* conformément à l'emploi courant de ces termes dans les XII tables²¹. Les Romains n'ont jamais oublié que la mancipation avait commencé par être une vente. Mais la jurisprudence, quand elle l'a restructurée, a effacé la remise pour lui substituer une appréhension unilatérale de la *res*. En dehors des *leges mancipii* préliminaires, pendant le rituel proprement dit l'aliénateur est passif et muet. Cette attitude a été calculée pour représenter fictivement l'acquiescement du propriétaire qui laisse sans réaction un tiers usucaper son bien. Cette apparence permet à l'*accipiens* de proclamer dans la formule vindicatoire la propriété *ex iure Quiritium* qui naît de l'*usus* prolongé. Cette formule est venue s'ajouter artificiellement aux rites de la *venditio* avec une maladresse qui a été souvent dénoncée. La fiction d'usucapion s'exprime par la parole et le geste, l'aliénateur les tolère

²⁰ L'obscur disposition décenvirale sur le paiement du prix (Inst. 2, 1, 41) ne vise sans doute pas le transfert de propriété mais la garantie d'éviction, subordonnée à cette condition : Kaser, *R. Privatrecht*, I, p. 46, 414.

²¹ Sur l'emploi courant du mot *emptio* dans les XII tables, Pomp. D. 40, 7, 29, 1.

comme s'ils avaient la justification de la longue durée. Au prix de ces artifices, l'*auctoritas rerum* a été greffée sur la mancipation, qui jusque là n'avait rien à voir avec elle. La propriété absolue est maintenant acquise à l'*accipiens* et tend à se généraliser depuis qu'elle n'a plus la possession prolongée comme source principale. Désormais l'*accipiens* est titulaire d'*auctoritas* comme s'il avait usucapé, le *mancipio dans* devient *auctor* comme témoin privilégié de cette usucapion fictive, à laquelle il a acquiescé. Le droit décemviral est respecté et transposé. L'*auctoritas rei* naît toujours de l'usucapion, mais grâce à une fiction l'*auctor* continue à être un témoin, mais ce n'est plus n'importe quel Quirite, ce rôle revient au *mancipio dans*, qui a permis l'artifice et lui sert de support.

Comme par le passé, l'*auctoritas* a toujours deux faces. Elle est, d'une part le droit de propriété, et cela continue de se vérifier dans l'*aeterna auctoritas*, que la loi Atinia reconnaît au volé. Elle est, d'autre part, la garantie de ce droit, assurée non seulement par de simples témoins au profit de l'usucapion, mais aussi par l'aliénateur à la suite d'une mancipation, depuis que cet acte à l'exemple de la possession prolongée fait acquérir lui aussi la propriété absolue. La bivalence du terme dans le droit des XII tables à propos de l'usucapion reparait plus tard à propos de la mancipation après sa refonte. Dans un cas comme dans l'autre, l'*auctoritas* est un droit qui repose sur la garantie d'un *auctor*, soit simple témoin, soit le *mancipio dans*. Le sens premier de garantie dans les adages décemviraux reste sous-jacent à celui de propriété qui prédomine. Dans le droit postérieur, quand usucapion et mancipation produisent des effets comparables, les deux sens coexistent, mais séparément. L'*auctoritas* au gré des textes est soit la propriété, soit la garantie. Il n'y a pas à préférer un sens à l'autre et à vouloir réduire à l'unité un concept qui a un double aspect. La recherche s'égare, quand elle s'engage dans cette voie.

Dans le droit de la mancipation nouvelle manière, l'*auctoritas* reste comme par le passé témoignage et garantie, mais cette garantie n'émane plus d'un citoyen quelconque, elle est fournie par l'aliénateur, qui est en outre responsable depuis le très ancien droit du double du prix en cas d'éviction. Garantie et responsabilité se rejoignent, cette synthèse est nouvelle. L'*auctoritas* dans ce cas cesse d'être gratuite, comme elle l'est habituellement. Par nature, l'*auctor* ne doit rien. Dans le droit des biens, la responsabilité au double est devenue sa caractéristique principale (Paul 2, 17, 3). Souvent on a cru de nos jours que c'était elle qu'il fallait reconnaître dans l'*auctoritas* des adages décemviraux. Mais autre chose était l'assistance d'un citoyen quelconque se portant *auctor* de la possession prolongée dans le procès en revendication, autre chose la condamnation au double du vendeur qui avait remis la chose d'autrui. C'était lui qui avait défendu en personne dans le droit décemviral au procès en éviction intenté par un tiers, il

n'avait pas eu à prêter assistance à l'acquéreur, il l'avait remplacé. Pour que garantie et responsabilité coïncident, il fallut attendre que le *mancipio* dans devienne lui-même *auctor*, après la refonte de l'acte; dans cette nouvelle fonction il apportait son aide à l'acquéreur qui défendait lui même désormais au procès en éviction. A présent que la formule : *quando in iure te conspicio, postulo anne fias auctor*, s'adresse à l'aliénateur, son caractère casuel ne s'explique plus.

A son tour, l'*aeterna auctoritas* n'est plus tout à fait la même. La revendication contre l'*hostis* ou le détenteur d'une *res furtiva* n'est plus réservée au propriétaire qui a usucapé, le *mancipio accipiens* en use aussi bien, depuis qu'il acquiert la propriété absolue de la chose; il n'a plus besoin que l'aliénateur se substitue à lui. Après la généralisation de la propriété absolue, pour être demandeur à l'action en revendication il n'est plus nécessaire d'avoir usucapé.

* * *

Dans le très ancien droit, celui des plaideurs qui bénéficiait de l'*auctoritas*, au sens décenviral du mot, était assuré du succès. Lui seul pouvait revendiquer valablement, et il suffisait, pour qu'il l'emporte, qu'un *auctor* ou plusieurs viennent témoigner en sa faveur. De la sorte, le conflit devait prendre rapidement fin. Pour qu'il se prolonge, il fallait que chaque plaideur trouve des répondants dans l'assistance. Si de part et d'autre à la question : *postulo anne fias auctor*, il était répondu favorablement, la contradiction était complète. C'était l'impasse, le corps civique était divisé pour dire qui avait usucapé. Le régime de l'*auctoritas* avait épuisé ses bienfaits, il fallait passer à autre chose. Après l'échec d'un premier débat confiant à l'assistance le soin de décider, s'en ouvre un deuxième, qui tend au *sacramentum*.

C'est précisément à ce point que commence le formulaire conservé par Gaius. Le prologue sur l'usucapion a disparu, depuis qu'elle a cessé d'être la principale source de la propriété. La propriété absolue s'est généralisée; la preuve ne peut plus être administrée, dès l'ouverture du procès, par un simple appel à l'assistance, il faut attendre le recours au *sacramentum*. Dans le système archaïque, comme suite à l'échec de cette première phase du procès, après que chaque plaideur a trouvé au moins un *auctor*, le dialogue reprend et se poursuit par de nouveaux échanges qu'enregistre Gaius. Dans le formulaire des Institutes, dès les premières paroles des plaideurs, une allusion très claire renvoie à la péripétie précédente, devenue à l'époque historique inutile et tombée dans l'oubli. Chaque plaideur déclare à tour de rôle : Gaius 4, 16 *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*.

*Secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui*²². La deuxième de ces formules fait savoir que le rite de la baguette posée sur l'esclave a déjà été accompli auparavant : *vindictam*²³ *imposui*, et qu'alors il avait été annoncé à l'aide de paroles solennelles : *sicut dixi*. On chercherait vainement la trace de ces paroles dans le formulaire de Gaius. Il n'est pas possible de rattacher *sicut dixi* à *secundum suam causam*, cette clause crée en enchaînement entre les deux formules, la première étant comprise comme la *causa* de la suivante, mais l'enchaînement s'arrête là, on n'insiste pas de façon presque pléonastique en précisant que la première formule a déjà été dite. Dans la forme et dans le fond, les deux parfaits *dixi* et *imposui* forment un tout indissociable : ils veulent dire qu'un rite a été accompli et que, comme c'est la règle, des *verba* l'ont accompagné.

Dans la phase préalable du procès, inconnue de Gaius, ce rite avait eu lieu une première fois avant d'être renouvelé à présent dans la *vindicatio* : *et simul homini festucam imponebat*. On a toujours été frappé par l'opposition entre ce *simul* et le passé *imposui* de la formule. Il ne sert à rien de dire qu'elle traite comme un fait accompli ce qui est en train de se faire. Lorsque c'est le cas la formule est au présent : *tibi. . . manum inicio, et simul aliquam partem corporis eius predebant* (Gaius, 4, 21). Dans le procès *in rem*, *imposui* renvoie à un rite antérieur, de même que *sicut dixi* à une formule prononcée elle aussi précédemment. Au moment où le rite de la baguette est renouvelé, les parties rappellent solennellement que ce geste et ces *verba* avaient fait l'objet d'une première célébration, dont Gaius ne dit rien.

L'existence d'une phase préalable, que les archives du droit n'ont pas conservée, permet de mieux comprendre le formulaire. Lorsque chacune des parties déclare : *ex iure Quiritium meum esse aio*, la clause *ex iure Quiritium* n'a pas la valeur d'un simple prétention abstraite, elle désigne concrètement l'appui que chaque plaideur a trouvé dans l'assistance, elle vient de se partager pour fournir respectivement à chacun des *auctores*. Ceux-ci sont l'expression vivante du *ius*

²² La ponctuation après *aio* est recommandée par Valerius Probus (4, 6) qui dans ses notes fait commencer la seconde proposition avec *secundum suam causam*. Sur la question, Noailles, *Fas*, p. 72 suiv. ; G. Wolf dans *Römisches Recht in der europäischen Tradition*, 1985, p. 3 suiv. ; cf. Corbino, *Studi Sanfilippo* VII (1987) p. 139 suiv., qui tient les mots *secundum suam causam* pour étrangers au formulaire et les attribue à Gaius, mais il reste alors à expliquer pourquoi Valerius Probus les situe dans les verba des *legis actiones*. – Sur *ecce tibi*, datif «éthique», voir MEFRA, 1984, p. 229 suiv.

²³ On a parfois contesté à tort que *vindicta* ait le sens de baguette dans l'ancien droit : voir MEFRA, 1984, p. 228 suiv.

Quiritium, par leur ministère le corps civique apporte sa garantie aux plaideurs. *Ius* a sans doute commencé par avoir dans cette expression le sens de formule, que les linguistes tiennent pour le premier du mot²⁴. Par *ex iure Quiritium*, les plaideurs renvoyaient aux mots «*auctor fio*», grâce auxquels les témoins leur avaient fourni leur soutien dans la phase préliminaire du procès *in rem*.

Ils avaient répondu de la sorte à la question : *quando in iure te conspicio, postulo anne fias auctor*, et cette réponse ne permet pas seulement d'identifier les *verba* du *ius Quiritium* ou «*formule des Quirites*» dans le droit des biens, elle montre à quoi tend dans le procès archaïque le rite de la baguette. Il n'a pour Gaius (4, 16) qu'une valeur symbolique, la baguette comme substitut de la lance est ramenée à un simple *signum iusti dominii*. Elle est beaucoup plus. Quand le plaideur renouvelle son geste tout en disant : *vindictam imposui*, pour rappeler qu'il l'a déjà fait une première fois, il en indique en même temps le bien-fondé à l'aide de la clause *secundum suam causam*²⁵ qui renvoie à la formule précédente et très précisément aux mots *ex iure Quiritium*. Le rite de la *vindicta* repose sur les paroles des Quirites, autrement dit sur la formule «*auctor fio*», prononcée par les témoins dans la phase initiale du débat. Le plaideur s'appuie sur leur garantie pour manifester sa propriété absolue à l'aide d'un geste qui ponctue le débat.

Sans l'éclairage de cette première phase, qu'on ne connaît que par l'allusion des parties, la revendication chez Gaius reste irrémédiablement terne. En disant *ex iure Quiritium*, les plaideurs ne feraient qu'invoquer leur bon droit, et la *vindicta* ne serait qu'un symbole. On ignore les *verba* de la procédure préliminaire, et sans doute n'étaient-ils pas identiques, malgré une certaine similitude, à ceux de la *vindicatio* et de la *contravindicatio*. Celles-ci renouent le dialogue après l'échec du premier affrontement que le formulaire a laissé tomber ; les plaideurs invoquent maintenant à tour de rôle les Quirites, qui viennent de jouer un rôle décisif dans ce préambule en répondant à leur appel. La garantie initiale des Quirites explique le développement du rituel. Les termes des plaideurs le disent clairement, la clause *secundum suam causam* renvoie à la clause *ex iure Quiritium*, non dans le sens d'ordre juridique, mais dans celui de formule prononcée par des membres de l'assistance, les *auctores*. La répétition du rite est imposée par l'échec de la première phase du procès, éliminée du for-

²⁴ Sur la question, MEFRA, 1986, p. 306 suiv.

²⁵ Sur les tentatives d'expliquer *causa* par titre de propriété ou fondement de l'action, voir Kaser, ZS, 1987, p. 68 suiv. Dans *secundum suam causam*, *suam* porte sur *vindicta*, comme l'a vu Noailles, *Fas*, p. 73 suiv., qui discute le sens de baguette. Pour G. Wolf *loc. cit.* *suam* se rattache à *hominem*.

mulaire. Dans cette procédure préliminaire, le plaideur assisté par son *auctor* aurait conclu le débat par le rite de la *vindicta*, si l'adversaire n'avait trouvé lui aussi un *auctor*, lui permettant de procéder au même rite. Les deux rites se sont neutralisés. La phase initiale était dominée par le principe de l'*auctoritas* ou garantie du corps civique. Le recours aux Quirites devait suffire à trancher le débat, si les témoignages ne s'étaient pas contredits. La tentative a avorté, un trait est alors tiré, sans doute par le magistrat, en vue de passer à une nouvelle procédure qui conduira à un jugement.

Quand le procès recommence, les parties énoncent à nouveau leurs prétentions, et chacune proclame, en se recommandant des Quirites, que l'assistance a confirmé son droit. Fortes de cet appui, elles renouvellent le rite de la *vindicta*. Il a toujours le même fondement, comme l'affirme la suite du dialogue. A la question : *postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris*, il est répondu de façon en apparence évasive : *ius feci sicut vindictam imposui*. La *causa* reste la même, c'est le *ius Quiritium*. *Feci* a le sens de dire, comme dans *verba facere*²⁶, et *ius* garde celui de formule. Le plaideur rappelle qu'il vient de prononcer ce mot dans la clause *ex iure Quiritium*, il le répète pour évoquer l'intervention des Quirites, qui se sont portés garants de ses dires. Leur soutien justifie le rite de la *vindicta* dans la nouvelle phase du procès comme dans la première. Ce rite n'a jamais eu qu'une seule et même *causa*, la formule ou *ius Quiritium* qui a proclamé cette garantie. Le geste du plaideur permet à la formule des Quirites de s'accomplir (*feci*). Celle-ci ne vaut rien, quand chaque plaideur a ses *auctores*. Le recours au *sacramentum* aboutit à un jugement, qui a peut-être commencé par être à la suite de l'impuissance du témoignage un jugement de dieu, avant de céder la place au seul examen des preuves rationnelles. La justice populaire recule devant le *iudex*. On est à l'aube de la justice civile.

