

4509
X M / 45 359 -332
RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1938-1939
332



DIPLOME D'ÉTUDES SUPERIEURES
DROIT PRIVE
REPETITIONS ECRITES
DE
DROIT ROMAIN
APPROFONDI

rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation

de

M. NOAILLES

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Doctorat



" LES COURS DE DROIT "

RÉPÉTITIONS ECRITES & ORALES

PREPARATION A L'EXAMEN ECRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)

— PARIS

BIBLIOTHEQUE CUJAS



D

060 320179 4

"Les Cours de Droit"
3. PLACE DE LA SORBONNE. 3

Y

Répétitions Écrites et Orales
Reproduction interdite



LES DOUZE TABLES

Intérêt et
difficulté
du sujet.

Le sujet du cours de Droit Romain Approfondi de cette année sera l'étude de la législation des XII Tables. C'est un très grand sujet, car, avec lui, nous allons remonter à la source de tout le droit public et de tout le droit privé des Romains. Tite Live, 3, 34,6: Qui nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privati est juris: ces XII Tables aujourd'hui encore, dans cet immense amas de lois entassées les unes sur les autres, sont le fondement de tout le droit public et privé.

C'est aussi un sujet difficile, aussi difficile qu'il est grand, car si la Loi des XII Tables est la plus célèbre des lois romaines, on peut dire aussi qu'il n'y en a pas de plus mal connue, et de plus difficile à connaître. Son étude représente la réunion la plus complète de toutes les difficultés qui entourent les recherches historiques. Aucune de ces difficultés ne nous est épargnée, avant que nous puissions nous flatter d'arriver à cette relative certitude qui est la certitude historique.

C'est un sujet que je voulais depuis longtemps aborder, devant lequel j'ai hésité, comme ont hésité à peu près tous mes prédécesseurs. Mais je ferai en sorte que ces difficultés soient surtout pour le professeur plutôt que pour les élèves, et mon ambition sera d'exposer clairement un sujet difficile.

Néanmoins, dans le cours de l'année, nous n'escamoterons pas ces difficultés. Je montrerai en quoi

elles consistent et quelles en sont les causes, car l'objet essentiel du Cours de Droit romain approfondi c'est l'exposé des problèmes historiques la mise en œuvre de la méthode permettant de les résoudre, et en même temps la critique de cette méthode historique et du degré de certitude qu'il permet d'atteindre.

Date traditionnelle des XII Tables.

La loi des XII Tables, traditionnellement placée dans les premiers temps de la République romaine, a été élaborée par les *decemvirs legibus scribundis*, les dix hommes préposés à écrire les lois, de l'an 303 à l'an 305 de Rome fondée, ce qui donne 451 à 459 av. J.C.

Il y a deux manières de compter les années de l'histoire romaine: depuis la fondation de Rome, c'est la première manière, qu'employaient autrefois les historiens français et qui a été conservée par les juristes, mais une manière plus nouvelle consiste à compter ces années avant Jésus-Christ, jusqu'à l'ère chrétienne, après Jésus-Christ par la suite. Ce sont plus particulièrement les historiens allemands qui ont mis à la mode cette méthode de compter et on peut dire qu'elle est actuellement habituellement employée par tous les historiens purs. Nous respecterons les deux traditions, en donnant les deux dates.

Rappel de quelques dates importantes de l'histoire romaine.

Voici quelques-unes des dates essentielles de l'histoire primitive de Rome. On place traditionnellement la fondation de Rome en l'an 754 av. J.C.; puis en l'an 244 de Rome, ou 510 av. J.C., on place la chute de la royauté caractérisée par l'exil du dernier roi Tarquin le Superbe, en 305/449 ab U.C. se place la législation des XII Tables. En 364/390 - la prise de Rome par les Gaulois et l'incendie de la ville.

Les Annales source de l'histoire de Rome; incendie de Rome par les Gaulois, la période légendaire et la période historique.

Ces dates sont importantes et, dès le début, elles nous mettent en face de la difficulté essentielle de l'étude des XII Tables, de la difficulté de laquelle découlent toutes les autres.

Il faut savoir, en effet, que la connaissance historique des plus anciens temps de Rome repose sur les Annales. Dans ces Annales étaient consignés par années, les années étant distinguées les unes des autres par l'indication des deux consuls, les événements les plus importants de l'année. Ce sont des notices très succinctes et qui sont contemporaines des faits qu'elles indiquent. Cicéron, *De Oratore*, 2, 12, Servius *ad Aeneidem*, 1.373, nous disent que le pontifex Maximus, le chef du collège des pontifes, qui avait la charge de la surveillance et de la réglementation de toute la religion romaine, écrivait les événements de chaque année sur une table exposée au public.



De la réunion progressive de ces tables sortirent les Annales maximæ qui sont la première histoire de Rome et la source de toutes les autres. Les historiens en effet, depuis le plus ancien Fabius Pictor, dont nous ne possédons plus l'histoire, mais qui a inspiré un assez grand nombre des historiens plus modernes que nous connaissons, les historiens se sont servi de ces annales pour composer leurs histoires.

Or, les événements des premiers temps de la République ne forment une trame continue, et par conséquent historique, chez les historiens, qu'après la prise de Rome par les Gaulois en 364/390, plus de cinquante ans, par conséquent, après la date où se place la loi des XII Tables. On a pensé que les Annales ont été détruites dans l'incendie de Rome par les Gaulois. C'est pourquoi on dit que la période historique de l'histoire de Rome ne commence qu'après cette date. Avant c'est la période dite légendaire, entièrement légendaire pour ce qui est de l'époque royale: les récits que nous en avons ont été entièrement fabriqués très postérieurement par les historiens.

Pour les premiers siècles de la République, quelques événements surnagent, que l'on peut compter comme des événements véritablement historiques: ce sont, par exemple, les guerres avec les habitants de la ville de Veïes, ville voisine de Rome, et très probablement l'existence des decenvirs et l'apparition des XII Tables. Il en est de même de la prise de Rome par les Gaulois.

Mais, faute de connaissance suivie de l'histoire de ce temps, ces événements ont été entourés et déformés par les légendes. Ces légendes sont dues à l'imagination des historiens, ou même à des falsifications historiques volontaires, dans l'intérêt des familles puissantes des dernières années de la République romaine. Elles cherchent par exemple à augmenter leur illustration et leur prestige en se rattachant à un ancêtre prétendu, que l'on glisse dans la liste des consuls ou des decenvirs.

Ces falsifications sont très souvent faites par une transposition des événements beaucoup plus nouveaux de l'histoire connue, et l'on cherche à expliquer les événements obscurs de l'histoire primitive par ce que l'on appelle un doublet, c'est-à-dire la reproduction pour le temps ancien, avec quelques changements d'une histoire moderne.

De sorte que, pour cette période lointaine et obscure, on hésite continuellement entre le doute et la confiance. Le noyau des événements, en général très

Incertitudes
des Annales
pour les premiers siècles
de la République.
L'importance de la
loi des XII
Tables, cré-
ance que l'on
peut attribuer
à la tradi-
tion histori-
que sur la loi
des XII Ta-
bles.

sec, est probablement historique. C'est ce que nous pensons en ce qui concerne le fait lui-même de l'existence des XII Tables et des decenvirs. Mais ce noyau primitif est entouré de contradictions, d'incertitudes ou même de falsifications qui obscurcissent l'historicité de l'événement.

Ce sont ces difficultés qui ont amené certains auteurs de la fin du XIX^e siècle à refuser complètement à cette histoire toute authenticité et nous verrons qu'ils rangent les XII Tables parmi ces fables ne reposant sur aucun fondement réel. Elle aurait été le produit de l'invention des âges postérieurs.

Nous n'adopterons pas ce point de vue. Malgré toutes les contradictions des sources, malgré les additions postérieures, qui auraient pu être faites, au texte primitif, le fait historique demeure, et, comme le dit un auteur récent, Beloch, *Römische Geschichte*, p. 236, la législation des XII Tables est l'un des faits les plus dignes de foi de l'histoire primitive de Rome.

Nous sommes en effet dans l'un de ces cas où l'on peut invoquer avec le plus de raison la tradition comme source de preuve, la possession d'état qui fait que l'on a toujours considéré à Rome la législation des XII Tables comme un événement historique certain.

Il est toujours très dangereux d'invoquer, en matière historique, la tradition comme un moyen de preuve. Ce moyen de preuve, en effet, a été tant de fois employé d'une manière abusive, qu'il est en quelque sorte démonétisé, il a perdu sa force. Néanmoins, s'il reste quelque valeur à un argument de cette sorte, il peut être employé ici.

En effet, la Loi des XII Tables est un événement dans l'histoire de Rome dont l'importance est incommensurable. Cette législation n'a pas cessé d'exercer une influence prépondérante sur tout le développement du droit romain, et par conséquent, à travers le droit romain, sur l'histoire universelle des idées juridiques. Elle a été la première tentative de créer une législation positive des Romains. Elle a été le premier essai de codification du droit. Avec elle, les Romains ont désiré sortir des incertitudes du droit coutumier, de ce droit dont on ignore l'origine et qui est supposé, par ceux qui le suivent, imposé par les ancêtres et même par les dieux. Ce droit coutumier est remplacé par des règles formelles, clairement exprimées dans un code, par un ensemble de dispositions établies au nom de la cité par les représentants de cette cité, les decenvirs. Et cette législation est volontairement

acceptée comme émanant du peuple par l'ensemble des membres de la cité.