Le procès *in rem* archaïque ne conduit pas à un jugement. Sous la présidence du roi ou du magistrat, c'est l'assistance qui décide. On peut parler de justice populaire à la condition d'ajouter qu'elle se déroule sous le regard de la plus haute autorité. L'*auctoritas rerum* a permis ce type de procédure qui fait dépendre la propriété absolue du témoignage du corps civique. Quand sa réponse est univoque il n'y a besoin ni de jugement ni même d'*addictio* du magistrat, c'est le rite de la baguette qui conclut l'affaire. Cette place est indiquée dans le formulaire de Gaius. Lorsque le plaideur rappelle que dans une phase

²⁶ *Oxford lat Dict.* v. *facio* § 6, III, 668; v. *verbum* § 5 c, VIII, 2034; *Thes. l.l.* v. *facio* VI, 90, 30, sur *verba facere*. Dans *ius feci*, le sens est plus matériel, c'est l'accomplissement gestuel du *ius*; cf. Ennius Scen. 148 *ius atque aecum fecisse* (Vahlen), sur ce texte MEFRA, 1986, p. 315.

préliminaire du procès il a déjà accompli ce rite : *vindictam imposui*, il lui assigne comme *causa* (*secundum suam causam*) la formule des Quirites : *ex iure Quiritium*. Dans ce prologue, l'intervention des présents a précédé le rite de la *vindicta*. Le déroulement du procès archaïque, quand l'assistance ne se divise pas en deux camps, est clair. Après que les plaideurs aient énoncé leurs prétentions en termes inconnus, les Quirites par le ministère d'un *auctor* ou de plusieurs ratifient l'une d'elles, et le gagnant exprime sa victoire par le geste de la baguette, qui est le point final du tout. Le formulaire de Gaius appelle *vindicare* (*qua ex causa vindicaveris*) l'acte de *vindictam imponere*²⁷. C'est un geste solennel de victoire qui déclare inattaquable la propriété garantie par le peuple.

Parallèlement, dans la *manus iniectio* on appelle *vindicere* ou *vindicare* le geste de *manum depellere*, par lequel le *vindex* libère le *prensus*, qui ne peut le faire lui-même XII t. 3, 4 *ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito*; Fest. 516 L *vindex ab eo, quod vindicat, quo minus is, qui pressus est ab aliquo, teneatur*. Dans la *manus iniectio* comme dans le procès *in rem* archaïque, l'acte de *vindicare* (*vindicere*) est un geste de victoire. Dans le procès *in rem*, c'est le gagnant lui-même qui célèbre son succès à l'aide de la *vindicta*; dans la *manus iniectio* le succès revient au *vindex* qui ôte la main de l'adversaire. Dans un cas comme dans l'autre, avant la naissance de la justice civile ces manifestations rituelles interviennent devant le roi ou le magistrat. Elles mettent fin soit au conflit portant sur un bien, soit à la mainmise qui s'appesantit sur le *nexus* ou le délinquant²⁸. Il fut un temps où le conflit s'arrêtait là, il n'y avait place ni pour un jugement ni pour une *addictio*, le rite de la *vindicta* ou le geste du *vindex* concluaient la procédure. Ils marquaient une victoire, que désignait le verbe *vindicere* ou *vindicare*.

Dans le formulaire de Gaius, quand un plaideur demande à l'autre : *qua ex causa vindicaveris*, cela revient à dire : de quel droit triomphes-tu ? Il n'y a pas place pour deux victoires. La justice populaire est incapable de sortir de l'impasse. Par le jeu du *sacramentum*, le jugement va faire son apparition dans l'histoire du droit. Jusque là, le recours aux Quirites avait permis de s'en passer. De même, s'agissant du *nexum* ou d'un délit, vint un moment où l'intervention du *vindex* ne fut plus tenue pour définitive. On greffa sur elle un *sacramentum in personam* contre le *vindex* lui-même. Qu'il s'agisse de procès *in rem* ou *in personam*, le *sacramentum* est un complément que la justice

²⁷ Sur ce sens archaïque de *vindicare*, Karlowa, *Der röm. Civilprozess zur Zeit der Legisactionem*, 1872, p. 71 ; G. Wolf *loc. cit.* p. 15.

²⁸ Sur la *manus iniectio* consécutive à un délit : Kaser, *Das altröm. Ius*, 1949, p. 198 suiv. ; Broggin, *Coniectanea*, p. 124 suiv.

civile est venue apporter à la justice populaire, quand il devint évident qu'elle ne pouvait plus se suffire à elle-même.

Dans ces deux registres, un jugement est devenu nécessaire. La justice civile ne s'est pas substituée brutalement à la justice populaire, elle s'est combinée à elle comme une suite naturelle, et elle a absorbé l'acte par lequel le vainqueur célébrait son succès, l'acte de *vindicare*, dans un cas le rite de la *vindicta*, dans l'autre le geste de *manum depellere*. Ils sont devenus de simples péripéties du nouveau procès *in rem* ou *in personam* et ne sont plus qu'une étape dans la voie qui conduit au jugement. *Vindicare* a changé de sens. L'évolution s'achève quand on permet au délinquant de se défendre lui-même, sans recourir au *vindex* qui voit son champ d'action se rétrécir.

* * *

A chaque type d'*auctoritas*, lorsqu'il remonte à l'ancien droit, correspond un *auctor*. Il faut ajouter que ce dernier invariablement déclare : *auctor fio*. Cette formule bien attestée pour le tuteur²⁹ est dans le droit des biens la réponse naturelle, comme à une stipulation, à la question : *postulo anne fias auctor*. S'agissant de l'*auctoritas patrum*, on la déduit sans peine de la tournure courante : *patres auctores fiunt*³⁰.

A première vue, on ne sait quel *auctor* correspond à l'*auctoritas populi*, qui n'est guère étudiée : Gaius 1, 98 *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate aut imperio magistratus velut praetoris*. 99 *Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt*. Ce texte conserve comme une relique de l'ancien droit un type d'*auctoritas*, qu'il ne faut pas confondre avec une simple autorisation populaire, comme dans l'expression voisine, d'ailleurs fort rare, *ex auctoritate populi*³¹. Cette expression est rare, parcequ'on n'a pas coutume de parler de l'autorisation des comices dans les termes qui désignent habituellement celle du sénat. Gaius parle de tout autre chose, l'*auctoritas populi* de l'adoption n'est pas l'autorisation de l'acte, elle est l'acte lui-même, comme l'indique son nom d'*adrogatio* (Gaius 1, 100 *illa adoptio quae per populum fit*). En outre, cette *auctoritas* n'émane pas de n'importe quel vote comitial, elle est propre aux curies. On la retrouve chez Pomponius au sujet de la loi curiate des décemvirs *legi-*

²⁹ D. 26, 8, 3; Kaser, *R. Privatrecht*, I, p. 87.

³⁰ Les textes sont groupés par Schwegler, *R. Geschichte*, II, p. 158 n. 2; voir *Iura*, 33 1982, p. 33.

³¹ Gaius 2, 5; 7; Liv. 31, 9, 2; voir *Thes. l.l. v. auctoritas*, II, 6, 1228; *VIR v. auctoritas* § VII, t. I, p. 517.

bus scribundis : ench. D. 1, 2, 2, 4 *placuit publica auctoritate decem constitui viros*³². On est amené à penser que ces deux juristes, l'un et l'autre connaisseurs de l'ancien droit, ne parlent pas au hasard d'*auctoritas* à l'occasion du vote curiate, alors que ce mot n'a le plus souvent rien à voir avec le droit des comices.

A l'origine les curies ne votaient pas, le chiffre pair de 30 ne s'y prête pas, La loi curiate des magistrats est une nouveauté de la constitution républicaine, qui soumet leur pouvoir à la légitimation du peuple. Cicéron en attribue une aux rois³³, parcequ'il reproduit pour eux la lourde procédure comitiale d'élection d'abord, d'investiture ensuite, que la République a créé pour les consuls (*de rep.* 2, 25; 31; 33; 35). Les curies sont présentes à l'inauguration du *rex sacrorum* et des flamines majeurs, elles se bornent à prêter leur assistance. La règle est la même pour le testament, qui peut être présenté deux fois par an devant les curies, le 24 mars et le 24 mai. Le sigle du calendrier propre à ces deux jours, QRCF (*quando rex comitiavit fas*), signifie qu'ils deviennent fastes quand la tenue des comices a pris fin; le roi a cessé alors de *comitiare*, autrement dit de présider les curies. Le testament a été proclamé pendant la partie néfaste de ces deux journées, en un temps où le vote du peuple est interdit³⁴. On est en général d'accord pour admettre que l'adoption d'un *sui iuris* a commencé par être pareillement présentée aux curies, sans qu'elles émettent un vote³⁵. Il suffisait de leur assistance, comme dans tous les cas où une réunion comitiale remontait aux temps royaux. On a eu ensuite recours au vote (Gell. 5, 19, 8) par suite de l'importance politique de l'acte. On est alors passé du *testimonium* à l'*auctoritas*. Selon une formule qui est venue se combiner à l'*emptio familiae*, le testateur ne demandait aux curies que leur attention³⁶ : *Vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* (Gaius 2, 104). Quand un *sui iuris* est adopté, on en vint à solliciter des curies non plus leur simple assistance mais une ratification. L'expression *auctoritas populi* permet de comprendre le processus de cette substitution.

Dans les XII tables, l'*auctoritas* est la garantie que le corps civique apporte à la propriété absolue au terme de l'usucapion, lorsqu'un citoyen pris au hasard *in iure* déclare « *auctor fio* » pour en fournir la preuve. De la sorte le même mot en est arrivé à désigner aussi bien cette garantie et cette propriété. Cet *auctor* est à la fois témoin et

³² Sur l'absence de loi constitutive de ce décemvirat, voir mes *Recherches sur l'Imperium*, p. 9 suiv.

³³ *Recherches sur l'Imperium*, p. 30 suiv.

³⁴ Voir mes remarques, RHD, 58, 1980, p. 5 suiv.

³⁵ Voir ma *Loi à Rome*, p. 82 n. 126.

³⁶ *Hommage à R. Schilling*, 1983, p. 169.

garant, selon la nature archaïque du témoignage. Dans le droit des biens, le corps civique, partiellement réuni *in iure* de façon inorganique, fournit une *auctoritas* qui ne diffère pas, pour le fond, de celle des curies qui ratifient l'adoption. Dans les deux cas, le témoignage vaut garantie et s'appelle *auctoritas*, il est présenté expressément soit par un ou plusieurs Quirites *in iure*, soit par leur majorité dans les comices. Il faut présumer que la formule est la même : *auctor fio*. S'il en est ainsi, on comprend sans peine pourquoi le vote curiate est appelé *auctoritas* à la fois par Gaius et Pomponius.

A ce compte, on perçoit comment dans la plus ancienne assemblée du peuple on est passé d'une assistance muette au vote. Quand pour l'adoption d'un *sui iuris* la publicité des curies ne fut plus tenue pour suffisante, les votants se portaient *auctores*, autrement dit témoins et l'on dénombrait ces témoignages pour vérifier s'ils étaient majoritaires. Le vote a commencé par être l'expression d'un témoignage valant acquiescement. Le peuple ne veut plus servir à la publicité de l'acte que s'il y apporte son consentement. Le vote sous sa forme première est la condition que met le peuple à la publicité qu'on attend de lui.

Ce qui est vrai de l'adoption d'un *sui iuris* l'est aussi de la loi votée par les curies. Gaius et Pomponius parlent d'*auctoritas populi* ou *publica* dans les deux cas. A l'origine, la *lex dicta* est lue en public, c'est un acte unilatéral du roi ou du magistrat (*lex templi, luci*), qui requiert du peuple simplement sa présence pour que la publicité soit assurée. La loi devient curiate quand le peuple, réparti cette fois en unités constituées, la vote. L'*auctoritas populi* est à la fois témoignage et ratification. Dans la technique législative, la répartition des rôles entre le magistrat et le peuple est claire à l'origine. La loi est un acte du magistrat, rédigé à l'impératif comme la *lex dicta*, le peuple ne fait que la ratifier.

Le peuple ratifie la loi, comme les *patres* la ratifient aussi. Entre l'*auctoritas populi* et l'*auctoritas patrum*, il n'y a pas de différence de nature mais de degré, les *patres* étant seuls dotés d'une essence charismatique. *Auctoritas* à propos de la loi signifie, sous ces deux formes, le concours de ces deux instances de la cité pour ratifier un nouvel état de droit ou une nouvelle situation juridique émanant du magistrat, depuis qu'on lui refuse la faculté de les établir seul. Citoyens et *patres* usent séparément sans doute de la même formule : *auctor fio*. Au point de vue topographique, ils sont répartis respectivement dans la *curia Hostilia* et le *comitium*, qui forment les deux parties du même complexe architectural³⁷.

³⁷ Coarelli, PP, 1977, p. 166 suiv.; voir mes remarques, CRAI, 1979, p. 705; *Iura*, 33, 1982, p. 37.

Quand au III^e siècle à la suite de la loi Valeria *de provocatione* en 300 et de la loi Hortensia sur les plébiscites en 286, le principe de la souveraineté populaire s'affirme, la loi n'est plus tenue pour un acte du magistrat ratifié par les comices, elle passe désormais pour un *iussum populi* et la formule nouvelle³⁸ que le magistrat adresse à l'assemblée populaire : *Velitis iubeatis... vos Quirites rogo*, est utilisée également devant les curies en vue de l'adrogation (Gell. 5, 19, 9). Il s'ensuit que même pour elle la réponse des votants au *rogo* respectueux du magistrat, qui est une nouveauté constitutionnelle, ne peut plus être que *uti rogas*, comme cela est attesté à l'époque du vote oral³⁹. L'*auctoritas populi* à propos du vote curiate n'est plus qu'un mot, scrupuleusement conservé par des juristes à la fois historiens du droit. Il a perdu sa teneur. De même, au sortir de l'ancien droit, l'*auctoritas patrum*, passée à l'état de formalité pour les centuries, est tombée en désuétude pour les curies. Il n'en est nulle part question pour l'adrogation et la loi curiate des magistrats malgré l'abondance des textes sur ces matières⁴⁰.

Grâce à l'exposé de Gaius sur l'adoption, on mesure toute la différence qui sépare le vote des comices à l'époque archaïque du régime postérieur de la souveraineté populaire. A l'origine, la loi est un acte du magistrat que le peuple ne fait que ratifier. Même votée, elle est un ordre du magistrat comme la *lex dicta*; elle n'émane pas du peuple qui ne fait qu'acquiescer. C'est par une simple fiction que plus tard elle passera pour un produit de la volonté populaire. L'expression *auctoritas populi* résume le système archaïque. Autre chose est le *suffragium*. Dans le courant de la République, ce mot connaît une large diffusion; à l'origine la langue officielle le rattache aux centuries, comme le montrent l'expression *sex suffragia*, qui désigne les centuries équestres de *Ramnes*, *Tities*, *Luceres*, et une loi Publilia Philonis de 339 (Liv. 8, 12, 15 *ante initum suffragium*). La différence entre

³⁸ *La loi à Rome*, p. 74 suiv.; cette formule est attestée en 217 dans la loi sur le *ver sacrum* (Liv. 22, 10, 2).

³⁹ Sur *rogo*, *Loi à Rome*, p. 81; sur *uti rogas*, *ibid.* p. 55.

⁴⁰ Pour une explication de cette désuétude, CRAI, 1979, p. 707; *Iura*, 33, p. 37 (Mommsen, *Droit Public*, VII, p. 238 explique l'absence d'*auctoritas patrum* pour la loi curiate des magistrats, parcequ'il tenait celle-ci pour une simple promesse d'obéissance). La présidence des curies pour l'adrogation, où le vote continue à être effectif (*Loi à Rome*, p. 82 n. 127), est assurée par le Grand Pontife en présence de son collègue, comme cela se vérifie encore dans une médaille d'époque impériale (*ibid.* p. 83) et par l'expression *pro collegio pontificum* chez Labéon ap. Gell. 15, 27, 1 (*ibid.* p. 83; dans un autre sens G. Wolf dans *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition*, 1980, p. 1 suiv.). Le Grand Pontife a ici évincé le *rex sacrorum*, comme pour les curies du testament. Le *rex sacrorum* ne peut pas présider une assemblée délibérante (Plut. Q.R. 63), RHD, 58, p. 7.

l'*auctoritas populi* et le *suffragium* apparaît clairement dans l'élection et l'investiture de la magistrature supérieure. Les curies investissent le magistrat élu par les centuries. Le vote curiate ratifie la loi d'investiture présentée par le magistrat président. Au contraire, les centuries font un choix entre les divers candidats, elles ne ratifient pas un candidat unique par poste à pouvoir⁴¹. Dans l'élection, le peuple manifeste une volonté qui lui est propre.

En somme, l'*auctoritas populi* est la ratification d'une loi par les curies; dans l'élection le *suffragium* ne ratifie rien, il exprime le choix des centuries. Cette opposition entre l'*auctoritas* des curies et le *suffragium* des centuries permet d'apprécier comment dans un cas et dans l'autre l'*auctoritas patrum* joue un rôle différent. Pour les curies, l'*auctoritas patrum* vient s'ajouter à l'*auctoritas populi* : les *patres* ratifient comme le peuple la loi du magistrat. S'agit-il d'une élection centuriate, l'*auctoritas patrum* ratifie non la volonté du magistrat, qui ne s'est même pas exprimée mais celle du peuple, qui ne se suffit pas à elle-même, en un temps où le peuple n'est pas encore souverain. Les *patres* apportent un complément de validité. Quand les centuries votèrent des lois, ce rôle de l'*auctoritas patrum* reste le même, les *patres* ratifient le vote du peuple non la proposition du magistrat. A ce point de vue, curies et centuries ont des régimes distincts. Les lois curiates et centuriates n'ont pas les mêmes modes d'élaboration.

⁴¹ Telle est la thèse singulière de Mommsen (*Staatsrecht*, I, p. 470 suiv.; *Droit Public*, II p. 116), qui veut maintenir à ce prix que l'élection comme la loi est un accord entre magistrat et peuple; sur la relation entre élection et loi curiate, *Recherches sur l'Imperium*, p. 34.

INDEX DES MATIÈRES

- accensi, 423-428.
- acte juridique, 58, 72, 713, 756.
- actes de souveraineté (droit sacré), 315, 484, 716.
- actio auctoritatis, 32, 747, 758.
- actio de modo agri, 747.
- actio ex senatus consulto, 82.
- actio finium regundorum, 616.
- actio furti nec manifesti, 592, 647.
- actio in factum, 80.
- actio in ius, 80.
- addictio, 535, 724, 737.
- addictio auspiciale, 7.
- adfertor, 197.
- adiudicatio, 613.
- adrogatio, 23, 767.
- adscripticii, 425.
- aes nexum, 27, 732.
- aestimatio, 591, 615.
- ager Romanus, 164, 211, 222, 226, 464, 478.
- agger (servien), 170, 174.
- anquisitio, v. commentarium, 500.
- arbiter, 591-652.
- arbitrium liti aestimandae, 18, 592, 617, 649.
- Argei, 171.
- armement (hoplites), 427.
- arx, 177, 188, 193, 207.
- assidui, 447, 455, 479.
- auctor, 30, 263, 385, 691, 763.
- auctor (laudatio), 757.
- auctor fio, 768.
- auctoritas, 263, 685.
- auctoritas (aeterna), 698.
- auctoritas (rata), 697, 757.
- auctoritas (mancipium), 30, 256, 687, 756, 760.
- auctoritas (propriété), 758.
- auctoritas (sénatusconsulte), 402.
- auctoritas iuris, 127, 130.
- auctoritas patrum, XV, 8, 33, 364, 385-403, 462, 480, 769, 771.
- auctoritas populi, 476, 767.
- auctoritas principis, 109.
- auctoritas rerum, 686.
- auctoritas senatus, 385-403.
- auguraculum, XIII, 39, 41, 167, 178, 193-207.
- augurium, XIV, 7, 216, 355.
- augurium salutis, 329.
- augustum augurium, 221.
- augustus (locus), 214, 221.
- auspicato die, 220.
- auspices de départ, 6.
- auspices d'investiture, 6, 345.
- auspices avant assemblée populaire, XVI.
- auspices des magistrats, 307-311, 345, 353.
- auspices primordiaux, XIII, 7, 215, 220.
- auspicia, 179, 197, 209-228.
- auspicia (privatus cum imperio), 180.
- auspicia (proconsuls), 181.
- auspicia ad patres redeunt, XV, 7, 341-383, 411, 485.
- auspicia maxima, XIV, 7, 9, 342, 348, 468, 484.
- auspicia publica, 216, 343, 351, 354, 366, 374.
- auspicia urbana, XIV.
- auspiciorum renovatio, 344.
- auspicium auguriumque, 218.
- auspicium imperiumque, 6, 216, 225.
- bona copia, 708.

basileus, 483.

C (sigle du calendrier), 190.

calare, 458.

Capitolium, 177.

carmen arvale, XII, 40, 233.

carmen augural, 38.

carmina, 34, 39, 47.

causa liberalis, 61, 65, 258.

cens, 479, 755.

centurie ne quis scivit, 423.

centuries (total), 423-428, 455.

centuries équestres, 456, 464, 490-493.

civis Romanus sum, 553, 582.

clarigatio, 249.

classis, 441, 455, 472, 494.

clientèle (code), 481.

clients, v. Liberi, 430, 477.

clients (armées privées), 482.

clou du 13 Septembre, 313, 323.

coercition capitale, 539-565.

coercition mineure, 576.

commentarii consulares, 101.

commentarium anquisitionis, 13, 545, 564, 695.

comitia calata, 459.

comitiare, 23, 271, 671.

comitiatus maximus, 13, 60, 334-339, 476, 515, 540, 565.

comitium, 460.

confaerratio, 24, 33.

conregione, 199.

conscripti, 364, 372, 411, 481, 490, 493.

conserere manu(m), 259.

consilium principis, 420.

consponsi, 604.

consultatio patrum, 248.

consulaires, XV, 363, 408, 455, 485.

consulaires (devotio), 349.

crimes (XII Tables), 63, 68.

coutume, 72, 86.

cura legum et morum, 84.

curia Calabra, 458.

curia Hostilia, 458.

curia Hostilia et comitium, 476, 480.

curiatim (plébiscite Ovinien), 461, 480.

curies, 453, 457, 473, 475, 476, 480, 483, 755, 767.

curies (testament), 667.

custodela, 663.

damnare, 591.

damnum decidere, 19, 593, 637-652.

déclaration de guerre, 38.

desponsor, 721.

detestatio sacrorum, 24.

devotio, 11, 48.

dictateur (justice), 14, 579.

dictateur (loi curiate), 309.

dictateur clavi figendi causa, 313.

dictateur optima lege, 580.

dictateur seditionis sedandae causa, 494.

dictio dictatoris, 358.

disciplina etrusca, 165.

discriptio classium, 405, 456.

dies Alliensis, 190, 457.

dies iusti, 627.

dies religiosi (mundus patet), 188.

dolo, 529.

domi militiae, XIII, 9, 14, 155, 180, 209-228, 269, 332, 434, 549, 563, 572, 579.

Duenos (inscription), 45.

duit (morti), 528.

duumviri perduellionis, 503, 510, 541, 559, 574.

élection, XVI, 310.

emptio familiae, 660.

épagomènes (jours), 279.

ἐπισπένδειν (loi de Gortyne), 609.

equites, 490-493.

ex auctoritate principis, 109.

exauguratio, 205.

exécution capitale, 10.

exercitus urbanus, 223, 413.

expromissor, 722.

fabri, 426.

familia pecuniaque, 664.

féodalité, 483.

festuca, 252, 261, 266.

fétiaux, 236, 245.

flagellation (à mort), 13, 15.

flamen, 233.

foedus, 29, 35, 39, 246, 715.

Forcti, 744.

Fornacalia, 232, 454.

- fur manifestus, 535.
 fustuarium, 554, 584.
- gens Claudia, 466, 482.
 gentes albaines, 482.
 gentem non habere, 375.
 gentes maiores et minores, 379, 489.
 Grand Pontife (droit pénal), 562, 577.
 gromatici, 166.
- hache v. securi percussio, 13, 573.
 hasta (fétial), 258, 260.
 heres, 659.
 heres extraneus, 674.
 homicidium, 528.
- Ianus, 237, 251.
 id quod interest, 602.
 impératif, 34, 37, 41, 95.
 impératif (de l'interpretatio), 74.
 impératif (testament), 671.
 imperator, XII, 221.
 imperium (v. iudicium), XIV, 6, 9, 209-228, 307-311, 348.
 imperium maximum, 327.
 inauguration, XIII, 209-228.
 indemnatus, 537.
 indicatif, 41, 74.
 indictio belli, 20, 235, 245, 249, 253, 260, 267.
 infra classem, 441.
 in iure cessio, 759.
 intercalation, 280.
 interpres, 100.
 interpretatio, 72, 74, 75, 89, 95-101.
 interpretatio (droit sacré), 97.
 interrègne v. auspicia ad patres redeunt, 341-362, 411, 485, 488.
 interrègne (et Régifugium), 298.
 Interroi, XV.
 interroi (second), 347, 357.
 intestatus, 669, 672.
 ipso iure, XII, 80.
 iudex, 21, 52, 591-652.
 iudex arbiterve, 534, 591, 612.
 iudicatum, 54, 622.
 iudicatus, 724.
 iudicatus sive damnatus, 598, 619, 650.
- iudicis arbitrive postulatio v. iudex, 648.
 iudicium imperium, 52, 227.
 iuniores v. seniores, 443.
 iura, 43.
 iura condere, 108, 121, 131, 144.
 iura dare, 50.
 iurare, 55, 57.
 iuris consultus, 106, 121.
 iuris dictio, 79.
 iuris pontificii libri (v. libri), 99.
 ius, XII, 34.
 ius (chez Cicéron), 76.
 ius (étym.), 43.
 ius (et mores), 88.
 ius (prière), 49.
 ius auspicii, XV, 76.
 ius civile, 70.
 ius civile (SC), 80.
 ius controversum, 129.
 ius dicere, 53, 57.
 ius facere, 51, 57.
 ius Papirianum, 56, 244.
 ius pontificium, 35, 99.
 ius praetorium, 77, 80.
 ius Quiritium, 3-90, 252-269, 477, 748, 755, 764.
 ius ratumque, 66.
 ius respondendi, 103-151.
 ius sacrum, XI.
 ius scriptum, 86.
 iusiurandum, 43, 46.
 iustus, 50.
 iustus magistratus, 309.
- jurisprudence, 72.
 justice populaire, 765.
- Larentalia, 234.
 legare, 659.
 leges et mores, 84.
 leges Mancipii, 742.
 leges Regiae, XI, 11, 56.
 leges Regiae (spolia opima), 243.
 legis actio, 60.
 lex clavi, 314.
 lex dicta, XVI, 35, 59.
 lex dicta (testament), 666, 671.

- lex horrendi carminis, 10, 15, 64, 95, 507, 559, 568.
 lex templi, 34, 55.
 liber terrae iuris Etruriae, 166.
 liberi (clients), 19, 257, 387, 467, 481.
 libri sacerdotaux, XI, 35, 95, 242, 335.
 litis contestatio, 630-637.
 litiscrescence, 747.
 locus liberatus et effatus, 179, 193, 198, 204, 211, 214.
 loi archaïque (vote), 770.
 loi curiate, XIV, 18, 224, 307-311, 359, 454, 768, 771.
 loi des XII tables, XII, 5, 8, 55.
 loi des XII tables (bilans), 64.
 loi des XII tables (contenu), 70.
 loi des XII tables (laïcité), 70, 89.
 loi des XII tables (définition du pouvoir législatif), 339.
 lucus v. lex, 204.

 magie, 6, 25, 54, 63, 88.
 manceps, 746, 752.
 mancipation, 27, 30, 58, 663, 742.
 mandatela, 663.
 manus iniectio, 17, 619, 653-657, 724, 746, 756, 766.
 Mars, 230, 241, 250, 268.
 maximus magistratus, 324.
 meddix, 331.
 meurtre, 531.
 militiae v. domi.
 mora, 679.
 mores v. leges, 71, 76, 82, 86, 90.
 mort v. peine.
 multa, 578, 614.
 mundus, 182-191.

 nectere, 731.
 nexi, 707.
 nexi liberatio, 58, 736.
 nexum v. aes, 27, 29, 32, 707, 723, 756, 766.
 nexum Mancipiumque, 743.
 nexus, 37, 723.
 nuncupata, 743.
 nuncupata pecunia, 670, 741.
 nuncupatio (testamentaire), 672.

 oportere, 643, 649, 652.
 ordo equester, 370.

 paricidas, 519-538.
 parricida, 524.
 parricidium, 502.
 partes secanto, 18, 459, 656.
 pater patratus, 245, 484.
 patres, XV, 7, 341-383, 411, 457, 461, 473, 477, 481-490.
 patres (et liberi, clients), 387, 429.
 patres auctores, XV, 8, 369, 386, 485.
 patres conscripti, 481.
 patricii, 377, 382, 405-422, 486, 492.
 patricii magistratus, 344, 352.
 patroni, 429.
 pecunia credita, 726.
 pecunia tutelave, 666.
 pecuniam alligare, 733, 740.
 peine de mort, 539-565.
 per aes et libram v. mancipation, nexum, 25, 33, 42.
 perduellio, 64, 70, 499-518, 539-565, 567-588.
 plèbe, 434, 471-495.
 plèbe (haute), 449.
 plèbe (tribunal révolutionnaire), 335.
 plèbiscite Ovinien, 461.
 pomerium, XIII, 155-191, 209-228, 301, 436, 458, 551.
 pontifes v. Grand Pontife, libri sacerdotaux, XI, 5, 25, 408.
 populus, XVI, 473, 476, 480.
 praes, 722.
 praetor maximus, 313-334, 484.
 praetores maiores, 329.
 praetores minores, 323.
 precatio, 41, 47.
 precatio augurale, 198.
 precor, 41.
 princeps gentis, 9, 376, 380, 486.
 princeps senatus, 488.
 principes, 408, 477.
 privatus cum imperio, 348.
 privilegia, 66.
 procum patricium, 405-422, 427, 455, 479.
 prolétaires, 447, 455.