La loi des XII Tables. Source de tout le droit romain. Sa persistance pendant l'histoire de celui-ci.

Nous avons dit que Tite Live considère la loi des XII Tables comme la source de tout le droit public et privé. En effet, une fois établie, la législation des XII Tables n'a jamais été formellement abolie. Elle n'a jamais été bouleversée par une révolution. Aucune tentative n'a été faite pour la renverser.

Sans doute quelques-unes de ses dispositions furent changées par des lois expresses, par exemple la défense de se marier entre patriciens et plébéiens a été écartée très peu de temps après par une loi Canuleia, quatre ans après, en 309/445.

Des lois postérieures abrogèrent ou réformèrent un plus grand nombre de ses dispositions et surtout beaucoup d'entre elles tombèrent d'elles-mêmes en désuétude. Elles sont mortes de vieillesse. Mais l'ensemble de l'oeuvre ne fut pas touché et elle resta en possession de l'admiration universelle.

Cicéron (De Oratore, I, 44, L. 97) nous dit: "Dussé-je révolter tout le monde, je dirai hardiment mon opinion: le premier livre des XII Tables, source et principe de nos lois, me semble préférable à tous les livres des philosophes, et par son autorité imposante et par son utilité. Vous aurez encore, dans l'étude du droit, le noble plaisir, le juste orgueil de reconnaître la supériorité de nos ancêtres sur toutes les autres nations, en comparant nos lois avec celles de leur Lycurgue, de leur Dracon et de leur Solon. En effet, on a de la peine à se faire une idée de l'incroyable et ridicule désordre qui règne dans toutes les autres législations. C'est ce que je ne cesse de répéter tous les jours, lorsque je veux prouver que les autres nations et surtout les Grecs n'approchèrent jamais de la sagesse des Romains".

La loi des XII Tables et l'interprétation des XII T.

Non seulement la législation des XII Tables fut en elle-même un événement considérable, mais elle fut le point de départ de tout le développement juridique des Romains. Elle est la source du droit par l'interprétation des jurisconsultes. Les prudents développèrent les formes de progrès qui sont contenues dans les règles positives des XII Tables et par une interprétation hardie, qui parfois transforme sous couleur d'appliquer la règle ancienne, ils fondèrent le jus civile sur les XII Tables.

Cette oeuvre d'interprétation fut une oeuvre de plusieurs siècles, depuis les premiers jurisconsultes, les pontifes, jusqu'aux jurisconsultes classiques, et pendant tout le temps de développement du droit, les XII Tables servent de modèle et de point de départ.

Elles sont considérées comme étant toujours en vigueur, même quand en fait on écartait la disposition vieillie, même quand on qualifiait ces règles d'horrida antiquitas.

De cette possession d'état, les titres sont obscurs, mais l'obscurité tient à une cause générale, à la rareté et même à l'absence de documents historiques remontant à cette période lointaine. Mais aussitôt que les sources historiques deviennent plus abondantes et plus sûres, la possession d'état apparaît comme une chose bien établie et immémoriale. Cette situation en elle-même est la preuve la meilleure de l'historicité des XII Tables, contre laquelle il faudrait, en bonne méthode, apporter non pas des doutes et des hypothèses, mais des preuves péremptoires.

Nous étudierons, dans le cours de cette année, les XII Tables, mais avant de commencer leur étude, il convient en quelques mots, d'indiquer la méthode et l'utilité de ce cours dans le programme général de notre Faculté.

Caractères et intérêt du cours de droit romain approfondi; la méthode historique.

Le Cours de Droit Romain Approfondi tient une place très particulière dans l'enseignement de nos Facultés de droit. C'est celui qui peut avoir le caractère le plus scientifique et en même temps le plus désintéressé, car il ne s'agit pas ici d'acquérir des connaissances positives, susceptibles d'être utilisées en elles-mêmes.

Le sujet du cours n'est en réalité qu'un prétexte. Son but est avant tout de servir d'initiation à la méthode historique, il doit donner un exemple de cette méthode qui sera instructive aussi bien pour ceux d'entre les élèves de la Faculté qui ont l'intention de persévérer dans les recherches historiques et qui veulent devenir historiens, que pour ceux qui, au contraire, ont le désir de rester de purs juristes et même des praticiens. Car cette méthode historique, il est indispensable que tous ceux qui veulent devenir des gens instruits et cultivés, à un moment de leurs études, l'aient approchée et aient compris sa valeur. C'est un instrument indispensable de la grande culture.

En première et en seconde année, on a fait un exposé sommaire du droit romain, qui n'est pas pris à une époque quelconque de son histoire, mais dans son développement historique.- On a passé en revue treize cents ans d'histoire, puisque le programme de droit romain commence théoriquement à la fondation de Rome, 75 av. J.C. et se termine en 565, à la mort de Justinien. C'est donc un programme immense et on ne peut y expo-

ser que les grandes lignes du développement du droit romain. Il est impossible d'examiner et de critiquer la méthode et les éléments de la connaissance historique, on ne peut que présenter, sous la forme la plus accessible, le résultat des recherches, en écartant non seulement les détails accessoires, mais les difficultés et les obscurités. On ne peut que présenter comme données certaines ce qui est souvent conjectures. En somme, dans ces cours généraux, on expose les résultats de la méthode, il est impossible de la mettre en oeuvre, de montrer son fonctionnement.

Cette démonstration fera l'objet de ce cours de droit romain approfondi. C'est aussi l'objet du cours de Pandectes, mais ici nous aurons plus de liberté, car notre cours sera moins exégétique, n'ayant pas pour principale mission l'explication des textes du Digeste. Le sujet traité peut l'être ici d'une manière plus franchement et plus uniquement historique.

L'observation
des faits et
l'établisse-
ment des tex-
tes.

La méthode historique repose avant tout sur l'étude des textes, c'est le caput et fundamentum totius institutionis, c'est la base solide dont on ne doit jamais s'écarter. Connaître les textes, les respecter, essayer de voir ce qu'ils disent, ne jamais vouloir leur faire dire ce qu'ils ne disent pas, ce sont les principes impératifs qui doivent être présentés dans tout essai de recherche historique.

Ce sont des principes d'autant plus impératifs que l'esprit humain est naturellement porté à les transgresser. Même les savants les plus défiants d'eux-mêmes connaissent et pratiquent l'art de solliciter les textes.

Sur ces textes repose uniquement notre connaissance des choses du passé. Grâce au titre du cours de droit romain approfondi, nous aurons plus de liberté. Nous ne sommes pas limités aux seuls textes du Digeste, comme dans un vrai cours de Pandectes. Nous pourrions faire un large usage des historiens de Rome, des antiquités romaines, nous puiserons dans Plutarque, Denys d'Halicarnasse, Aulu Gelle et d'autres historiens, nous ferons usage aussi des auteurs littéraires, en particulier de Cicéron.

Mais les textes que nous possédons ne sont que le reste d'une documentation plus abondante. Par exemple, la source principale de notre connaissance du droit romain c'est le Digeste. On sait que le Digeste se compose d'extraits de jurisconsultes classiques des trois premiers siècles de notre ère, extraits faits sur l'ordre de Justinien au milieu du VI^e siècle. De cette immense littérature classique, il ne nous reste que ces extraits qui ont été modifiés volontairement

par les compilateurs de Justinien pour être mis au courant du droit de son temps, par des additions ou par des suppressions, ce sont les interpolations.

Le premier travail de la méthode historique c'est donc l'établissement et la critique du texte. C'est un travail lent et difficile qui nécessite des connaissances étendues, non seulement juridiques, mais historiques, littéraires, épigraphiques et philologique. Il est absolument indispensable de bien connaître la langue latine. Pour ceux qui désirent continuer dans ce genre d'études, il faut avant tout une forte culture grecque et latine, sans laquelle il est impossible de faire une véritable carrière scientifique.

Les sciences auxiliaires de l'histoire sont nécessaires à connaître pour établir les textes, car il faut faire appel à toutes les ressources des sciences historiques, pour replacer ces textes dans leur cadre original, en tirer la signification exacte et toute leur signification. C'est un travail dont les lenteurs impatientent parfois les esprits plus logiques qu'historiques. Ils reprochent aux historiens de s'attarder dans des recherches infinies, trop lentes et trop fragmentaires, et ils considèrent parfois cet effort de recherche comme disproportionné avec son résultat. Ce sont les reproches qui sont adressés souvent à l'érudition, entendue dans un sens péjoratif. L'importance et la nécessité des travaux d'érudition n'apparaissent pas toujours aux profanes.

Sans nous y arrêter dans ce cours, il faudra cependant en montrer l'utilité et les résultats. L'observation des faits, l'établissement des textes, ce n'est pas encore le travail total de l'historien. Il y a une partie aussi importante, peut-être même plus importante de ce travail qui consiste dans l'interprétation des faits et dans leur explication et ici interviennent les facultés de raisonnement de l'esprit humain, la raison et la logique.