- provocatio ad populum, 12, 69, 336, 506, 511, 545, 554, 567-588.
 provoco, 553, 583, 587.
 publice respondere, 145, 148, 152.
 purgatio morae, 679.
 quaestores parricidii, 64, 69, 503, 521, 534.
 quando rex comitiavit fas, 23, 59, 257, 271-277, 460, 476, 768.
 Quirinalia, 232, 234.
 Quirinus v. ius, 19, 229-269, 453, 471, 476, 480, 672.
 Regifugium, 274, 280, 476.
 regiones, 432, 479.
 regiones caeli, 195, 200.
 repetitio rerum, 246, 259.
 repetundae, 599.
 res sanctae, 160.
 res sua, 66, 675.
 responsa prudentium v. ius respondendi, 109, 128.
 rex, 483.
 rex augur, 217.
 Robigalia, 234.
 rodusculum, 27, 31, 33, 88, 98, 733.
 Roma Quadrata, 162, 163n, 182, 219, 221, 251.
 sac (peine), 11, 520, 538.
 sacerté, XII, 16, 56, 527, 537, 655.
 sacra via (summa), 162.
 sacramento quaerito, 98.
 sacramentum, 17, 22, 61, 67, 71, 592, 643, 647, 649, 762.
 sacratio capitis, 33, 656.
 sacrosanctus, 17.
 sanctum, 160.
 sciens dolo malo v. dolo, 529, 536.
 securi percussio v. hache, 11, 15, 547, 551, 559, 571, 581.
 sénat (sous les rois), 483.
 sénatusconsultes, 4, 80, 90.
 senatusconsultum ultimum, 227.
 seniores v. iuniores, 443.
 sententiae et opiniones, 131, 137, 140.
 Septimontium, 169, 172, 188.
 sex suffragia, 407, 491, 570, 770.
 solutio per aes et libram, 28, 31, 736.
 spondeo, XII.
 σπονδαί, 611.
 sponsalia, 597, 721.
 sponsio, 17, 24, 36, 601, 604, 607, 714, 739.
 sponsor v. desponsor, 721.
 sponsus (-us), 603, 721.
 stipulatio, 740.
 stipulatio poenae, 681.
 suffrage universel, 453-459, 479.
 suffragium, 770.
 sulcus primigenius v. pomerium, 158.
 suspensio (à l'arbor infelix), 10, 547, 559, 575.
 suus heres v. legare, 659, 668, 673.
 talio, 645.
 temple Capitolin (dédicace), 314.
 templum, 167, 178, 193-228.
 Terminalia, 280.
 tesca, 38, 179, 201-207, 212.
 testament, 59, 257, 660, 667, 768.
 tria verba sollemnia, 42.
 triade Jupiter Mars Quirinus, 229, 244, 260.
 trans Tiberim, 446.
 tribu Clustumina, 456, 488.
 tribuns de la plèbe (nombre), 447, 479.
 tribuns de la plèbe (élection curiate), 465.
 tribus, 435, 439.
 tribus génétiques, 478.
 tribus rustiques, 487.
 tribus urbaines, 478.
 Tripertita, 4, 75, 89, 100.
 Tubilustrium, 276, 303.
 tutela, 666.
 universus populus, 479.
 urbs, 209-228, 269.
 urbs (et corps civique), 478.
 urbs arxque, 177, 206.
 usucapion, 755.
 usus auctoritas, 19, 256, 685, 694, 757.
 vadimonium, 602, 682.
 vas, 722.
 veneror (veniam peto), 41, 48.

venum dare, 752, 760.
Vierregionenstadt, 169, 175.
vinctus, 728.
vindex, 20, 264, 523, 766.
vindicare, 265, 766.
vindicatio, 20, 62, 262.

vindicere, 265, 766.
vindicia, 593.
vindicta, 20, 51, 258, 261, 266, 763.

χηρωστής, 674.

TABLE DES TEXTES CITÉS

(établie par Y. Thomas)

Accius

153 : 651n.

Actes des Apôtres

22 : 553n; 583; 25 : 553n; 583.

Ammien Marcellin

21, 1, 9 : 218; 23, 6, 24 : 319; 26, 1, 7 : 282n; 283n; 284; 26, 2, 1 : 282; 283n; 284.

Appien

Samn., 4, 5 : 716n; 4, 5-6 : 717.

Iber., 80 : 718; 719.

BC, 1, 98 : 351n; 361n; 2, 31 : 211n; 436n.

Arnobé

4, 3 : 252.

Asconius

Corn. (Clark) p. 59 : 77; p. 76 : 322; 465; 476n; p. 77 : 448; 460n.

Mil (Stangl.) p. 30 : 360; 360n; 364n; p. 32 : 352n; p. 38 : 347n; 350n; (or.) p. 145 : 295.

Pseudo-Asconius

Verr. (Stangl.) p. 216 : 272n.

Auctor ad Herennium

1, 23 : 520; 547; 668n; 664; 1, 26 : 623n; 2, 13, 19 : 86n; 2, 14, 19 : 82; 4, 15 : 517; 560n; 4, 33 : 607n; 4, 38 : 73; 100.

Auguste

RG 6, 1 : 84; 103n; 8, 5 : 85; 12 : 414; 13 : 238.

Augustin

Civ. Dei, 4, 23 : 223n; 7, 7 : 300; 8, 19 : 62; 532n; 18, 12 : 162n.

Aulu-Gelle

2, 10, 1 : 406; 28, 3 : 204n; 213n

3, 2, 13 : 283; 18, 5 : 374

4, 4 : 721n; 722; 2 : 597; 602; 603; 617; 9, 5 : 189

5, 13, 4 : 431; 19, 8 : 768; 9 : 254; 477; 770

6, 9, 9 : 501n; 562n; 12 : 716n; 717; 717n; 718; 13 : 441; 444; 15 : 702n

7, 7, 7 : 232; 12, 1 : 670n

10, 15, 8 : 729; 20 : 67; 5 : 453n; 479n

11, 1, 2 : 552; 578; 4 : 516; 614; 18, 8 : 64n; 535; 535n

12, 13, 1 : 114n

13, 10, 1 : 146n; 148; 13 : 145n; 14 : 169; 1 : 157; 159; 204; 209; 210; 302; 2 : 161; 4 : 156; 15 : 307; 309; 330; 342; 348; 369; 4 : 331, 344n; 348n; 352; 354n; 356; 364n; 16, 3 : 276; 23, 2 : 253; 41, 1 : 179

14, 2, 25 : 628n; 26 : 607n; 7 : 360n; 7 : 202n; 213; 214n

15, 7, 1 : 307; 770n; 1/3 : 23; 277; 3 : 670n; 671n; 4 : 360n; 397; 398; 479n; 480n; 5 : 157; 223

16, 4, 1 : 247; 248; 394; 4 : 699n; 10, 1 : 447

17, 7 : 705n; 1 : 758; 213 : 701-705; 21, 24 : 505; 574; 575

20, 1, 7 : 535; 32 : 640; 38 : 597; 626;
42 : 628; 43 : 627; 627n; 47 : 624; 51 :
729; 10, 10 : 266; 17, 7 : 259.

Pseudo-Aurelius Victor, *Vir. ill.*,

2, 11 : 378; 2, 12 : 475; 7, 7 : 435;
478.

Basiliques

2, 2, 95 : 294.

Boèce

Top. Cic., 10 : 261; 266n; 23 : 696;
757; 28 : 751.

Caton

Agr. 1, 1 : 99; 33 : 734; 83 : 233; 132 :
47; 49; 139 : 49; 203; 212; 141 : 233;
144 : 601; 146, 5 : 601, 609n; 146/149 :
282n; 150 : 282n; 160 : 42.

Censorinus

20, 2 : 291; 4 : 291; 292n; 5 : 293; 6 :
281n; 282n; 285n; 10 : 282n; 284; 285;
22, 6 : 291; 7 : 291; 24, 3 (Bruns 1) : 53.

César

BC, 1, 6 : 182; 1, 6, 7 : 177; 3, 1, 3 :
710; 3, 20, 3 : 709

BG, 1, 9 : 596.

Cicéron

Arch., 11 : 20; 256; 439n; 755n.

ad Att., 2, 12, 1 : 354n; 19, 3 : 84n; 4,
17, 2 : 304; 5, 11, 2 : 553n; 583n; 14, 1 :
316; 15, 1 : 316; 21, 13 : 82; 6, 1, 1 :
295n; 8 : 170; 8, 15, 3 : 309; 9, 9, 4 : 709;
12, 4, 2 : 603n; 17 : 603n; 604n; 19, 2 :
603n; 721n.

Balb., 9 : 327n; 29 : 715n; 53 : 9; 36;
376.

Brut., 16, 62 : 322.

ad Brut., 1, 5, 4 : 342n; 352; 352n;
411; 1, 15, 8 : 232; 1, 16, 11 : 327.

Caec., 34 : 77; 54 : 694; 67 : 136; 68 :
137; 69 : 132n; 136; 70 : 136; 137; 137n;
73 : 137; 74 : 697; 757; 75 : 686n; 690;
96 : 61n; 257; 755n; 99 : 552n.

Cluent., 7 : 600n; 31 : 527; 57 : 688n;
115 : 599; 115/116 : 600; 116 : 599.

Div., 1, 3 : 216; 28 : 216n; 89 : 216;
217; 218; 105 : 220; 107 : 355n;
107/108 : 7; 216; 221; 2251; 343n; 345n;
2, 52 : 325; 71 : 7; 76 : 7; 181; 216;
352n; 353.

Dom., 35 : 675n; 38 : 343; 353; 367;
369; 374; 374n; 387; 390; 395; 396;
401; 410; 422; 463n; 490; 43 : 66; 45 :
501n; 507n; 513n; 556n; 585; 86 : 336;
504n; 540n; 544n; 90 : 337; 137 : 213;
214n; 144 : 325.

Fam., 1, 9, 25 : 307; 309; 1, 16, 11 :
327; 6, 14, 2 : 295n; 6, 18, 3 : 604n; 7,
11, 1 : 342n; 7, 12, 2 : 45; 7, 21 : 131n; 7,
30, 2 : 744; 9, 16, 7 : 708; 9, 21, 2 : 9;
376; 377; 379n; 10, 32, 3 : 553n; 554n;
583; 583n; 12, 14, 4 : 324; 13, 15, 1 :
413.

Flac., 45 : 624.

Har., 14 : 689; 18 : 217n; 30 : 405; 40 :
408n.

Inv., 1, 109 : 444n; 2, 65/68 : 82; 67 :
86n; 79 : 504n; 91 : 719; 148 : 520n;
664n; 148/149 : 668n; 160 : 82; 162 :
86n.

Lael., 1 : 146n; 147; 148n.

Leg. agr., 1, 4 : 406; 2, 4 : 440n; 16sq :
143n; 26 : 307; 309; 447; 27 : 181; 224;
309; 355; 30 : 309; 31 : 181; 307; 309;
355; 32 : 181n; 33 : 570n; 34 : 52; 181n;
227.

Leg., 1, 10 : 146n; 14 : 135n; 146n; 2,
21 : 179; 193; 204; 211; 216; 217n;
354n; 22 : 527; 537; 41 : 42; 55 : 675n;
61 : 72n; 3, 6 : 507n; 512n; 513n; 555;
556n; 569n; 585; 8 : 52; 330; 333; 346n;
484; 541; 9 : 14n; 310; 342n; 352n; 358;
360n; 411; 495; 579; 10 : 360n; 556;
586; 15/16 : 346n; 27 : 556; 569n; 586;
36 : 501n; 44 : 334; 337; 540n; 45 :
337n.

Mil., 7 : 502; 11 : 531n; 27 : 357n; 36 :
501n; 43 : 221; 46 : 357n; 74 : 594.

Mur., 3 : 744; 748; 28 : 129n; 136n.

Nat. deor., 1, 122 : 217n; 2, 9 : 7; 181;
352n; 11 : 343; 344n; 353; 356; 125 :

178; 196; 168 : 409n; 3, 5 : 343n; 74 : 592; 4, 10 : 349n.

Off., 1, 32 : 77; 37 : 698; 138 : 409n; 2, 47 : 146n; 148n; 65 : 129n; 136n; 3, 23 : 638; 65 : 745; 66 : 193; 195; 207; 105 : 409n.

Opt. Gen. or. 14 : 73.

Orator, 156 : 634n.

de Orat., 1, 168 : 634n; 173 : 744; 194 : 638; 200 : 146n; 202 : 127n; 212 : 86n; 106n; 135n; 241/242 : 129n; 137; 245 : 664; 745; 250 : 132n; 2, 132 : 504; 255 : 624; 3, 133 : 146n; 134 : 149; 159 : 732n; 745.

Orat. fr. (Puccioni) p. 97 : 721n.

Part. or., 130 : 82; 86n.

Phil., 1, 2 : 409n; 21/22 : 12n; 13n; 540n; 550n; 573n; 2, 3 : 77; 83 : 216; 354; 102 : 220n; 5, 44 : 327; 10, 18 : 402n; 11, 18 : 577n; 13, 30 : 418; 14, 17 : 409n.

Pis., 4 : 501n; 50 : 395.

Planc., 7 : 66; 540; 8 : 390; 49 : 440n; 64 : 327n.

Prov. cons., 45 : 50.

Quinct., 79 : 295n.

ad Q. fr., 2, 3, 5 : 81n.

Rab. perd., 8 : 506n; 10 : 506; 12 : 506; 508; 553n; 583n; 13 : 506; 507; 15 : 506; 543; 574; 575; 16 : 52n; 261; 21 : 575; 28 : 575.

Rab. post., 8 : 600; 621; 622; 45 : 31n.

Red. Quir., 17 : 409n.

Red. Senat., 27 : 337.

Rep., 1, 69 : 346n; 2, 14 : 378; 380n; 408n; 457; 473n; 474; 474n; 477; 483n; 16 : 429; 474; 474n; 477; 483n; 23 : 277; 380n; 382; 457; 486n; 25 : 359; 365n; 411; 463n; 768; 26 : 457; 30 : 457; 31 : 359; 395; 460; 476; 768; 33 : 359; 768; 35 : 227n; 298n; 359; 379; 379n; 380n; 473n; 489n; 768; 36 : 370n; 407n; 491; 37/38 : 298n; 38 : 359; 39 : 370n; 406n; 407n; 440; 491; 492; 39/40 : 423; 455; 40 : 425; 446n; 453n; 53 : 588; 54 : 546n; 554n; 561n; 569n; 581; 55 : 13; 332; 549; 573; 56 : 346n; 391; 401; 59 : 707; 710; 725; 728n; 734n; 738; 60 : 509n; 614; 615; 615n; 61 : 326; 334;

540n; 546n; 558n; 587; 63 : 373; 486; 4, 2 : 455; 4, 10, 12 : 62n; 63; 532; 533.

Rosc. Amer., 38 : 520n; 63 : 520.

Sest., 65 : 66; 337; 540n; 108 : 337; 109; 440n; 137 : 143n.

Sull., 33 : 688n.

Top., 23 : 694/696; 24 : 132n; 28 : 76; 82; 86n; 109; 134n; 135n; 744; 31 : 82; 86n; 39 : 616n; 626n; 43 : 616n; 90 : 82.

Tull., 50 : 96.

Tusc., 5, 112 : 146n.

Vatin., 24 : 213.

Verr., I, 115 : 376n; II, 1, 109 : 78; 120 : 146n; 2, 31 : 77; 4, 132 : 313; 5, 53 : 320; 141 : 607; 607n; 162/163 : 553n; 554n; 583.

Code Justinien

1, 14, 1 : 117n; 14, 12, 2 : 142n; 3, 28, 33, 1 : 142n; 42, 5 : 107n; 4, 5, 11pr. : 143n; 18, 2, 1a : 143n; 5, 11, 7, 1 : 143n; 71, 14 : 132n; 6, 30, 19 : 142n; 30, 22pr. : 143n; 37, 12 : 132n; 8, 33, 2 : 115n; 33, 3 : 115n; 37, 4 : 107n; 42, 9 : 680n; 44, 7 : 693n; 44, 8 : 693n; 47, 10, 5 : 143n; 9, 41, 11 : 146n; 12, 60, 2/3 : 628.

Code Théodosien

4, 4, 3 : 107n.

Collatio

1, 3, 1 : 531; 2, 5, 5 : 73; 97; 3, 3, 6 : 113n.

Columelle

1, praef. 18 : 418; 1, 13, 12 : 727; 8, 15, 12 : 319; 9, 9, 6 : 416n; 9, 9, 8 : 416n.

Cornelius Nepos

Lys. 4, 3 : 324. *Pel.*, 2, 2 : 324; 2, 3 : 324.

- Cornutus
ad Pers. Sat., 1, 123 : 533; 1, 137 : 63/.
- Demosthène
c. Arist. 26 : 538n.
- Denys d'Halicarnasse
 1, 38 : 172n; 74, 5 : 322; 86 : 220; 86, 1/4 : 343n; 88 : 163; 220
 2, 5 : 311; 352n; 5/6 : 7; 224; 226; 227n; 7 : 165; 474; 7, 2 : 473n; 8 : 377; 475n; 486n; 9 : 429; 436n; 9/10 : 477n; 10 : 430; 463n; 481/482; 10, 1 : 432; 478; 481n; 10, 2 : 482; 12 : 474; 13, 1 : 463n; 13, 2/3 : 456n; 14, 3 : 463; 463n; 474; 19, 3/4 : 13; 21, 3 : 466n; 48, 2 : 235n; 57 : 360n; 362n; 58, 3 : 360n; 60, 3 : 345n; 463n; 64, 1 : 466n; 65, 3 : 162; 74 : 16; 74, 4/6 : 301; 75, 3 : 739
 3, 1, 3 : 345n; 22 : 502; 22, 3 : 502; 504n; 29, 7 : 466n; 474; 482; 35, 5 : 345n; 36, 1 : 345n; 46, 1 : 298n; 345n
 4, 8 : 298n; 9, 8 : 432; 463n; 10 : 298n; 12 : 298n; 12, 1 : 474n; 13, 1 : 432; 463n; 14 : 437; 441; 14, 1 : 435; 14, 2 : 435; 456n; 15 : 437; 15, 2 : 437; 479; 16/17 : 405; 16/20 : 423; 455; 17/18 : 446n; 18,1 : 491; 493; 19 : 444; 444n; 20,2 : 453; 25 : 52; 228; 26, 5 : 35; 40, 2 : 345n; 41, 1 : 298n; 54, 2 : 174; 62, 4 : 538; 63 : 315; 74, 4 : 345n; 75 : 351n; 76 : 351n; 76, 1 : 341; 80, 2 : 345n; 84 : 351n; 84, 5 : 341
 5, 1 : 315; 2, 2 : 464; 8 : 548n; 8/9 : 13; 19, 4 : 555n; 588; 35, 3 : 314; 315n; 40, 3 : 433; 482; 40, 5 : 436; 482n; 57 : 315; 69, 1 : 710n; 726; 72, 3 : 358
 6, 10, 2 : 442; 47 : 430; 478; 49 : 315; 63 : 430; 478; 69, 1 : 376n; 74, 4 : 343n; 89 : 465; 476n; 527n; 95, 2 : 36
 7, 17, 5 : 512n; 18 : 430n; 19 : 430; 478; 35 : 511; 59 : 406n
 8, 77 : 509n; 87 : 211n; 436n; 90, 4 : 352n
 9, 15, 2 : 482n; 16, 1 : 446; 41 : 430n; 465; 465n; 476n; 480n; 44 : 465; 476n; 480n; 63 : 475
 10, 5 : 564n; 14, 1 : 482; 15 : 430; 478; 17 : 423; 27 : 430; 478; 30 : 448; 31 :
- 511; 40 : 430n; 43 : 430; 478; 50, 2 : 578; 60, 5 : 373; 486
 11, 4 : 475; 20, 5 : 352n
 16, 5, 3 : 710
 20, 16 : 16n; 551n; 582.
- Digeste
 1, 1, 7 : 86; 7pr. : 128n; 134n; 11 : 78
 1, 2, 2, 4 : 768; 2, 5 : 73; 75; 86; 128n; 2, 6 : 60n; 73; 75; 2, 9 : 81; 2, 10 : 77; 2, 12 : 73; 75; 77; 86; 128n; 397; 2, 16 : 308; 552n; 576; 2, 23 : 64; 528; 534; 2, 35 : 148n; 2, 38 : 4; 75; 100; 148n; 2, 39 : 101; 2, 47 : 125n; 2, 48 : 111n; 148n; 149, 150; 2, 49 : 86; 106; 108; 111n; 119/121; 126n; 127/130; 149; 150; 152; 2, 50 : 116n; 149; 150/151; 2, 52 : 118n; 152n
 1, 3, 1 : 143; 9 : 81; 32 : 87
 1, 4, 2 : 111n
 1, 6, 4 : 377; 8pr : 62n; 72n
 1, 8, 9, 3 : 160; 9, 4 : 116n; 11 : 160
 1, 13, 1pr : 502; 543n
 2, 2, 2, 4 : 77
 2, 10, 1, 3 : 680n
 2, 11, 8 : 682; 14 : 602; 63 : 449n
 2, 12, 6 : 628n
 2, 14, 17,1 : 642; 48 : 58; 745n
 3, 1, 1, 3 : 145n; 146n
 4, 4, 3, 3 : 281; 283; 9, 2 : 641
 4, 8, 21, 12 : 681n; 23pr : 681n; 23, 3 : 680n; 40 : 681n; 52 : 681n
 5, 1, 45, 1 : 628n
 5, 3, 50, 1 : 113n
 6, 1, 1, 2 : 62n; 257; 755n
 7, 4, 21 : 205
 7, 5, 1 : 82
 8, 5, 10 : 696n; 17, 1 : 131n
 9, 1, 1pr : 639
 9, 2, 25, 2 : 599
 9, 4, 2, 1 : 639; 4pr : 639; 20 : 639; 35 : 628n
 10, 1, 2, 1 : 617; 3 : 617
 13, 1, 8pr : 679n
 13, 4, 4, 1 : 680n
 13, 5, 16, 2 : 680n, 16, 3 : 680n; 16, 4 : 680n; 17 : 680n; 681n
 13, 7, 43pr : 688n; 757; 43pr : 688n; 757

- 14, 2, 9 : 105n
 16, 3, 30 : 597
 18, 1, 34, 1 : 88n ; 79 : 139n
 18, 6, 18 : 679n
 19, 1, 3, 1 : 691n
 19, 2, 54, 1 : 680n
 20, 1, 34 : 645 ; 36 : 645 ; 38 : 645
 20, 2, 9 : 107n
 21, 1, 19, 2 : 603 ; 56 : 693n
 21, 2, 35 : 684n ; 39, 3 : 703n ; 51, 4 :
 32 ; 54pr : 703n ; 66, 1 : 703n ; 67 : 684n ;
 76 : 692
 22, 3, 28 : 616n
 23, 1, 2 : 605n
 23, 2, 8 : 87 ; 14, 2 : 105n ; 39, 1 : 87
 23, 3, 78, 4 : 124n
 24, 1, 1, 1 : 87 ; 3, 1 : 85
 24, 5, 9pr : 124n
 26, 2, 1pr : 666
 26, 4, 6 : 669
 26, 7, 25 : 628n
 26, 8, 3 : 767n
 27, 10, 1pr : 87
 28, 1, 14 : 671n
 28, 2, 11 : 676/677 ; 26 : 105n
 28, 6, 2pr : 86 ; 38, 3 : 139n ; 39, 2 :
 131n
 29, 2, 8pr : 62n ; 72n ; 87
 29, 4, 18pr : 77
 30, 114, 4 : 671n
 31, 88, 17 : 123n
 33, 5, 18, 1 : 139n
 33, 7, 16, 1 : 131n
 35, 1, 40, 3 : 139n ; 92 : 113n
 35, 2, 73, 1 : 139n
 38, 1, 4 : 675n
 38, 6, 1pr : 669
 39, 3, 1pr : 626n ; 24 : 616n ; 26 : 696 ;
 757
 39, 4, 11, 1 : 116n
 40, 2, 50 : 125n
 40, 4, 41, 1 : 737 ; 57 : 139n
 40, 7, 29, 1 : 752 ; 760n ; 39, 4 : 139n
 40, 12, 12, 2 : 461
 41, 1, 63, 4 : 115n
 41, 3, 4, 6 : 701n ; 702n ; 33 : 701n ; 49 :
 701n ; 704
 42, 1, 7 : 627n ; 45, 1 : 115
 44, 3, 2 : 281
 44, 4, 15 : 684n
 44, 7, 23 : 682n
 45, 1, 73, 2 : 683/684 ; 84 : 682n ; 91, 3 :
 679n ; 115pr : 603n ; 115, 2 : 681n ; 137,
 3 : 682n
 46, 1, 45 : 628n
 46, 3, 54 : 627n ; 72pr : 679n ; 98pr :
 733n
 46, 7, 16 : 684n
 47, 2, 46, 5 : 641 ; 90 : 431
 47, 15, 3pr : 88n
 48, 4, 3 : 548n
 48, 8, 1pr : 531n ; 532n
 48, 9, 9 : 88n
 48, 19, 9, 11 : 115n ; 27pr : 115n
 48, 22, 3 : 675n
 49, 1, 1, 3 : 114n
 49, 3, 1pr : 114n ; 1, 1 : 114n ; 3 : 114n
 49, 15, 7, 1 : 433 ; 481n ; 19pr : 85
 49, 16, 3, 17 : 160
 49, 17, 19, 4 : 261
 50, 8, 6pr : 116n
 50, 10, 3 : 116n
 50, 16, 7 : 603 ; 606n ; 42 : 88n ; 47 :
 627n ; 98 : 279 ; 280 ; 98, 1 : 296 ; 98, 2 :
 294 ; 120 : 59 ; 666 ; 667 ; 745 ; 195, 2 :
 377 ; 238, 3 : 639 ; 239, 6 : 159n
 50, 17, 77 : 741n.
 Diodore de Sicile
 1, 79, 3/4 : 726 ; 11, 37, 7 : 509n ; 510 ;
 11, 68, 7 : 479 ; 11, 68, 8 : 448 ; 12, 64 :
 441n ; 14, 117, 6 : 544n ; 15, 35, 3 : 505 ;
 543n ; 574 ; 20, 36, 3 : 462n ; 23, 2 : 441 ;
 27, 12, 3 : 553n ; 583.
 Dion Cassius
 fr. 26, 2 : 505 ; 543 ; 37, 24 : 217 ; 220 ;
 37, 27, 3 : 506 ; 568 ; 574 ; 39, 19 : 307 ;
 40, 46, 3 : 359n ; 40, 47, 1 : 286 ; 40, 62 :
 282n ; 41, 38, 2 : 709 ; 41, 43 : 307 ; 309 ;
 43, 24, 4 : 11 ; 46, 47, 3 : 352n ; 48, 33, 4 :
 286 ; 287n ; 51, 24, 4 : 240 ; 53, 21 : 103n ;
 112n ; 53, 17, 9 : 511 ; 563n ; 54, 1 : 323n ;
 54, 10 : 84 ; 54, 30 : 84 ; 55, 10, 4 : 323 ;
 60, 24, 7 : 286.