L'interprétation des faits.
Le rôle de la conjecture.

On explique les faits par la conjecture. La conjecture a une part très importante dans la recherche historique. Les documents qui nous restent du passé ne sont plus très nombreux, ils sont fragmentaires, la plus grande partie des témoignages du passé a disparu entièrement sans laisser de trace et ceux qui nous restent ne sont pas les plus importants, au contraire, ce sont très souvent des détails fragmentaires et insignifiants.

La première raison se trouve dans les hasards des destructions et la deuxième en ce que les documents contemporains ne sont que des détails et sont en géné-

ral muets sur les principes généraux, les règles fondamentales. Ils y font une simple allusion, car on les suppose connus, on n'en parle pas. Ces principes généraux sont en effet connus des contemporains qui en vivent, mais ils sont ignorés de nous. Nous suppléons à notre ignorance par la conjecture.

La conjecture, c'est l'explication plausible des faits, c'est l'hypothèse la plus simple qui rend compte du fait connu, en dégage la signification, l'éclaire et le relie avec les autres faits de même nature. C'est donc un mélange délicat qui doit être opéré entre les faits connus et la conjecture et ce mélange a une importance capitale dans l'histoire. Il faudra toujours se rendre compte du degré relatif de certitude des données historiques, faire la part du fait connu, acquis et la part de l'hypothèse.

C'est cette hypothèse qui est susceptible indéfiniment de se modifier et de se perfectionner. Elle peut être modifiée par des faits nouveaux, mais, le plus souvent, par la meilleure interprétation des faits déjà connus. Peut-être s'étonnera-t-on de la part considérable de la conjecture dans l'histoire. C'est en effet la grande difficulté et l'obscurité des sciences historiques. Leurs incertitudes rebutent certains esprits logiques, amoureux de certitudes même apparentes et sont un scandale pour certains autres. On reproche à l'histoire de n'être qu'une science conjecturale, c'est un reproche qui est injuste, mais surtout inutile. Le caractère conjectural de l'histoire est un fait, il est inutile de le nier. C'est un fait qui n'est pas spécial à l'histoire, qui est commun plus ou moins à toutes les branches de la connaissance. Il est indispensable de s'en rendre compte, il est indispensable de sonder le fond de cette infirmité humaine, et il n'y aura pas de meilleure manière qu'un cours de droit romain approfondi. C'est en effet le but dernier du cours.

Plan du cours.

Nous allons aborder l'étude des XII Tables. Dans un certain nombre de chapitres préliminaires nous étudierons l'histoire des XII Tables, nous verrons en matière de préface, dans un chapitre Ier, quelles sont les sources de notre connaissance des XII Tables, comment elles ont été réunies, reconstruites si l'on peut dire artificiellement, quelles sont les ressources que nous avons à notre disposition pour connaître ce que nous pouvons connaître de ces textes.

Fuis, dans un chapitre II, nous étudierons l'histoire traditionnelle des XII Tables, telle qu'elle résulte des historiens.

Nous verrons, dans un chapitre III, la controver-

se sur l'authenticité des XII Tables, cette controverse qui a, dans la dernière partie du XIX^e siècle, occupé beaucoup de plumes savantes.

Enfin dans un chapitre IV, nous verrons les conclusions que l'on peut tirer sur cette authenticité.

Nous aborderons alors l'exégèse, l'étude de la loi elle-même, l'étude des XII Tables. Nous n'aurons pas le temps de l'étudier tout entière, mais nous verrons les deux points principaux, c'est-à-dire d'abord la procédure, les actions de la loi. C'est la partie qui certainement, pour les Romains de l'époque de la loi était la partie la plus importante, car en définitive la loi des XII Tables, a eu pour but de créer cette procédure, c'est-à-dire de créer un recours des citoyens à l'arbitrage de l'Etat et ce qu'il y a eu de nouveau dans la loi des XII Tables, c'est l'organisation de cet arbitrage. C'est en effet par la procédure que commence la loi et c'est ce dont nous avons le plus de traces.

Puis nous verrons dans une série de chapitres, le droit civil, l'organisation de la propriété, l'organisation des modes d'acquérir, et nous verrons alors peu à peu, à travers ces études, l'état social des Romains à l'époque des XII Tables, ce que nous pouvons connaître de cette période. Ceci nous conduira jusqu'à la fin de l'année.

Chapitre Ier

LES SOURCES DE NOTRE CONNAISSANCE

DE LA LOI DES XII TABLES.

Texte re-
constitué
de la loi des
XII Tables.
Editions.

Bibliographie. - Le texte reconstitué des XII Tables se trouve dans les Textes de Droit romain de Girard - 6^e éd. 1937, revue par le Doyen Senn, p. 12 à 23. Les textes de la loi des XII Tables sont divisés en lettres capitales et en lettres ordinaires: en lettres capitales ce qui nous apparaît comme étant le texte lui-même des XII Tables, trouvé dans les auteurs littéraires romains, et en lettres ordinaires les interprétations trouvées dans ces mêmes auteurs. Puis, en notes on indique la source de tous ces fragments, et on peut se rendre compte dès le début en quoi consiste notre connaissance des XII Tables. Nous n'avons plus le texte de la loi, mais les auteurs modernes ont recueilli dans toute la littérature romaine les différents endroits où les auteurs ont cité la loi des XII Tables, et c'est cette réunion de citations que nous avons dans les Textes de droit romain de Girard.

Ces mêmes textes se retrouvent dans l'édition italienne des textes juridiques romains, Riccobono: Fontes juris romani antejustiniani. Ce sont tous les textes juridiques que nous connaissons en dehors du Digeste, avant Justinien.

Ces deux éditions, française et italienne, ont pour origine et pour modèle l'édition allemande de ces mêmes textes: Bruns, Fontes juris romani antiqui.

Dans ces trois livres ce sont les mêmes textes, dans le même ordre, avec des notes plus ou moins étendues. Dans les Fontes de Bruns les notes sont plus étendues que dans les deux autres, mais ce sont les mêmes choses qui sont partout citées, parce que ces trois recueils modernes et mis à la disposition des Facultés ont été faits sur un travail plus ancien; c'est le texte établi par Schoell: legis duodecim Tabularum reliquiae: Les restes de la loi des XII Tables paru à Leipzig en 1867.

Enfin, l'histoire littéraire de la reconstitution

des XII Tables, depuis la Renaissance jusqu'aux savants modernes, se trouve en détail dans un livre de Dircksen: *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelnfragment* Leipzig, 1824 (que l'on cite habituellement en disant: Dircksen, XII Tables).

Causes de l'incertitude de l'histoire de la loi des XII Tables. Son antiquité et sa disparition.

Une des premières causes des incertitudes et de l'obscurité de l'histoire des XII Tables, c'est l'antiquité de cette loi, car elle remonte à une époque légendaire de l'histoire de Rome, à une époque pour laquelle nous n'avons que très peu de documents historiques.

Une deuxième cause d'incertitude de cette histoire, c'est que nous n'avons plus le texte de la loi des XII Tables, et cela est étonnant. On aurait parfaitement pu l'avoir, avec un peu de chance, car une loi de cette importance aurait très bien pu, aurait même dû être conservée, soit par un document épigraphique, soit par un document littéraire. Il y a d'autres lois de l'antiquité, qui n'ont pas eu le retentissement de la loi des XII Tables, et qui nous sont parvenues intégralement, parce que, comme la loi des XII Tables l'a été, elles ont été gravées sur la pierre ou sur le bronze et les tables de ces lois ont été découvertes par les modernes. Par exemple pour la Grèce la loi de Gortgne, qui est la loi fondamentale de la cité de Gortgne, du IV^e ou V^e siècle av. J.C. par conséquent une loi du même genre, mais beaucoup moins importante, de même la loi d'Hamourrabi pour les Babyloniens, beaucoup plus ancienne que la loi des XII Tables, et qui est encore conservée dans des stèles qui sont au Louvre.

Quoi qu'il en soit, pour la Loi des XII Tables, le texte intégral n'a été conservé ni directement par l'épigraphie, ni indirectement par l'œuvre des jurisconsultes ou des historiens. Nous ne la connaissons donc que par les citations qui en ont été faites par les auteurs latins.

Nous verrons dans ce Chapitre I^{er}, les éléments de reconstitution de la loi des XII Tables, 2^e) le plan de cette reconstitution, qui est le plan présumé de la loi. A ce propos nous examinerons la question de savoir si cette reconstitution, peut être considérée comme complète ou à peu près, ou, au contraire, comme très incomplète. Je crois qu'elle est très incomplète. Dans une troisième partie de ce chapitre, nous étudierons très rapidement l'histoire littéraire de cette reconstitution. Nous verrons comment les auteurs, depuis la Renaissance jusqu'à maintenant ont travaillé

à cette reconstitution, et nous verrons enfin, 4^e - le nom de la loi, comment elle s'est appelé loi des XII Tables et quelle est l'importance de ce nom.

I - Éléments de reconstitution de la loi

des XII Tables.