- Donatus
ad Ter. Eun., 515 : 529n.
ad Ter. Phorm., 419 : 635.
- Edit perpétuel (Lenel, §§ de la 3^e éd.)
 8 : 77; 12 : 79n; 118 : 79n; 222 : 737.
- Ennius (Vahlen, 2^e éd.)
Ann., 77sq : XIV; 215sq; 345n; 78 : 226; 355n; 83 : 226; 95 : 226/227; 343n1; 501 : 221; 502 : 343n.
Scen. 148 : 51; 189 : 51.
- Eunape
Vitae Sophist. (Boissonade) p. 500 : 143n.
- Florus
 1, 21 : XIIn; 1, 22, 4 : 544n.
- Festus (Lindsay)
 122 : 44; 124 : 164n; 126 : 183; 184; 128 : 374; 137 : 746; 144 : 164n; 185; 187; 188; 191; 235; 146 : 178; 193; 196; 148 : 330; 151 : 46; 152 : 240; 325; 328; 154 : 333; 158 : 529; 160 : XI; 35; 58; 95; 97; 204; 213; 730; 731; 734; 744; 162 : 28; 730; 732; 733n; 734n; 740n; 166 : 36; 174 : 520n; 176 : 73; 97; 670; 741n; 743; 180 : 68; 639; 184 : 96; 424; 453n; 190 : 95; 530; 533; 198 : 229; 273; 325; 200 : 613; 202 : 239; 204 : 236; 238; 241; 241n; 243/244; 206 : 731; 216 : XIIn; XV; 426; 546n; 550n; 580; 220 : 614; 615n; 222 : 96; 228 : 433; 232 : 614; 238 : 235; 244 : 168; 201; 246 : 639; 247 : 521; 522; 525/526; 527; 564n; 260 : 16; 262 : 430n; 264 : 464; 479n; 266 : 553n; 583n; 268 : 366n; 614n; 270 : 158; 274 : 504n; 276 : XVn, 227; 226n; 277 : X; 376; 556n; 284 : 171; 188; 288 : 378; 387; 430; 432; 436n; 477; 481; 493; 289 : 97; 378n; 290 : 396; 405; 407; 427; 461; 480; 294 : 156; 157; 296 : 189; 298 : 73; 232; 453; 304 : 233; 370n (v. qui patres); 411; 489; 490; 528; 310 : 163n; 182; 271; 521; 311 : 272; 312 : 163n; 183; 221; 314 : 698; 700n; 320 : 639; 322 : 31; 74; 98; 326 : 67; 346 : 271; 274; 275n; 276n; 296; 315; 348 : 160; 188; 350 : 160; 358 : 359n; 441; 368 : 157; 227n; 370 : 675n; 380 : 502; 503; 509; 402 : 435; 424 : XVI; 516; 564n; 424 : 537; 426 : 744; 430 : 96; 639; 440 : XVII; 36; 611; 714; 715; 720; 442 : 479n; 446 : 353; 450 : 482n; 452 : 370n; 491; 454 : 168; 201; 378; 380n; 473n; 458 : 164; 460 : 259; 462 : 577n; 720; 466 : 195; 468 (Bruns, 4) : XVII; 53; 89n; 370n; 407n; 614; 474 : 744; 476 : 164; 468 : 455n; 464n; 492n; 488 : 178; 202n; 203; 212; 498 : 313; 505 : XVI; 506 : 171; 514 : 158n; 516 : 21; 266; 594; 766; 517 : 594; 518 : 333.
- Festus-Paul (Lindsay)
 2 : 214; 221; 222; 5 : 222; 301; 6 : 369; 489; 12 : 329; 13 : 425; 426; 14 : 179n; 196; 17 : 193; 207; 217; 425; 426; 23 : 615; 27 : 185; 28 : 38; 34 : 195; 36 : 369; 374; 490; 604n; 37 : 604n; 42 : 459n; 47 : 165; 48 : 463n; 492; 49 : 321; 50 : 631n; 636; 51 : 604n; 667; 715n; 718n; 58 : 218; 517; 560n; 67 : 96; 72 : 729; 81 : 245; 83 : 376; 84 : 204n; 91 : 447; 517; 523; 560n; 97 : 292n; 100 : 441; 102 : 45; 206; 437n; 479; 104 : 223; 111 : 294n; 113 : 325; 326; 521; 548n; 115 : 746; 121 : 329; 247 : 537; 249 : 333; 419 : 233; 463 : 720; 505 : 302; 506 : 426.
- Fragments du Vatican
 10 : 692; 50 : 58; 751n; 294 : 112n.
- Frontin (voir aussi Gromatici veteres)
Stratagemata, 4, 1, 20 : 552n; 576.
- Gaius
 1, 1 : 85; 2 : 77; 85; 86; 3 : 387n; 390; 397; 453n; 479n; 4 : 81; 6 : 77; 7 : 108; 121; 131/132; 134n; 8 : 138n; 54 : 80; 55 : 87; 98 : 767; 98/99 : 476; 99 : 767; 100 : 767; 119 : 28; 30; 37; 748/751; 756; 135 : 139n; 149 : 37; 59; 668; 671; 672; 157 : 676; 184 : 87
 2, 5 : 767n; 7 : 767n; 8 : 202n; 24 : 749; 759; 40 : 80; 138n; 49 : 705n; 758; 51 : 138n; 101 : 273; 660; 662n; 102 :

660; 661/662; 673; 103: 662; 104: 30; 257; 613; 663; 664; 672; 745; 768; 105: 662; 113: 668n; 117: 37; 671; 119: 663; 154: 139n; 180: 138n; 185: 37; 59; 89; 671; 193: 37; 59; 671; 672; 204: 691n; 224: 37; 660; 667; 251: 662; 252: 663; 267: 671

3, 32: 80; 34: 87; 64: 138n; 71: 138n; 78: 624; 628n; 94: 715; 718; 121: 747n; 127: 747; 149: 138n; 167: 30; 30n; 173: 28; 747n; 174: 28; 31; 58; 737; 738; 175: 623; 179: 603; 721; 180: 628n; 630/632; 634; 181: 631; 634; 184: 138n; 189: 64n; 192: 22; 530n; 194: 530n; 216: 639

4, 1: 606n; 9: 748; 10a: 612; 11: 60; 627; 13: 592; 15: 592; 16: 20; 26; 51/52; 258; 262sq; 567; 762/767; 17a: 57; 58; 592; 601; 602; 608; 613n; 618; 648; 721; 722; 17b: 614n; 20: 618; 21: 262; 619; 622; 729; 737; 739; 763; 22: 603; 721; 24: 622; 26/28: 72n; 27: 87; 34: 662; 35: 662; 37: 593; 641; 642; 42: 613n; 616; 45: 80; 593; 642; 46: 80; 48: 597; 625; 75: 595; 95: 618; 648; 106: 636; 107: 634; 636; 108: 635; 636; 109: 747n; 111: 79; 118: 79n; 131a: 691n; 137: 609n; 163: 139n; 171: 748.

Grammatici Latini (Keil)

Charisius I p. 81: 276n

Priscien II p. 26: 522n; 525n; III p. 475: 147; 159.

Pompeius V p. 301: 564n.

Orthographia Capri VII p. 19: 608.

Gromatici veteres (Lachman)

Frontin (voir aussi Frontin)

27: 165; 30: 165; 167; 31: 165n

Hygin (voir aussi Hygin)

166: 165; 167: 165; 168: 165; 170: 165n; 179: 165; 165n.

Siculus Flaccus (voir Siculus Flaccus).

Historicorum Latinorum Fragmenta (Peter)

Cassius Hemina 21: 447

Fabius Pictor, Peter I p. 114/116: 74n; 101.

Horace

Carm., 1, 29, 5: 730n; 1, 35, 3/4: 320; 1, 35, 18: 320; 2, 7, 17: 733n; 3, 24, 35: 84; 4, 5, 22: 84; 4, 14, 1: 477; 4, 15, 9: 238

Epist., 1, 2, 152/155: 533n; 1, 4, 73: 147n; 1, 19, 31: 730; 2, 1, 3: 84; 2, 1, 108: 147n

Sat., 1, 10, 81: 147n; 2, 7, 76: 51; 261.

Hygin (voir aussi Gromatici veteres)

Fab., 135, 2: 730n.

Inscriptions (voir aussi Negotia, Bruns)

Carmen Arvale: 40.

Carmina lat. epigr. (Buecheler), 995: 18; 995, 8: 657.

CIL, I-2 p. 259: 283n; p. 286: 283n; 462: 736n; 474: 736n; 479: 736n; III, 1443: 113n; 1998: 688n; 757; VI, 2164: 325; 2165: 325; VI, 6814: 113n; 8439: 688n; VII, 8439: 757; VIII, 6979: 284; 7103: 325; 20152: 325; X, 1782: 112n; 4660: 244; 491: 123n; XI, 1421: 189; XIV, 5347: 107n; 5348: 107n.

Decretum proconsulis Sardiniae (Bruns 71a), 326.

Defixionum tabellae (Audollent) 476: 735n; 480: 735n; 486: 735n.

Ed. Aug. ad Cyrenens., I l. 13: 103n.

Fastes Capitols, a.263: 318; a.260: 295; a.236: 295.

Fastes de Préneeste, 274; 292; 296; 1^{er} janvier: 459; 23 mars: XIV; 215n; 276n.

Inscr. Ital., 13, 2: 188n; 189n; 190n; 272n; 277n; 299sq.

ILLRP, 2: 45/47; 5: 45n; 122: 225n; 192: 226; 319: 327; 482: 156; 158; 504: 622.

ILS, 964: 113n; 1067: 107n; 1919:

- 295n; 4209, 484n; 4224, 484n; 4919, 284; 5749, 113n; 6302, 195n.
- Leges* (Bruns)
- Lex Acilia repetund.*, 4: 598; 6: 598; 7: 599; 11: 599; 13: 599; 23: 600n; 42: 599; 49: 598; 54: 599; 55: 599; 58: 598; 599; 601n; 72: 52; 227; 78: 568; 81: 600n; 157: 599.
- Lex agraria*, 87: 52; 227.
- Frg. Atestinum*, 9: 81n.
- Lex Iulia municip.* (Table d'Héraclée), 52: 81; 89n; 72: 81; 89n; 113: 708; 709; 710; 130: 324.
- Lex de imperio Vespas.*, 7/11: 112; 20: 77; 33: 89n.
- Lex Lat. tab. Bant.* c4: 552n.
- Lex Rubria* c21, l. 14: 624; c22, l. 34/35: 606.
- Lex Ursonensis* c61: 622; 728; 729; 746; c64: 81; c73: 158; 222; c74: 222; c92: 81; c96: 81.
- Loi de Gortyne, 4: 609; 5: 609; 6: 609; 610n; 10: 610n.
- Senatus consulta*
- de Ascl.* (FIRA I, 35): 395; 460n.
- de Bacchan.* (Bruns 36) l. 13: 604n.
- Claudianum* (orat. Claudii, Bruns 52) XIVn; l. 10/11: 419; 129: 495; 579.
- de colleg. art. graec.* (FIRA I, 34): 395; 460n.
- Iuventianum* (Bruns 60) 326.
- de sumpt. lud. glad. min.*, (Bruns 63) 326.
- de Thisb.* (FIRA I, 31): 395; 640n.
- Tables Eugubines
- Ia: 177; 206
- VIa: 177; 8/10: 178; 195; 8/14: 178; 9: 179n; 11: 195/196; 12: 197; 12/14: 178; 12/16: 197.
- Institutes (voir Justinien)
- Isidore
- Etym.*, 10, 226: 525n.
- Orig.*, 9, 3, 25: 378; 15, 2, 3: 158; 15, 11, 1: 56.
- Justin
- 21, 1/2: 728.
- Justinien
- Const. Deo auctore*, 4: 139n; 142n; 143; 5: 142; 7: 142n; 144n; 10: 142n; 144.
- Const. Omnem*, 1: 142n; 2, 142n
- Const. Tanta*, 10: 142; 142n; 17: 142n; 19: 144n; 20: 139n; 142n; 143n; 20a: 142; 143n; 21: 103.
- Inst.*, 1, 2, 8: 106; 140; 142; 150; 1, 15, 2: 669; 2, 1, 41: 722; 760n; 2, 25: 105n; 3, 13, 1: 80; 4, 13, 10: 143n; 4, 17, 6: 616.
- Nov.* 112 praef., 143n.
- Juvénal
- 3, 213: 417n; 4, 72/73: 420; 4, 144/145: 420; 7, 90: 417n; 8, 26: 407n; 416.
- Lucain
- 2, 279: 416; 5, 10: 416; 8, 261: 416.
- Lucilius (Marx)
- 19/22: 236; 423/424: 651n.
- Lucrèce
- 5, 958; 84.
- Lydus
- Mag.*, 1, 38: 318n
- Mens.*, 1, 16: 291; 3, 7: 286; 3, 10: 458; 4, 1: 238; 251; 4, 73: 183; 4, 92: 294n.
- Macrobe
- Sat.*, 1, 6, 11: 374n; 9, 16: 238; 250; 17: 160n; 12, 6: 292; 13, 3: 293; 5: 287n; 7: 291; 292; 293; 11: 287n; 291; 292n; 12: 285n; 15: 282n; 287; 289; 295; 16: 287n; 17: 286; 18: 287n; 19: 286; 287n; 14, 1: 282; 6: 283n; 285; 286; 7: 293; 15, 9: 459n; 10: 458n; 11: 458n; 16, 14: 42; 276; 16, 17: 187; 18: 187/188; 19: 35; 95
- 3, 2, 3: 35; 74; 96; 97; 3, 5: 160n; 7,

- 3 : 655; 9, 7/8 : 48n; 7/11 : 47; 9 : 349n;
119 : 47n; 10, 7 : 35; 74; 95; 12 : 291
5, 19 : 159n
6, 2, 26 : 195.
- Minucius Felix
26, 4 : 218.
- Monnaies
Crawford, 234 : 717n; 268 : 20; 236;
301 : 554; 584; 404 : 52.
Mattingly I, 178 : 717n.
Rostowzew, *Tess. Syll.*, 98 : 23n.
Sydenham, 571 : 554; 584; 905 : 228.
- Naevius
Trag., 35 : 221.
- Negotia
Bruns 104 : 35; 106 : 35; 107 : 35;
130 : 693n; 132 : 693n.
FIRA III 48, l. 27 : 107n; 50 : 31n; 73 :
225; 92 : 31n; 93 : 31n; 95 : 31n; 163 :
621; 165 : 115n; Appendice 20bis : 31n.
Tab. Herc. 65 : 31n.
Tab. Pompei, Giordano, *Rend. Ac. Arch. Napoli* 1971, p. 187 : 608.
- Nonius Marcellus (Lindsay)
35 : 333; 62 : 432; 426; 437; 437n;
479; 481n; 80 : 731; 131 : 353; 424 :
651n; 617 : X; 812 : 51; 873 : 74; 99.
- Novelles (voir Justinien).
- Oratorum Romanorum Fragmenta
(Malcovati 2^e éd.)
Caton 173 : 607n; 206 : 607n.
Scipion Emilien 33 : 607n.
- Orose
4, 3, 5 : 551n; 582; 5, 12, 10 : 504.
- Ovide
Fastes 1, 44 : 293n; 611 : 219; 2, 47sq :
293n; 300; 48 : 291; 50 : 302; 513; 233;
672 : 302; 682 : 301; 685; 315; 685sq :
296; 861 : 303; 3, 100 : 291; 293; 143 :
292; 152 : 291; 293n; 791 : 171; 4, 265 :
416n; 635 : 461n; 476n; 639 : 325;
810sq : XIV; 220; 226; 820/824 : 183;
825 : 158; 910sq : 232; 5, 423 : 291; 727 :
274
Met., 3, 530 : 416; 15, 832/834 : 84.
Rem. amor., 405 : 108n.
Trist., 2, 233 : 84.
- Papyri (voir aussi Negotia)
BGU III, 887 l. 19 : 693n.
Oxy. XVII, 2088 : 424; 435; 453; 478.
- Patrologie Latine (Migne)
XIX, c.547 : 144n.
- Pauli Sententiae
1, 18, 1 : 613n; 18, 3 : 613n; 19, 1 :
747; 748; 2, 17, 1/3 : 690/691; 17, 3 :
761; 17, 4 : 747; 19, 2 : 747; 31, 7 : 639;
5, 4, 6/7 : 87; 4, 6/8 : 72n; 10 : 692; 23,
1 : 531n; 23, 15 : 735n.
- Perse
5, 88 : 261; 5, 174sq : 258; 5, 175 :
261.
- Pétrone
75 : 320.
- Platon
Lois 9, 854e : 537n; 857a : 538n; 869a-
b : 537n; 871a-d : 538n.
- Philargyrius
in Verg. Buc., 3, 105 : 184; 191.
- Plaute
Asin., 182 : 638; 263 : 218.
Aulul., 700 : 565n.
Bacch., 376 : 638; 597 : 73; 99; 895 :
44; 1053 : 413.
Capt., 774 : 221; 889 : 433.
Casin., 722 : 638.
Cist., 316 : 73; 100.
Curc. 5 : 699n; 212 : 52n; 261; 472 :
638; 496 : 752n; 515 : 746; 752n.
Ep., 120 : 221; 292 : 50n; 349 : 527n;
522/523 : 43; 50; 108n.