Comme on peut s'en apercevoir en lisant les notes de Textes de Girard, ces éléments nous les trouvons dans la littérature latine, dans les citations qui ont été faites des XII Tables par les auteurs latins.

I- Les jurisconsultes.
Transmission par Justinien de quelques-unes de leurs citations des XII Tables.

Il y a deux sortes d'auteurs qui ont cité la loi des XII Tables: ce sont les jurisconsultes dans un but utilitaire, pour la commenter, et les grammairiens et philologues dans le but de curiosité, d'érudition littéraire, le but n'est pas le même suivant les auteurs.

L'immense littérature classique juridique, nous ne la connaissons plus, sauf de très rares exceptions, que par les extraits qui en ont été faits par Justinien dans le Digeste. Par conséquent nous ne connaissons l'utilisation de la loi des XII Tables par les jurisconsultes classiques qu'à travers Justinien, par les seuls extraits qu'il en a donnés lui-même. Or, ces citations de citation ont été faites à une époque où depuis déjà bien des siècles la loi des XII Tables était une antiquité hors d'usage et il est probable que nous ne devons les quelques citations qui restent dans le Digeste, de la loi des XII Tables qu'aux tendances archaïsantes de Justinien, à ce que Justinien était en quelque sorte un pédant littéraire, qui aimait à faire montre de son érudition. Toutes les fois qu'ils ont pu le faire, les compilateurs du Digeste, pour suivre les tendances manifestées par l'empereur, ont voulu rappeler la loi des XII Tables. Mais ces citations ne sont pas toujours possibles. Imaginez un législateur moderne qui aurait des tendances archaïsantes de cette sorte et qui voudrait citer les Capitulaires de Charlemagne dans une loi moderne, il ne le pourrait pas toujours malgré tout son désir.

Gaius, Institutes et commentaire sur la loi des XII Tables.

Parmi les jurisconsultes dont les citations nous ont conservé la loi des XII Tables, Gaius tient de beaucoup le premier rang. Pour deux raisons: d'abord parce que son manuel est le seul ouvrage d'une certaine importance d'un jurisconsulte classique que nous connaissons directement: ce sont les Institutes de Gaius. Il ne nous reste en somme qu'un manuel d'étudiants de cette immense littérature juridique des classiques.

La deuxième raison c'est que les compilateurs de Justinien utilisèrent, parmi les ouvrages qui sont entrés dans la composition du Digeste, un commentaire des XII Tables fait par Gaius en 6 livres, probablement parce que Gaius était le dernier jurisconsulte classique qui ait fait un commentaire des XII Tables. Avant lui il y en a eu d'autres, dont nous connaissons les noms. Les extraits du commentaire de Gaius des XII Tables sont réunis dans la Palingénésie de Lenel. Cette Palingénésie, comme l'indique le nom a été composée par Lenel en décomposant le Digeste et en reconstituant à l'aide des textes du Digeste ce qui peut être connu des œuvres du jurisconsulte sous le nom de chacun de ces auteurs.

Les Commentaires des XII Tables de Gaius ont fourni environ 18 extraits qui sont mis en ordre dans la Palingénésie sous le nom de Gaius, n° 418 à 445. Ces 18 extraits ne correspondant guère qu'à un centième des livres primitifs de Gaius qui devaient avoir à peu près 1.800 passages de même importance que les 18 extraits. L'œuvre de Gaius, soit son Manuel, soit le commentaire des XII Tables dans le Digeste, fournissent environ 26 citations des XII Tables, donc une dizaine de fragments donnent le texte lui-même de la loi.

Ulpien et Paul.

Mais, après cet auteur, ceux qui nous fournissent le plus de citations des XII Tables, ce sont Paul et Ulpien. Paul, dans le Digeste, cite une dizaine de fois la loi des XII Tables, et Ulpien une quinzaine de fois.

Les autres jurisconsultes ne fournissent qu'un très petit nombre d'extraits. Pomponius nous donne dans le Digeste l'histoire de la loi des XII Tables. En dehors de cet exposé, il cite les XII Tables, 4 ou 5 fois environ, à travers les extraits que Justinien a recueillis. Puis les autres jurisconsultes ne fournissent guère plus d'un ou deux extraits chacun. C'est Trychoninus et Marcianus, et c'est tout, il n'y en a pas d'autres.

Il n'y a donc plus de trace des commentaires, très probablement beaucoup plus nombreux, que la littérature juridique classique des trois premiers siècles de l'ère chrétienne avait fait car déjà à l'époque des jurisconsultes classiques la loi des XII Tables était considérée comme une antiquité un peu oubliée. Un jurisconsulte du IV^e siècle, cité par Aulu-Gelle (*Nuits attiques* 20, I, 6) nous dit: *Longa aetas verba atque mores veteres obliteravit, quibus verbis moribusque sententia legum comprehensa est*: Une longue période de temps a rendu obscurs la langue et

les usages anciens au moyen qui aidaient à comprendre les lois.

Constitutions
du Code.

Dans les constitutions impériales, dans le Code, la loi des XII Tables n'est citée que deux fois, dans les constitutions les plus anciennes, dans une constitution de Gorgien, et dans une constitution de Dioclétien. Elle est complètement ignorée par la suite, dans toute la période du Bas-Empire, de Dioclétien à Justinien.

Voilà pour les jurisconsultes.

2- Grammai-
riens et phi-
logues.

Les grammairiens nous ont fourni un plus riche butin et si nous connaissons encore la loi des XII Tables, c'est grâce surtout à eux. Mais ce sont les philologues et les grammairiens de la fin de la République et du commencement de l'Empire, de l'époque de Cicéron et de l'époque d'Auguste qui nous fournissent ces traces de la loi. C'est un fait, si étonnant qu'il soit, que Plaute, que même Caton l'Ancien n'ont jamais nommé la loi des XII Tables. Ils ont parlé de certaines dispositions qui viennent de la loi des XII Tables, mais ils n'ont pas nommé la loi, et c'est encore là une des difficultés de l'histoire de cette loi que nous ne puissions trouver dans la littérature romaine la première citation de la Loi des XII Tables que plusieurs siècles après le moment où elle a été faite. C'est une des raisons principales qui font que certains auteurs qui doutent de l'authenticité de la loi, s'appuient sur ces citations pour dire que la loi des XII Tables est une invention des temps postérieurs, que c'est une oeuvre qui ne remonte guère au-delà du début de la République, parce que c'est le moment où elle est citée.

Varron.

Le plus ancien des auteurs qui nous parlent de la loi des XII Tables, c'est Varron: *De lingua latina*. Ce Varron est un contemporain de Cicéron, un peu plus âgé. Il nous donne deux citations de la loi des XII Tables, pas plus: Liv. I, ch. III, Liv. 7, ch. I.

Cicéron.

Les auteurs qui nous fournissent le plus de matières, c'est avec Cicéron, Festus et Aulu-Gelle.

Cicéron est la ressource des historiens pour ce droit ancien. Nous possédons à peu près toutes les oeuvres de Cicéron, elles ont été en possession de l'admiration universelle depuis son époque et elles ont été toujours conservées. Cicéron cite un peu plus de trente fois des passages des XII Tables.

Festus.

Festus, dans son livre *De verborum significatu*: Sur la signification des mots, nous donne environ 18 passages des XII Tables. C'est un grammairien du IV^e siècle de l'ère chrétienne, il est donc relativement assez moderne, mais son livre est l'abrégé d'un gram-

rien de l'époque d'Auguste, qui s'appelle Verrus Flaccus.

Aulu-Gelle.

Aulu-Gelle est un auteur grec du II^e siècle ap. J.C. Dans les Nuits Attiques, il réunit toute espèce de curiosités de l'ancienne histoire de Rome. Il s'occupe de questions de grammaire, des difficultés de l'ancienne langue latine et c'est pourquoi il cite la Loi des XII Tables, pour dire souvent qu'on ne sait pas ce que veut dire tel mot: il cite environ 18 fois la Loi des XII Tables.

Mais, après ces trois auteurs, le nombre des citations baisse considérablement. Pline l'Ancien, dans son histoire naturelle, cite encore six fois environ la loi des XII Tables.

L'auteur inconnu de la Rhétorique à Herennius, que l'on a attribuée longtemps à Cicéron, cite dans cet ouvrage environ 4 fois les mots de la loi des XII Tables.

Les autres auteurs, Quintilien, Sénèque, Priscien, Nonius, Macrobe, puis les historiens Tacite et Tite-Live, ne donnent chacun qu'une ou deux références à la loi des XII Tables. Tite-Live et Denys d'Halicarnasse racontent longuement la loi des XII Tables, mais pour ce qui est des dispositions, ils n'en donnent qu'une ou deux.

C'est tout. Nous avons fait le tour, avec ces auteurs, de ceux qui parlent de la loi des XII Tables.

Nature des renseignements sur les XII Tables. Allusion à la loi ou citations, Importance à cet égard des œuvres des grammairiens.

Les traces qui nous ont été conservées par ces auteurs sont de deux sortes, ou bien ce sont des allusions ou un commentaire à une disposition de la loi, par conséquent l'écrivain rappelle, dans le cours de l'exposé la question qu'il traite de la loi des XII Tables, mais il le rappelle en langue moderne, en langue de son temps, et sans citer la loi elle-même. Ou bien c'est une citation du texte lui-même, c'est une référence à ce texte. Par conséquent, ici, nous sommes en face du texte primitif. Nous ne sommes pas toujours certains d'être en face du véritable texte primitif, car il est cité par l'auteur moderne et, sauf dans les cas où il cite un mot parce que ce mot l'intéresse et souvent parce qu'il ne le comprend pas, la citation a pu être modernisée par l'auteur ou par ceux qui l'ont citée avant lui. Mais, bien entendu, ce sont ces dernières références qui sont pour nous les plus précieuses. Ce sont ces citations directes de la loi qui, dans nos éditions modernes sont marquées par la typographie, ce sont celles qui sont écrites en lettres capitales.

Ce texte lui-même des XII Tables, ce sont surtout les grammairiens et les philologues qui nous l'ont transmis, parce que l'intérêt qu'ils y ont pris

allait non pas à la règle elle-même : la règle de droit ne les intéressait pas, ce qui les intéressait, c'était les mots eux-mêmes de la loi et les difficultés grammaticales qu'ils y rencontraient. Par conséquent, la nature même de l'intérêt que les grammairiens portent à la loi des XII Tables nous indique à la fois le mérite de ces citations et leurs défauts.

D'abord le mérite. En effet, la raison même de la citation nous garantit l'exactitude des mots, quoique souvent la question reste ouverte de savoir si vraiment nous avons affaire au texte primitif. Mais nous voyons aussi le défaut de cet intérêt, c'est que la plupart du temps, sauf quelques rares exceptions, les grammairiens ne font pas de longues citations, ne nous donnent pas la règle tout entière, la disposition des XII Tables, car cette disposition ne les intéressait pas. Ce qui les intéressait, c'est une phrase, c'est souvent même un mot. Par conséquent, les longues citations ne sont que de très rares exceptions.

Caractère

tronqué de la
plupart des ci-
tations.

Nous en trouvons d'assez longues dans ce que nous appelons la Table I, dans les fragments I à 6. La description est assez complète de l'in jure vocatio, de l'action de la loi. De même, la Table III, de I à 4, nous conserve encore d'assez grandes citations, et la Table 5, 3. C'est tout. Ailleurs, il n'y a plus que quelques mots.

Ce qui est le cas ordinaire, c'est une citation tronquée de fragment, quelques mots seulement qui ne forment pas une phrase complète, souvent dans le but d'indiquer une difficulté de langue. Voilà un exemple de phrase incomplète, qui nous laisse dans l'embarras : *Adversus hostem aeterna auctoritas*. Ou encore : *aut status dies cum hoste*. Cicéron nous cite ces deux bouts de phrases, mais sans verbe et sans phrase complète, pour indiquer que dans la langue des XII Tables, à son avis, *hostis* veut dire pérégrin. On a longuement étudié ces deux paragraphes, notamment *Adversus hostem aeterna auctoritas*. C'est une phrase à laquelle on a fait dire toutes sortes de choses, par exemple : Contre l'ennemi, l'autorité est éternelle, ce qui veut dire : aucun quartier à l'ennemi. Nous verrons que ce n'est pas le sens. La physionomie exacte de la loi n'apparaît que difficilement à travers ces citations tout à fait incomplètes. Il y a environ une quarantaine de ces citations littérales.

Intérêt des
citations
de commentai-
re.

Les commentaires sont plus nombreux. Ce sont les sources qui s'occupent de l'interprétation des dispositions de la loi, sans rappeler le texte lui-même, et c'est surtout chez les jurisconsultes que nous trouvons ces sortes d'interprétation. Il est infiniment probable qu'ils ne connaissaient même pas eux-mêmes

le texte primitif de la loi, ils ne le connaissaient qu'à travers les citations de leurs prédécesseurs.

Ils nous donnent en général l'exposé de la disposition qu'ils vont faire en disant : *In lege duodecim tabularum cautum erat* : Il était établi dans la loi des XII Tables ceci....

Dans l'ensemble , nous avons environ 120 dispositions des XII Tables qui sont ainsi rapportées par les auteurs et de ces 120 il y a environ un tiers qui nous donne des fragments du texte original.

Voilà , assez exactement dressé, le bilan de la faillite de la loi des XII Tables, voilà ce qui nous en reste.

II- Plan de reconstitution des

XII Tables.

Essais de re-
constitution
depuis le
XVI^e siècle.

Sur les quelques restes de ce texte, sur les quelques citations plus ou moins longues qui ont été faites des XII Tables, sur ces notions que le hasard nous a conservées, il a fallu entreprendre de reconstituer l'ensemble de la loi. Il a fallu d'abord réunir ce matériel. C'est ce qu'ont fait les modernes, à partir du XVI^e siècle, à partir de la Renaissance. C'est à partir de ce moment que les Occidentaux se sont remis à l'étude des civilisations grecque et romaine; les juristes ont suivi et on a enrichi la littérature juridique de l'apport que pouvait nous fournir la littérature générale.

Les matériaux, qui ont été ainsi peu à peu réunis par extraits, ont dû forcément être divisés, mis dans un certain ordre, puisqu'on savait qu'il y avait douze Tables et par le nom même de la loi. Les règles grâce auxquelles on a essayé de répartir ces fragments ne sont ni très nombreuses ni très sûres. Ce que nous savons, en effet, d'abord, c'est que d'après la tradition, la loi rédigée par les décemvirs a été écrite sur douze tables, c'est matériellement que douze tables, soit de bronze, soit de pierre, soit de bois, soit même d'ivoire -ce qui est peu probable, mais enfin les auteurs ne sont même pas d'accord sur la matière des tables, et c'est Pomponius qui parle d'ivoire -ont été écrites. Dix proviennent des décemvirs de la première année (303/451) et deux auraient été écrites par les décemvirs de la deuxième année (304/450).

Absence d'in-
dication gé-
nérale sur la
répartition

Quant à la répartition des matières sur ces douze tables, nous n'avons aucune indication générale, il n'y a que des indications de détail, d'ailleurs très peu nombreuses. Les voici toutes.

des fragments dans les XII Tables. Brevet et rareté des indications précises sur la Table dans laquelle figurait un fragment.

Denys d'Halicarnasse, dans ses Antiquités romaines (2,27), à propos de la disposition d'après laquelle le fils trois fois vendu est libéré de la puissance paternelle "Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto" nous dit : "La disposition se trouve dans la quatrième des douze Tables que les décemvirs firent alors afficher sur le forum. De même, dans son Liv. X, Ch.60, il nous dit : Appius Claudius et ses collègues, lorsqu'ils eurent à écrire les autres lois dans deux tables, les ajoutèrent aux dix premières. Parmi ces lois était celle d'après laquelle les patriciens ne peuvent contracter mariage avec les plébéiens.

Cicéron, De legibus, 2,9,64, à propos des dispositions qui sont prises contre le luxe des funérailles, nous dit que ces dispositions ont été empruntées à la loi de Solon. C'est cette loi, dit Cicéron, que nos décemvirs ont insérée presque en propres termes dans la dixième table : Quam legem eisdem prope verbis nostri decemviri in decimam tabulam coniecerunt. Il cite cette loi des funérailles à propos d'un mot que personne ne comprend plus : lessum.

Il n'y a qu'une seule fois que nous ayons une indication qui sépare en petites lois, en fragments le contenu de chacune des tables : Festus, au mot reus, p. 273, nous dit : In secunda tabula secunda lege in qua scriptum est : Par la loi, dans la seconde table, dans laquelle est écrit ce qui suit. Ces indications ne sont guère importantes.

Indication précise d'Ulpien sur les successions.

Une indication plus générale nous est donnée par Ulpien, au Digeste, à propos de l'ordre des matières dans les XII Tables. Dans le droit des successions (D.38,6,I,pr.) Ulpien nous dit que le préteur dans son édit, à propos des boncrum possessiones parle d'abord des testaments, et des testaments il passe à la succession ab intestat, et en faisant cela il suit l'ordre qui était aussi l'ordre de la loi des XII Tables. Cette indication est beaucoup plus précieuse que les autres, elle nous indique en effet l'ordre des successions. Nous sommes sûrs, de cette façon-là, que dans la loi des XII Tables le testament passait avant la succession ab intestat.

Indication tirée de l'ordre des matières dans le commentaire de Gaius.

Et voilà tous les renseignements directs, il n'y en a pas d'autres. Pour arriver à un classement, car en fin il faudrait bien arriver à un classement, on a pris alors une autre règle; on a suivi comme guide le plan du commentaire de Gaius sur les XII Tables. Gaius a fait un commentaire des XII Tables en six livres, les compilateurs de Justinien ont donné des extraits de quelques-uns de ces livres. Par conséquent, autant qu'on peut connaître ce plan par les quelques extraits

qui figurent au Digeste, on a supposé que Gaius suivait l'ordre des XII Tables.

Il est en effet très vraisemblable que Gaius dans son commentaire n'a pas cherché à faire un plan original, ce qui n'a jamais été la préoccupation des jurisconsultes romains, mais avait purement et simplement suivi l'ordre de la loi.