Men., 96/97 : 729; 182 : 426; 585 : 431; 590 : 431; 593 : 607n.

Merc., 699 : 638.

Mil., 429 : 46.

Most., 126 : 50n.

Poen., 147 : 688n; 444 : 73; 100; 833 : 729; 1345 : 257.

Pseud., 26 : 73; 99; 362 : 526n; 538n; 440 : 638; 1232 : 565n.

Rud., 651 : 526n; 538n; 777 : 602.

Stich., 459 : 218.

Trin., 427b : 607n; 829 : 651n; 1037 : 84; 1043 : 84.

Truc., 819 : 565n; 950 : 638.

Pline l'Ancien

2, 143 : 168; 7, 112/115 : 418; 136 : 553n; 583n; 140 : 324; 143 : 511n; 563n; 170 : 416n; 10, 152 : 319; 15, 120 : 253; 125 : 253; 17, 5 : 419n; 267 : 212; 18, 11 : 614; 12 : 55; 63; 533; 563n; 14 : 95; 19, 50 : 478; 53 : 416n; 59 : 419n; 22, 5 : 249; 23, 33 : 416n; 26, 2/3 : 416; 28, 2, 23 : 292n; 28, 10 : 26n; 12 : 39; 63 : 319; 32, 20 : 56; 33, 19 : 321; 34, 13 : 544n; 15 : 509n.

Pline le Jeune

Ep., 3, 7, 4 : 414; 6, 15, 3 : 146n; 9, 28, 4 : 730n.

Plutarque

Quest. Rom., 27 : 158n; 160; 161n; 35 : 234; 58 : 377; 490; 63 : 273; 275; 296; 460n; 476; 770n; 79 : 222n; 89 : 233.

Vitae

Cam., 12, 1 : 544n.

Caes., 59 : 294.

C. Gracch., 9, 5 : 553n; 584.

Marcell., 8, 9 : 237; 243; 244.

Num., 7 : 345n; 18 : 291; 293; 294n; 19 : 293.

Pobl., 14 : 313; 21 : 433; 482; 482n; 23, 5 : 222n

Rom., 4, 5 : 234; 9 : 163; 11 : 164n; 11, 2 : 182; 11, 4 : 157; 158; 159; 13 : 380n; 429; 473n; 477; 481n; 13, 2 : 376; 378;

474; 13, 3 : 378; 431n; 13, 8 : 478; 22 : XVI; 522n; 22, 4 : 528; 29, 1 : 235n.

Polybe

1, 17, 12 : 15; 508n; 550n; 582; 31, 4 : 315n; 3, 22 : 314; 22, 1 : 322; 22, 3 : 240; 313; 25, 6 : 229; 236; 242; 245; 25, 8 : 44; 6, 14, 6 : 66; 514; 565; 14, 7 : 440n; 18, 2 : 446n; 21 : 443n; 23, 15 : 444; 37 : 554n; 584.

Porphyrio

ad Hor., 2, 1, 154 : 533.

Antr. nymph., 6 : 185.

Propertius

4, 1, 13 : 475.

Quintilien

Decl. (Ritter), 311 : 737; 377 : 520n.

Inst. or., 1, 6, 42 : 523n; 2, 10, 5 : 607n; 5, 13, 20 : 507.

Salluste

Cat., 6 : 346n; 6, 6 : 378; 29, 3 : 52; 227; 33, 1 : 710; 726; 49, 3 : 324; 51, 22 : 552n; 553n; 583.

Hist. (Maurenbrecher) 1, 11 : 422; 1, 77, 22 : 352n; 357; 3, 48, 15 : 387n; 390; 398n; 11 : 346n.

Jug., 69, 4 : 553n; 583n.

Scolies (voir aussi Asconius et Pseudo-Asconius, Philargyrius, Servius et Servius auctus)

Schol. Bern. in Verg. Buc., 3, 105 : 184/185; 187.

Schol. Bobbio (Stangl.) 88 : 603n; 90 : 501n; 113 : 502; 116 : 347n; 350n; 148 : 343n.

Brevis Exp. in Verg. Georg., 1, 38 : 184.

Schol. Juv., 7, 122 : 123n.

Schol. Lucain, 1, 594 : 157.

Scriptores Historiae Augustae

Marc. Anton., 13, 3/6 : 319.

Sept. Sev., 1 : 147n.

Macrin, 13 : 111n.

- Tacite* 1, 4 : 352n.
- Sénèque le Rhéteur
Contr. 2, 7 : 687n; 4, pr2 : 147n; 4, pr7 : 147n; 5, 6 : 607n; 7, 6, 23 : 688n; 757; 10 pr2 : 147n; 10 pr4 : 147n.
- Sénèque
Apocol., 12, 2 : 117.
Ben., 2, 12, 2 : 414.
Clem., 1, 23 : 520n
Cons. Polyb. 13, 4 : 414.
Epist., 14, 14 : 108n; 91, 16 : 108n.
Quaest. Nat., 4, 3 : 688n.
- Servius
Aen., 1, 2 : 49; 166; 92 : 195; 292 : 231; 268; 426 : 365n; 446 : 193; 202n; 204; 212; 213; 519 : 48; 740 : 408; 2, 154 : 44; 178 : 180; 217; 351 : 204; 3, 46 : 215n; 249; 134 : 185; 387 : 640; 463 : 214n; 4, 200 : 218; 5, 95 : 204n; 755 : 158; 6, 197 : 204; 211; 609 : 430; 432; 481; 845 : 482n; 859 : 231; 237; 268; 269; 7, 153 : 214n; 174 : 213; 8, 654 : 277; 9, 368 : 463n; 446 : 204; 213; 302; 10, 14 : 247n; 249; 145 : 215n; 11, 316 : 301
Buc., 4, 43 : 530n; 8, 75 : 292n.
Georg., 4, 228 : 214n.
- Servius auctus
Aen., 2, 693 : 167; 4, 212 : 204; 212; 8, 654 : 458; 459; 9, 52 : 215n; 247n; 249; 10, 419 : 655
Buc., 5, 66 : 185
Georg., 1, 43 : 288.
- Siculus Flaccus (Thulin)
 1, p. 105 : 301.
- Silius Italicus
 11, 241 : 730n; 11, 247 : 730n.
- Solinus
 1, 17 : 163; 165; 1, 18 : 182; 1, 40 : 293; 1, 43 : 282n.
- Strabon
 5, 3, 2 (230) : 222; 301.
- Suétone
Caes., 12 : 506; 568; 574; 44 : 103n; 46 : 734n; 70 : 254
Aug., 2 : 380n; 7 : 214; 22 : 238; 29 : 417n; 95 : 227; 100 : 414.
Tib., 1 : IX; 380; 27 : 112n.
Calig., 34, 5 : 117.
Cl., 34 : 575; 41 : 147n.
Ner., 36 : 417n; 37 : 107n; 118n; 49 : 13; 575.
Galb., 9 : 553n; 583.
Dom., 2 : 147n; 11 : 575.
de Gram. 10 : 107n.
Rhet., 1 : 147n.
- Sulpice Sévère
Vita Martini 22, 5 : 688n.
- XII Tables
I, 1 : 338; 594; 617; 3 : 594; 4 : 425; 428n; 447; 5 : 744; 7 : 338; 10 : 57; 428n
II, 1 : 61; 2 : 522; 612; 698
III, 1 : 50; 627; 628; 2 : 594; 627; 760; 3 : 21; 54; 264; 265; 338; 594; 627; 728; 4 : 594; 766; 5 : 333; 624; 629; 6 : 18; 7 : 698/700; 758
IV, 1 : 61; 2 : 61; 752; 4 : 61
V, 1 : 62; 3 : 37; 50; 57; 61; 62; 675; 4 : 61; 62; 670; 672; 673; 5 : 376; 6 : 62
VI, 1 : 50; 57; 61; 664; 730; 731; 742/743; 2 : 745; 3 : 19; 32; 61; 686n; 694/696; 757; 4 : 62; 5a : 61; 259; 5b : 57; 6 : 61
VII, 5b : 616; 7 : 338
VIII, 1 : 55; 1a : 63; 533; 1b : 563n; 2 : 338; 594; 645; 4 : 51; 73; 97; 6 : 595n; 8 : 55; 62; 532; 9 : X; XIII; 55; 62; 68; 333; 532; 556n; 575; 10 : 68; 533; 12 : 50; 594; 751n; 12/13 : 64n; 535; 14 : 333; 16 : 593; 595; 637; 18 : 32; 21 : 55; 431; 433; 22 : 338; 23 : 63; 68; 534; 24a : 55; 63; 533; 537; 24b : 563n
IX, 1 : 13; 66; 540; 573n; 1/2 : 334/335; 337/339; 514; 539; 2 : XIII; 66; 612; 3 : 63; 534; 4 : XIV; 63; 64;

519; 528; 533; 545; 563n; 5: 63; 534; 548n; 563n

X: 55/56; 1: 56

XII, 2: 639; 2b: 595; 3: 333; 593; 595; 616; 637; 644; 5: 66.

Tacite

Ann., 1, 7: 420n; 1, 77: 105n; 2, 22: 332; 2, 32: 112n; 575; 3, 65, 2: 409n; 3, 76: 417n; 4, 66: 417n; 11, 22: 330; 11, 25: 489; 12, 24: 156; 158; 161; 169n; 14, 12: 420n; 14, 20: 417n; 14, 53, 6: 419; 16, 9: 118n.

Dial., 36, 3: 420n; 36, 4: 414; 37, 3: 416.

Hist., 1, 15: 23; 2, 92: 414; 4, 53, 1: 419.

Térence

Eun., 390: 688n.

Phorm., 334: 624.

Tertullien

Spect., 5: 232; 234.

Théophile

1, 2, 9: 140n; 141; 142; 143n; 145.

Thucydide

5, 22, 2: 611n; 5, 32, 5: 611n.

Tibulle

1, 1, 20: 234.

Tite Live

I, 6, 4: 343n; 345n; 7, 1/3: 343n; 345n; 3: 169; 8, 1: 50; 7: 377; 379; 380n; 382; 473n; 486n; 10, 6: 199; 13, 6: 473n; 8: 370; 407n; 17, 362n; 9: 365n; 390; 401; 411; 463n; 18: VII; 167; 179; 179n; 311; 345n; 1: 505; 5: 215n; 6: 207; 7: XIII; 178; 200; 201; 8: 199; 200; 10: 217; 19, 2: 237; 20, 7: 50; 21, 5: 173n; 23, 6: 416n; 24, 39; 4: 716; 5: 207; 6: 715n; 6/7: 484; 7: 29; 36; 200n; 613; 7/8: 39/40; 245; 246; 8: XI; 9: 717; 26: 500; 501n; 502; 543; 574; 575; 5: 64; 559n; 6: X; XV; 157; 507; 543; 551n; 559n; 561; 568; 574; 575;

581; 7: 508; 513; 556n; 560n; 561; 8: 506; 568; 9: 504; 28, 8: 727n; 29, 5: 214; 30, 2: 380n; 482; 483n; 3: 466n; 32, 39; 246; 250; 394; 2: 342n; 6: 717; 8: 47; 9: 246; 10: 20; 236; 237; 247; 248; 249; 260; 267; 11: 249; 11/12: 393/394; 12: 349n; 13: 247; 248; 253; 394; 394n; 14: 38; 33, 436n; 437; 35, 1: 298n; 6: 379; 380n; 489; 36: 168; 407n; 1: 370n; 3: 464n; 7: 491; 8: 491; 38: 168; 39: 174; 41, 6: 298n; 43: 370n; 405; 407n; 423: 443; 446n; 3: 406n; 7: 424n; 8: 370; 491; 492; 9: 374; 464n; 491; 492; 10: 425; 453; 453n; 11: 492n; 12/13: 423; 440; 13: 434; 436; 478; 44: 156; 168; 174; 1: 254; 3: 170; 177; 4: 157; 159n; 215n; 5: 156; 159; 212; 301; 46, 1: 298n; 432; 48: 298n; 49, 6: 380n; 382; 55, 2: 204; 213; 3: 205; 213; 4: 302; 59, 12: 341; 351n; 60, 4: 341; 351n

II, 1, 7: 346n; 10: 370n; 374; 490; 10/11: 369; 370; 374; 489; 11: 365; 365n; 411; 2, 2: 353; 5, 5/8: 548n; 8: XIII; 571; 572; 8: 314; 6: 314; 12, 15: 415; 415n; 16, 4: 433; 4/5: 482n; 5: 377; 434; 439n; 466n; 482; 18, 4: 69; 546n; 5: XIIIn; 6: 570n; 8/9: XIII; 579; 19, 5: 416n; 20: 415; 7: 418; 11: 415; 21, 7: 438; 456n; 463n; 478; 23, 1: 725; 734n; 5: 755n; 6: 738n; 6/7: 724; 7: 724; 27, 1: 724; 725; 10: 724; 12: 557; 587; 35: 335; 41, 10: 510; 11: 503; 46, 6: 418; 49, 1: 482; 52: 335; 54: 335; 570; 55, 5: 557n; 587; 5/6: 567; 577n; 56, 3: 465; 479; 10: 480n; 56/58: 512; 59, 11: 571; 60, 5: 465; 480n; 61: 335; 64, 2: 430

III, 8, 2: 342n; 9, 5: 334; 13: 335; 6: 603n; 14: 430n; 15, 5: 482n; 16: 430n; 18, 6: 177; 20, 6: 214n; 7: 436n; 547; 547n; 572n; 22, 1: 449n; 24, 5: 607n; 10: 449n; 26: 478; 27, 1: 493; 29: 439n; 30: 448; 448n; 33, 5: 108n; 10: 558n; 587; 34, 1: 108n; 6: V; 65n; 8: 332; 37, 8: XVIIn; 40, 7: 360n; 43, 7: 360n; 8: 360n; 10: 359n; 44, 7: 255; 9: 52; 45, 9: 255; 47, 1: 20; 755; 51: 448n; 52, 5: 478; 54: 448; 460n; 55: 333; 4:

XIIⁿ; 570; 5: 69ⁿ; 336ⁿ; 546ⁿ; 5/9: 567; 577ⁿ; 6: 546ⁿ; 6/7: 68; 7: 448; 11: 52; **56**, 2: 336ⁿ; 3: 430; 5/9: 567; 6: 557ⁿ; 587; 8: 587; 10: 336ⁿ; 561ⁿ; 57, 1: 336; 6: 336ⁿ; **65**, 4: 448

VI, 1, 10: 56; **5**, 6: 342ⁿ; 8: 438; **6**, 12: 445ⁿ; **13**, 7: 415ⁿ; **14**: 724; 3: 624; 5: 505; 10: 724; **15**, 2: 755ⁿ; 9: 724; **16**: 479; **18**, 6: 429; **14**: 505; 724; **19**, 6: 505; **20**: 574; 5: 724; 10: 336; 12: 336ⁿ; 501ⁿ; 505; 543ⁿ; 544ⁿ; 574; **27**, 3: 725; 6: 725; 10: 725; **31**, 2: 725; 4: 725; **34**, 5: 494; **35**, 1: 725; **38**, 3: 329; 13: 329; **39**, 2: 494; 3: 494; **41**: 310; 490; 4: 343ⁿ; 4/9: 366ⁿ; 5/6: 367/368; 6: IX; 343; 344; 347; 351ⁿ; 355; 356; 357; 360ⁿ; 366; 372; 375; 10: 387; 395; 396; 463ⁿ; **42**, 10: 387ⁿ; 389; 11: 308; 14: VIII; 389

VII, 3: 313; 515; 5: 332; 540; 716; 6: 316; 320; 321; 7: 317; 320; 321; 8: 314; 316ⁿ; 317; 318ⁿ; 322; 323; 328; **5**, 5: 336ⁿ; **6**, 11: 352ⁿ; 366ⁿ; 372; 375; 11, 1: 342ⁿ; **15**, 9: XIⁿ; XVI; 582; 12: 398ⁿ; **16**, 7: 391; 395; 17: 66; 5: 561ⁿ; 11: 361; 12: 339; **19**, 2: XIⁿ; 551ⁿ; 582; 3: 571; 5: 724; **22**, 2: 351ⁿ; **26**, 4: 204ⁿ; 213; **32**, 1: 249

VIII, 3, 5: 351ⁿ; **5**, 8: 213; 8: 443ⁿ; **9**, 6: 229; 239; 242; 6/9: 48ⁿ; 10: 101ⁿ; 11: 239; 349ⁿ; **12**, 15: 392; 395; 770; 17: 361ⁿ; 4: 342ⁿ; 11: 439; **18**: 318; 12: 318; **21**, 1: 725; 10: 400; **22**, 8: 248; **23**: 361ⁿ; 15: 358; **27**, 7: 571; **28**: 549ⁿ; 739; 2: 724; 726; 741; 8: 707; 725; 9: 707; 711; 726; 727; **32**, 3: 329; **33**, 18: XIII; 579; **33/35**: 579ⁿ; **34**, 2: 328; **35**, 5: 550ⁿ; 587; **37**, 8: 551ⁿ

IX, 5, 1: 715ⁿ; 2: 717; 719; 3: 47; 719; 4: 717ⁿ; 5: 716ⁿ; 7, 15: 351ⁿ; **9**, 15: 718; **10**, 9: 718; **14**, 16: 415; 415ⁿ; **16**, 10: 571; **18**, 7: 416ⁿ; **20**, 8: 715ⁿ; **24**, 15: XVI; 571; 582; **29**, 7: 462; **28**, 2: 318; 6: 318; **30**, 1/2: 462ⁿ; 2: 462; **34**, 7: 308; 16: 287ⁿ; **38**: 355; 15: 307; 309; 359; **39**: 355; 1: 307; 359; **41**, 20: 715ⁿ; **46**: 322; 6: 42ⁿ; 321ⁿ; 10: 462ⁿ; 11: 462ⁿ

X, 1, 4: 571; **6**, 3: 492; 7, 10: 207; 8,

6: IX; 377; 9: 352ⁿ; 366ⁿ; 372; 375; 10: 376; 377; **9**, 3/4: 557; 4: 553ⁿ; 554ⁿ; 583; 583ⁿ; 588; 4/6: 570; 5: 547; 571; **11**, 10: 351ⁿ; **28**, 7: 415; **37**, 15: 193; **45**, 6/8; 248

XIX, 2: XVI

XXII, 1, 5: 50; 7: 180; **9**, 8/10: 327; 10: 327; 10: 338; **34**, 1: 360ⁿ; **49**: 363; 16: 363; **53**, 11: 667; **57**, 2/4: 548ⁿ; 3: 459ⁿ; 4: 326

XXIII, 14, 2/4: 728ⁿ; 3: 624; **23**, 6: 363; **35**, 12: 331

XXIV, 7, 11: 160ⁿ; 225; 12: 440; **9**, 2: 160ⁿ; 211ⁿ; 225; **30**, 6: 571

XXV, 3: 511; 561; **4**, 9: 66; **5**, 3: 325

XXVI, 3: 500; 501; 511; 561ⁿ; 8: 517; 562; 9: 500; 560ⁿ; 12: 66; **10**, 2: 347; 9: 347; 348; **13**, 15: 571; **15**, 8: 571; **30**, 2: 415ⁿ; **33**, 10: XVIⁿ; 551ⁿ; **40**, 13: 571; **41**, 18: 180; 218

XXVII, 8, 2: 466ⁿ

XXVIII, 9, 10: 332; **16**, 14: 180; **28**, 3: 508ⁿ; 11: 218; **29**, 11: 571; **38**, 1: 180

XXIX, 11, 6: 328; **14**, 7: 328; **22**: 501ⁿ; **27**: 219; 1/5: 47; **37**, 13: 440ⁿ; **43**, 9: 716

XXXI, 9, 2: 767ⁿ; 6/7: 601ⁿ

XXXIV, 27, 8: 415ⁿ

XXXVII, 50, 87: 326; 577ⁿ; **59**, 2: 295

XXXIX, 19: 66; **25**, 8: 415ⁿ; **43**, 5: 607ⁿ

XXXX, 24, 6: 526ⁿ; **42**, 8/11: 577ⁿ; **52**, 5: 225ⁿ

XXXI, 9, 11: XIV; 550ⁿ; 579; 11, 8: 571

XXXXII, 61, 5: 415; 415ⁿ

XXXXIII, 2: 431; 11, 13: 285; 286; 287; **13**, 2: 402ⁿ; **16**: 501ⁿ; 510ⁿ; 511; 561ⁿ; 563ⁿ; 11: 500; 513; 556ⁿ; 560ⁿ; 14: 492ⁿ

XXXXV, 15, 3/4: 453; **21**, 4: 400; 400ⁿ; **37**, 14: 254ⁿ; **40**, 7: 675ⁿ; **44**, 3: 285

Per., 8: 727; 19: 577ⁿ; 55: 31ⁿ; 552ⁿ; 576ⁿ; 57: 553ⁿ; 583ⁿ; 584; 59: 511ⁿ; 563ⁿ; 65: 501ⁿ.

Ulpien

Frag. de Strasbourg 3, 2 (FIRA II p. 309): 603; 721n.

Reg., 2, 7: 671; 11, 14: 660; 666; 11, 24: 87; 19, 17: 667; 20, 2: 663; 24, 4: 671n; 28, 12: 662.

Valerius Probus

4, 1: 602; 5: 68n; 74; 98; 6: 262; 763n; 7: 392; 757; 8: 612; 9: 613; 10: 592.

Valère Maxime

1, 1, 1: 217n; 1, 2: 577n; 1, 3: 538n; 1, 13: 520n; 2, 7, 6: 11n; 7, 15: XVn; 550n; 582; 8, 2: 607n; 4, 1, 1: 555n; 6, 1, 9: 724; 1, 11: 543n; 3, 2: 68; 3, 4: 444n; 3, 6: 504; 5, 6: 758; 9, 5: 315n; 7, 4: 607n; 8, 1, 1: 502; 2, 1: 195; 207; 15, 8: 225n.

Varron LL fr. 31 (Goetz-Schöll) 408n; 5, 13: 458n; 22: 75; 101; 27: 459n; 33: 211; 302; 45: 172n; 46: 168; 47: 194; 217n; 48: 168; 56: 171; 66: 302; 73: 19; 252; 74: 230; 81: 448n; 86: 715n; 719; 91: 456n; 464n; 143: 156; 157; 158; 159; 161; 179; 197; 209; 220; 302; 155: 460n; 163: 31; 74; 98; 164: 163n; 180: XVII; 182: 733; 740.

6, 4: 46; 13: 233; 282; 289; 295; 299; 300n; 14: 276n; 21: 95; 27: 459; 28: 459; 29: 276; 31: 271/272; 275; 34: 164; 291; 53: 193; 204; 211; 61: IIIn; 69: 604; 608; 720; 69/72: 603; 721n;

70: 597; 602; 605/606; 607; 71: 608; 720; 72: 603; 604/605; 720/721; 722; 82: 216n; 217; 355n; 86: XVIIn; 74; 101; 254n; 348; 86/87; 405; 88: 52; 74; 101; 227; 90/92: XIV; 69; 564n; 91: 507; 515; 559n; 560; 92: 565n; 93: 223; 348; 413.

7, 7: 168; 8: 34; 38; 167n; 178; 179; 193; 195; 197/199; 203; 212; 214; 216n; 9: 199; 201; 10: 179; 201/202; 203; 212; 214n; 44: 172n; 58: 426; 85: 325; 105: 27; 707; 710; 723; 726n; 730; 732/734; 736/737; 738; 744; 107: 605n. 9, 83: 30; 31.

Res rust., 1, 2, 9: 322; 10, 2: 165; 17, 2: 734n; 2, 1, 9: 614; 615; 1, 10: 159n; 10, 5: 639; 27: 38; 3, 1, 2: 343n; 1, 5: 187.

de Vita P.R (Riposati) 87: 426.

Velleius Paterculus

2, 24, 2: 511n; 563n; 2, 89, 4: 414; 417n.

Virgile

Aen., 1, 294: 238; 6, 323: 45; 781: 343n; 859: 237; 245; 7, 190: 218; 246: 50; 602: 326; 607: 238; 8, 352: 203; 10, 419: 18; 655; 11, 8: 250.

Ecl., 6, 23: 730n; 8, 77/78: 735.

Zonaras

7, 11: 538n; 17: 479n; 19: 333; 23: 543n.

TABLE DES MATIÈRES

	pages
Publications de l'auteur	VII-IX
Préface	XI-XVII

I – SOURCES DU DROIT

1. Les Ius archaïque	1- 93
(<i>MEFRA</i> , 98, 1986, 265-358)	
2. Un aspect négligé de l'«interpretatio»	95-101
(<i>Sodalitas</i> , scritti in onore di A. Guarino, 1984, 2783-2789)	
3. «Jus respondendi»	103-152
(<i>RHD</i> , 28, 1950, 1-2, 157-182)	

II – DROIT SACRÉ

1. Le pomerium archaïque et le mundus	155-191
(<i>REL</i> , 54, 1976-77, 71-109)	
2. L' <i>auguraculum</i> de l' <i>arx</i> à Rome et dans l'autres villes	193-207
(<i>REL</i> , 47, 1969-70, 253-269)	
3. L'inauguration de l' <i>urbs</i> et l' <i>imperium</i>	209-228
(<i>MEFRA</i> , 89, 1977, 11-29)	
4. Quirinus et le droit	229-269
(<i>MEFRA</i> , 96, 1984, 195-237)	
5. «Quando rex comitiavit fas»	271-277
(<i>RHD</i> , 58, 1980, 5-11)	
6. Cinq jours épagomènes à Rome?	279-303
(<i>REL</i> , 40, 1962-63, 201-227)	

III – DROIT PUBLIC

	pages
1. Note sur la loi curiate et les auspices des magistrats (<i>RHD</i> , 42, 1964, 198-203)	307-311
2. « Praetor maximus » et « comitiatus maximus » (<i>IURA</i> , 20, 1969, 257-286)	313-339
3. « Auspicia ad patres redeunt » (<i>Hommages à J. Bayet (Collection Latomus, 70)</i> , 1964, 427-473)	341-383
4. De l'« auctoritas patrum » à l'« auctoritas senatus » ... (<i>Iura</i> , 33, 1982, 25-45)	385-403
5. « Procum patricium » (<i>Studi in onore de E. Volterra</i> , 1969, II, 247-266)	405-422
6. Les accensi et le total des centuries (<i>Historia</i> , 27, 1978, 492-495)	423-428
7. Remarques sur la société romaine archaïque (<i>REL</i> , 49, 1971-72, 103-127)	429-451
8. Le suffrage universel à Rome au V ^e siècle avant Jésus-Christ (<i>CRAI</i> , 1979, 698-713)	453-469
9. La plèbe et la noblesse dans la Rome archaïque (<i>Mélanges Marcel David</i> , à paraître)	471-495

IV – DROIT PÉNAL

1. Remarques sur la « perduellio » (<i>Historia</i> , 22, 1973, 405-422)	500-518
2. « Paricidas » (<i>Du châtement dans la cité (Collection de l'École française de Rome, 79)</i> , 1984, 549-570)	519-538

pages

3. De la coercition capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple	539-565
<i>(Labeo, 33, 1987, 139-166)</i>	
4. « Provocatio ad populum »	567-588
<i>(Estudios en homenaje al Prof. Juan Iglesias, 1988, I, 407-423)</i>	

V – DROIT PRIVÉ

1. Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome	591-652
<i>(RIDA, 27, 1980, 205-281)</i>	
2. La manus iniectio chez les Etrusques et chez Virgile	653-657
<i>(Studi in onore di C. Sanfilippo, 1982, I, 287-292)</i>	
3. Les mots « legare » et « heres » dans la loi des XII tables	659-677
<i>(Hommages à R. Schilling (Collection d'Études latines), 1983, 159-173)</i>	
4. Note sur la « purgatio morae »	679-684
<i>(Mélanges Henri Lévy-Bruhl, 1959, 199-204)</i>	
5. « Auctoritas rerum »	685-705
<i>(Mélanges F. De Visscher, IV, 1950, 127-153)</i>	
6. La loi <i>Poetelia Papiria</i> et la loi <i>Iulia de pecuniis mutuis</i>	707-711
<i>(Estudios en honor de Alvaro D'Ors, 1987, 811-817)</i>	
7. L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain ..	713-752
<i>(BIDR, 1988)</i>	
Conclusion : <i>Ius Quiritium Sacramentum Auctoritas</i> ...	755-771
Index des matières	773
Table des textes cités	779
Table des matières	793