On a supposé encore- deuxième supposition -que chacun des six livres de Gaius faisait l'exposé de deux tables. Ceci est une supposition infiniment plus arbitraire, parce que le commentaire de Gaius pouvait très probablement ne pas être complet. Il pouvait très bien y avoir dans les XII Tables toute une partie de droit public et de droit religieux qui était complètement disparue à l'époque de Gaius et dont Gaius n'a pas fait le commentaire. Il a pu se cantonner aux questions de pur droit civil. Par conséquent, ici, l'idée est arbitraire, mais enfin, sur ces données, on a réparti comme on a pu les matériaux qui ont été recueillis en douze divisions.

Caractère arbitraire du classement des fragments.

C'est une reconstitution qui est extrêmement fragile, extrêmement incertaine, d'abord pour une raison de fait, c'est que l'incertitude du sens de certains des fragments fait que la place qu'on leur donne n'a rien de sûr. Par exemple ce fameux fragment : *Adversus hostem aeterna auctoritas*, on le place dans la première table, parce qu'on suppose que cela veut dire que la revendication d'un bien contre un ennemi qui le possède est conservée éternellement à son propriétaire. Le propriétaire romain qui possède le bien ne peut pas être écarté par l'usucapion que pourrait faire l'hostis, étant donné que l'hostis n'a pas droit à l'usucapion. On place ce fragment dans la première table, là où il est question des actions de la loi. Nous verrons que le sens est très probablement différent. Mais, de toute façon, puisqu'il s'agissait peut-être de l'usucapion, on aurait pu tout aussi bien le placer dans la Table VI, où il y a des textes relatifs à l'usucapion.

Les auteurs font remarquer le caractère arbitraire de la répartition de ces matières. Dans le Commentaire de Gaius des XII Tables, il se peut que l'une des dispositions citées ait été exposée par Gaius en dehors de la place qu'elle occupait dans les XII Tables, parce que pour la commodité de son exposition il les a réunies à d'autres matières et a tout traité ensemble, sans faire attention à la place occupée dans la loi. Il est certain que les jurisconsultes ne se sont jamais astreints à trouver un plan général d'exposition dans leur oeuvre, mais ils ne se sont pas non plus astreints à suivre d'une manière mécanique et servile la loi qu'ils commentaient. Dès lors le rapport

strict entre les livres de Gaius et les titres, à raison de deux Tables par livre, n'a plus aucune vraisemblance. Mais enfin, faute d'autres procédés plus rigoureux, on s'en tient à ce classement. Ce qu'il importe de savoir, c'est que ce classement n'a rien de sûr, n'a rien de vraiment historique, c'est un classement commode et c'est le seul classement possible dans l'état actuel des sources, mais il ne paraît avoir aucune chance de correspondre à la réalité.

Caractère
incomplet de
la reconstitu-
tion.

Ces considérations vont nous permettre de juger avec une certaine vraisemblance de cette question qui a été agitée par les auteurs : Avons-nous, dans cette reconstitution de la législation décemvirale un ensemble assez complet, ou au contraire n'en avons-nous que des fragments ?

Depuis un auteur, Voigt, qui a consacré trois gros volumes au commentaire des XII Tables (Tome I, p. 80) une opinion assez répandue est que nous pouvons admettre que nous avons une connaissance assez complète des dispositions qui étaient contenues dans les XII Tables. Girard, dans un petit volume intitulé : "Loi des XII Tables", p. 28 (résumé de deux conférences faites à Londres en 1912 - 1913 sur la loi des XII Tables) dit : "Les citations des jurisconsultes qui, dans le Digeste, sont environ de 125 à 150, l'éparpillement et la variété même des témoignages, portent à penser qu'ils nous donnent une connaissance à peu près complète de la loi, qu'elle ne peut guère avoir contenu de dispositions un peu importantes dont il ne reste aucune trace". Girard a été ici emporté par son idée que la loi des XII Tables était d'une authenticité, d'une historicité parfaite. Il sortait à peine de la discussion sur l'authenticité contre Lambert, de Lyon, contre Ettore Pais d'Italie, et il était porté à exagérer notre connaissance de la loi des XII Tables. Je crois, au contraire, que l'on doit arriver à une conclusion exactement différente par l'examen, par la critique des sources, que nous venons de faire rapidement.

En ce qui concerne le texte lui-même, nous avons vu que la plus grande partie des fragments nous a été conservée par les philologues et par les grammairiens. Or, par la façon même dont ils s'intéressaient à la loi des XII Tables, nous pouvons être certains qu'à aucun degré ils ne se sont préoccupés d'être complets. car même dans les dispositions qu'ils citent, sauf quelques rares exceptions, ils ne se sont jamais inquiétés de nous les donner tout entières. Ils nous citent un fragment, il nous citent même quelquefois un mot, à cause d'une difficulté grammaticale qui les inquiète. Par conséquent à aucun degré, ils ne se sont inquiétés de fournir un texte complet. Ils ont pu lais

ser de côté même les dispositions les plus importantes des XII Tables.

Mais mieux : nous verrons que dans les fragments incomplets qu'ils ont cités, nous ne pouvons pas savoir si c'était la partie importante de la disposition qu'ils citent, ou si c'était au contraire une disposition accessoire, sans grand intérêt, mais qui avait un intérêt pour eux à cause du mot qui s'y trouvait. Nous aurons l'occasion de relever le caractère fragmentaire de ces dispositions, chose que l'on ne fait pas d'habitude.

En ce qui concerne la deuxième source de notre connaissance de la loi des XII Tables, il ne faut pas oublier qu'à l'époque des jurisconsultes classiques, déjà plusieurs siècles se sont écoulés depuis la loi, que la législation a évolué et qu'une grande partie de la loi des XII Tables est déjà hors d'usage. Aulugelle, leur contemporain, dit: *Illa duodecim tabularum antiquitas jam consopita est*. Cette antiquité des XII Tables est déjà oubliée.

De plus, de cette littérature juridique, nous ne possédons qu'une minime partie. La loi des XII Tables a donc subi une deuxième révision, une deuxième élimination et Justinien n'en a conservé qu'une très petite partie, car, à son époque, le droit avait encore changé davantage, la procédure en particulier n'était plus du tout ce qu'était la procédure des XII Tables. Par conséquent, dans un recueil de droit vivant, comme devait être le sien, ce n'est que dans des cas très exceptionnels qu'une disposition de la loi des XII Tables a pu surnager.

Un examen des Tables confirme cette impression. En parcourant les textes de Girard, on voit que les tables sont extrêmement inégales comme contenu, il y en a qui contiennent à peine quelques lignes, et d'autres, au contraire, qui sont assez chargées. Or, même dans l'ensemble des XII Tables, nous pouvons dire qu'il n'y en a pas une qui paraisse être complète dans l'état où elle se trouve actuellement.

Nous avons une manière de comparer; immédiatement après la loi des XII Tables, Girard cite la loi osque de Bantia, dont une partie a été trouvée sur une table de bronze découverte en Lucanie, en 1790, qui nous donne le statut municipal de la ville de Bantia. La table est écrite des deux côtés, d'un côté en osque, de l'autre côté la traduction latine de la loi. Cette table unique est donnée par Girard dans ses textes après la loi des XII Tables. Un seul coup d'oeil convaincra qu'une table contenait beaucoup plus de dispositions, était beaucoup plus longue que même la plus longue de toutes les XII Tables que nous occu-

naïssons.

La conclusion, donc, c'est que nous ne connaissons qu'une partie des XII Tables, et peut-être pas la partie la plus importante.

3° - Histoire littéraire de la reconstitution des XII Tables.

C'est de cette reconstitution, quelle qu'elle soit, que nous devons nous contenter. Elle a été opérée par un travail collectif d'érudition qui est un admirable travail.

Il a commencé à la Renaissance, au début du XVI^e siècle. A cette époque, les savants découvrent de nouveau la littérature grecque et latine, enfouie dans les bibliothèques du moyen âge. La culture classique, l'humanisme reviennent en honneur, et avec l'humanisme le droit romain. Le sort du droit romain a en effet toujours été lié au sort de la culture classique. Les humanismes enrichissent les études de droit romain de toutes les ressources que peuvent procurer les oeuvres littéraires.

La reconstitution des XII Tables a donc consisté à extraire des oeuvres littéraires et juridiques tous les passages dans lesquels la loi des XII Tables était citée, soit que l'auteur donne un texte qui provient des XII Tables, soit qu'il explique seulement la disposition.

Ce travail collectif des générations a peu à peu augmenté la matière des XII Tables et actuellement on peut dire que tout ce qu'a pu nous livrer la littérature latine, et même la littérature grecque, est connu, critiqué et mis en oeuvre. Il faut toujours réserver la possibilité de découvertes nouvelles mais dans l'état présent des sources tout a été exploré.

Nous n'insisterons pas beaucoup sur l'histoire de cette reconstitution. Elle est racontée en détail dans le livre de Dirksen: *Fragments des XII Tables*, 1824, Dirksen donne notamment (p.23 à 95), une notice de chacun des ouvrages et des auteurs dont la collaboration dans le temps a abouti au texte moderne. En 1824, il comptait 65 éditions de ces textes, depuis les premières qui ont été faites, l'une par un jurisconsulte de Naples, Alexander ab Alexandro, et l'autre par Aymar Du Rivail, jurisconsulte dauphinois, nés tous deux vers le milieu du XV^eme siècle.

Le premier recueil de textes se trouve dans l'oeuvre de Du Rivail, intitulé : *Civillis historiae juris sive in duodecim tabulis legum commentaria* quinque, paru en 1515, à Valence, ou en 1523 à Mayence

(l'existence de la première édition, indiquée par certains auteurs, paraît incertaine).

J. Godefroy.

La première édition véritablement scientifique a été faite par Jacques Godefroy : *Fragmenta duodecim tabularum suis nunc primus tabulis restituta* (1616) : *Fragments des XII Tables, restitués actuellement pour la première fois d'après leurs tables*. C'est en effet Godefroy qui, le premier, eut l'idée de mettre un peu d'ordre dans les citations, en se servant des commentaires de Gaius sur la loi des XII Tables. Jusqu'alors les extraits étaient donnés en désordre par les auteurs, un peu au hasard de la découverte. Il eut l'idée de suivre l'ordre de Gaius et c'est cette méthode perfectionnée et mise au point de la critique qui fit naître l'édition de Schoell : *Legis duodecim tabularum reliquiae* (1868). Dans cet ouvrage est fait l'examen critique de toutes les sources et la reconstitution systématique du livre légal. Le texte original, ou cru tel est séparé du commentaire et il est donné en lettres capitales.

Schoell.

Toutes les autres éditions dérivent de celle-là. Si vous jetez un coup d'œil dans les éditions, vous verrez que la division générale se fait en douze tables et dans chaque table il y a un certain nombre de paragraphes. A propos de chacun de ces paragraphes, des notes indiquent les auteurs d'où sont tirés les extraits.

Voilà le matériel sur lequel nous devons travailler.

4°- Le nom de la loi des XII Tables.

Les différentes dénominations de la loi dans les sources dérivant de la façon dont elle se présentait.

Nous allons étudier rapidement, pour terminer ce chapitre, le caractère et la signification du nom de la loi. Les sources littéraires et juridiques latines ont l'habitude de désigner la législation sous les noms suivants :

1°- *Duodecim tabulae* : Les XII Tables ;

2°- *Lex duodecim tabularum* ; la loi des XII Tables

3°- Moins souvent : *Leges Duodecim tabularum* : les lois des XII Tables.

4°- Parfois encore les sources parlent de *lex* ou de *leges*, sans qualificatifs, la loi des XII Tables est en effet pour eux la loi par excellence.

D'où viennent ces appellations ? Elles viennent évidemment de ce que la loi, dans sa teneur primitive était gravée sur douze tables, mais rien ne nous permet d'affirmer que ce soit une appellation officielle, celle qui aurait été donnée par les décemvirs au moment où ils ont fait la loi. On ne peut même pas dire si c'est une appellation primitive, qui remonte à l'époque de sa confection, car aucune des sources ne le

pendant au caractère anormal de celle-ci parmi les autres lois.
Preuve d'authenticité de la loi.

dit et nous connaissons ces noms par des auteurs postérieurs de plusieurs siècles à l'époque où la loi a été créée. C'est un nom d'usage, dont nous ne pouvons dire quelle est l'origine. Ce titre est un exemple unique dans les lois romaines. D'habitude, en effet, les lois sont désignées par le nom de leur promoteur, le nom de celui qui les a fait voter, par exemple la loi est désignée par le nom des deux consuls, si c'est une loi votée par les comices du peuple, par exemple Lex Valeria Horatia, qui a établi la garantie constitutionnelle des citoyens romains, le droit de provocation, c'est-à-dire le droit d'en appeler au peuple de la sentence du magistrat. Ou bien la loi porte le nom de tribun, si c'est un plébiscite, c'est-à-dire une loi votée par l'assemblée de la plèbe, par exemple Lex Iulia, ou Lex Canuleia. Quelques auteurs, dont Lambert, de Lyon ont invoqué le caractère exceptionnel de cette appellation comme preuve d'inauthenticité de la loi. Cet argument me paraît donné à tort, car si la loi avait été un faux moderne, le faussaire se serait spécialement gardé d'attirer l'attention sur la singularité de cette loi en lui donnant un nom exceptionnel et en dehors de toutes règles. Il n'aurait pas été embarrassé de la nommer du nom d'un des décevirs supposé auteur de cette loi, car plus tard, comme nous le verrons, toute la responsabilité des événements de ces années, les historiens l'ont fait porter sur Appius Claudius. Quelle soit ainsi qualifiée de façon anormale, c'est à mon sens une preuve de plus de son authenticité.

Cette appellation anormale correspond d'ailleurs au caractère anormal de la loi elle-même. Elle est seule de son espèce parmi les vieilles lois romaines.

Dans son article de la Realencyclopædie de Pauly Wissowa, Berger classe les nombreuses citations dans lesquelles les auteurs nomment la loi. De ce classement il résulte que le terme duodecim tabulae est employé par les historiens, Denys d'Halicarnasse, Tite-Live, par les grammairiens et les auteurs littéraires : Varron, Cicéron, Sénèque, Plinius, etc.. Cette appellation paraît relativement la plus ancienne. Au contraire, les juriconsultes classiques se servent davantage du terme : Lex duodecim tabularum. C'est eux encore qui emploient plus rarement au pluriel l'expression Leges duodecim tabularum. Lorsqu'il s'agit d'opposer la disposition des XII Tables à d'autres dispositions d'une autre origine, ils disent souvent : la lex, ou les leges, ou encore la lex antiqua.

Les dispositions particulières de la loi sont encore appelées lex ou leges. Par exemple Cicéron, De Republica, 2,5: Indiquant Duodecim tabulae compluribus legibus : Les XII Tables montrent dans beaucoup de lois

Ou encore Festus : Secunda tabula, secunda lege.... Dans la seconde table, à la seconde loi....
Et comme nous le faisons nous-mêmes, les auteurs latins parlant encore quelquefois de la Lex decemviris, ou des leges decemvirales.

Chapitre II

HISTOIRE TRADITIONNELLE DES XII TABLES.

Historiens
rapportant
l'histoire
des XII Tables.

Plusieurs historiens de l'histoire romaine nous donnent le récit des événements qui accompagnent la législation des XII Tables. Voici ces auteurs : Cicéron : De Republica, 2,36,37. Puis ce sont les historiens de l'époque d'Auguste, les historiens grecs Diodore de Sicile (12,23,26), Denys d'Halicarnasse (10,1,60); un historien romain, Tite-Live (3,9,57). Nous trouvons encore un jurisconsulte du II^e siècle : Pomponius (D.I,2;2,5,24) et enfin un historien byzantin du XII^e siècle ap. J.C. : Zonaras (7,18).

L'époque à laquelle ont écrit ces historiens importe peu. Ce qui est beaucoup plus important, c'est de se rendre compte des sources dont ils se sont servis. Une étude très approfondie et très critique de ces historiens a été faite par Taubler, Untersuchungen zur Geschichte des Decemvirats und der Zwölf-Tafeln (Berlin, 1928).

Etude de
Taubler sur
les textes.
Nécessité de
tenir compte
de leurs di-
vergences et
de les expli-
quer.

L'étude de Taubler nous fournit un bon exemple d'un emploi délicat de la méthode historique. Cette étude a, comme toutes les études historiques, pour base l'examen attentif et minutieux de tous ces textes d'historiens racontant à leur façon l'histoire des XII Tables. C'est la base indispensable de toute étude historique : il faut commencer par faire l'étude du texte, le relevé des différents détails de l'histoire dans chaque auteur. Ce relevé permet de noter :

1^o - que certains historiens ont des détails qui ne figurent pas dans les autres;

2^o - Que chacun des détails de l'histoire n'est pas raconté de la même façon par les historiens. Non seulement il y a des variantes, mais il y a même des contradictions.

Une mauvaise méthode, longtemps suivie, consisterait à amalgamer sans critique tous les récits des historiens, à en faire un récit continu, sans tenir compte des divergences ou des contradictions, ou en essayant de les concilier plus ou moins vraisemblablement. Cette méthode a été celle qui a été longtemps employée par les historiens.

La bonne méthode, au contraire, consiste à tenir le plus grand compte de ces divergences et, tout en les constatant, à essayer de les éclaircir et de les expliquer.

Hypothèses
explicatives
proposées
par Taubler

C'est ici qu'intervient l'hypothèse explicative, nécessaire dans tout travail historique pour essayer de relier les faits entre eux. Voici les hypothèses, appuyées d'ailleurs sur des vraisemblances et sur des constatations générales, que Taubler prend comme point de départ de son étude.

I-Fonds his-
torique four-
ni par les
Annales en-
touré par les
historiens de
légendes
explicatives
de dates dif-
férentes.

1°- Il admet qu'il y a un certain fond historique dans l'histoire des XII Tables et que ce fond historique, les historiens latins n'ont pu le trouver que dans les Annales. Vous vous rappelez ce que j'ai dit au début sur ces Annales maximæ, dressés tous les ans par le Pontifex maximus, dans lesquels il notait les consuls de l'année, suivis d'un petit résumé très sec des principaux événements de l'année.

Voilà le fond sur lequel a travaillé l'imagination des historiens. Ce fond historique, en effet, trop sec, trop dénué de vie pour pouvoir être repris tel quel par les historiens dans une histoire littéraire, a été développé et retravaillé plus ou moins librement par les historiens des différentes époques, et, comme toujours, dans ces historiens on peut retrouver la trace de préoccupations qui sont de leur temps, et non pas du temps qu'ils racontent.

Si nous revenons au texte avec ces clefs, nous pouvons voir comment, autour du noeud historique très réduit fourni par les Annales des Pontifes, des légendes explicatives ont été formées à diverses époques, sous l'empire des préoccupations sociales du moment. Par suite de cette formation légendaire, il y a des détails de cette histoire qui sont variables suivant les auteurs.

Nous ne pouvons pas exposer dans le détail cette démonstration de Taubler. Nous pouvons seulement en dire les résultats. Nous ne pourrions naturellement pas indiquer toutes les nuances, toutes les atténuations et les travaux d'approche qui doivent donner à ces hypothèses leur caractère de crédibilité et leur valeur scientifique.

Les 3 étapes
d'historiens
qui ont tra-
vaillé sur le
fond histo-
rique.

Taubler distingue entre les historiens et cherche à déterminer ceux qui sont le plus près de la tradition primitive. Ces historiens sont pour lui Diodore de Sicile et Cicéron. Puis, dans une étape intermédiaire, remontant à l'époque des Gracques, il trouve les sources de Zonaras et de Pomponius. Enfin le dernier état de la tradition, après le travail de légende des historiens des Gracques, se trouvait dans les Histoires de Tite-Live et de Denys-d'Halicarnasse.

1°- Diodore de Sicile et Cicéron.-Le récit de

Le récit de
Diodore de
Sicile.

Diodore de Sicile est tout à fait court et clair. Voici ce qu'il dit essentiellement : En l'année où Praxitèle était archonte d'Athènes (ce qui donne l'année 303-451), les Romains nommèrent des décemvirs chargés de la rédaction de lois. Suit une liste de noms qui sont pour lui les noms des décemvirs. L'année suivante, les Romains nommèrent de nouveau des décemvirs pour faire rédiger les lois. Suit une deuxième liste. Ceux-ci ne purent achever la rédaction des lois. L'un d'eux épris d'une jeune fille d'origine patricienne, mais pauvre, essaya d'abord de la séduire par des offres d'argent. N'ayant pas réussi, il envoya un sycophante avec la mission de l'emmener comme esclave. Le sycophante, prétendant qu'elle lui appartenait, la conduisit devant le magistrat et la réclama comme son esclave. Le magistrat accueillit sa réclamation et la remit au sycophante qui allait l'emmener, lorsque le père de la jeune fille, présent et désespéré, car personne ne voulait l'aider à reprendre sa fille, passant par hasard devant la boutique d'un boucher, saisit un couteau sur l'étal et en frappa mortellement sa fille, pour lui éviter le deshonneur.

Sortant de la ville, il se rendit en toute hâte auprès de l'armée, campée près de la ville d'Algide. L'armée tout entière se met en route, rentre à Rome de nuit, et va camper sur le Mont Aventin. Le lendemain, les décemvirs, venant au secours de leur collègue, soulèvent la foule de leurs amis. Au moment où on allait se battre, les citoyens les plus estimés s'entremettent. La concorde est rétablie. On stipule qu'il sera nommé dix tribuns du peuple, investis d'un pouvoir supérieur à ceux des magistrats de la cité et gardiens de la liberté des citoyens, et qu'il sera nommé deux consuls, l'un plébéen, l'autre patricien.

L'année suivante, les consuls terminèrent la rédaction des lois interrompue par la sédition. Les décemvirs avaient rédigé dix des lois que l'on appela par la suite les XII Tables, car deux autres tables furent ajoutées par les consuls. Le code achevé, les consuls le firent graver sur douze tables d'airain qui furent clouées au rostre placé à l'entrée du Sénat.

La partie la plus ancienne de ce récit, c'est d'abord les deux courtes phrases sur la législation en 303-451 et 304-450. Puis, peut-être moins ancien, mais encore primitif, la relation du coup de force et de la sécession. Ce qui est caractéristique de l'ancienneté de ce récit, c'est le caractère anonyme du récit. On ne nomme ni le décemvir auteur de l'acte arbitraire, ni le magistrat qui adjuge la jeune fille, ni la jeune fille elle-même, ni son père, et enfin la jeune fille est qualifiée de patricienne.

De tous ces récits la partie la plus ancienne, c'est assurément les sèches notations sur les décevirs et sur la loi, les premiers décevirs qui achevèrent l'année et leur législation, les seconds qui furent interrompus et ne purent achever la rédaction des lois. Ce sont ces indications matérielles qui doivent provenir des listes de magistrats annuelles dressées par les Pontifes, accompagnées de la courte notice qui relate les événements de l'année. L'histoire de l'abus de pouvoir, de la sécession et de l'accord qui suivit, quoique ayant des caractères très anciens, ne sont pas de même nature que ces premiers renseignements. Ce sont déjà des récits explicatifs. Ils ne purent achever les lois. Pourquoi ? Parce qu'ils furent interrompus par le coup de force de l'un d'eux et par la sécession qui suivit.

Le récit de
Cicéron-
Addition de
certains dé-
tails expli-
catifs.

Le récit de Cicéron n'est pas essentiellement différent de celui de Diodore. Les modifications que l'on y trouve sont surtout des modifications explicatives. On sent déjà, dans les sources de Cicéron le souci d'expliquer certains détails. La nomenclature des Annales des Pontifes se transforme en un récit historique, coordonné.

Il veut d'abord expliquer le caractère constitutionnel des décevirs et ses sources cherchent à montrer la régularité de leur titre. Il cherche à montrer qu'il n'y a pas eu une révolution, mais une transmission régulière de pouvoirs. Les tribuns et les consuls de l'année précédente abdiquent leurs pouvoirs et on crée des décevirs, en leur donnant la potestas la plus élevée, et on suspend, pour qu'ils puissent rédiger les lois en toute liberté, le droit de provocation, ce droit que chaque citoyen avait d'appeler au peuple contre l'arbitraire du magistrat. Ils sont alors chargés de gouverner la République et de rédiger les lois, et Cicéron nous dit qu'ils rédigèrent les dix premières tables avec une sagesse et une équité merveilleuses.

Diodore de Sicile ne fournit aucune explication sur la façon dont les décevirs se sont acquittés de leur tâche.

Puis, continue Cicéron, à la fin de l'année, ils se donnent dix successeurs, qui n'eurent pas la même réputation d'honneur et de justice. Ceux-ci voulurent même conserver le pouvoir dans la troisième année. Ils avaient ajouté deux tables de lois iniques parmi lesquelles celle qui défend le mariage entre les plébéiens et les patriciens. Ils se montrèrent cruels et débauchés, et tout le monde connaît, dit Cicéron, l'histoire de Virginus qui tua sa fille de sa propre main pour la soustraire à la passion infame d'un des

décemvirs.

Ce Virginus se réfugia désespéré auprès de l'armée, campée sur le Mont Algidé et les légions vinrent occuper d'abord le Mont Sacré, puis ensuite le Mont Aventin, comme la multitude l'avait fait dans une occasion semblable.

Nous n'avons pas la fin du récit de Cicéron, le manuscrit de De Republica est ici interrompu.

Les faits sont à peu près racontés de la même façon que chez Diodore, ils nous sont racontés en tous cas d'une façon beaucoup moins différente que dans les autres récits. Mais chez Diodore de Sicile il n'y a encore aucune appréciation sur la loi et sur les législateurs. Il n'y a aucune explication; le décemvir qui commet l'abus de pouvoir est encore anonyme dans les sources de Cicéron, tandis que le nom du père est déjà donné : il s'appelle Virginus.

Dans les explications de Cicéron; on voit poindre la préoccupation de légitimer les pouvoirs des décemvirs, de différencier et de juger l'oeuvre des premiers et des seconds, toutes préoccupations qui ne remontent pas plus haut que l'époque des Gracques. La source de Cicéron, c'est l'histoire de Polybe, que nous ne connaissons plus.

En définitive, Diodore de Sicile et Cicéron, d'après Taubler, nous donnent une rédaction qui remonte aux Annales elles-mêmes des Pontifes et qui s'est transmise et modifiée à travers l'histoire de Fabius Pictor et de Polybe, qui sont les sources de Diodore de Sicile et de Cicéron. C'est la plus ancienne des traditions.

2°- Zonaras et Pomponius.

La deuxième série des historiens, représentant une tradition moins ancienne, c'est Zonaras et Pomponius, ils représentent la tradition qui marque le passage entre la plus ancienne, celle de Diodore de Sicile et de Cicéron, et la plus nouvelle, que nous trouverons dans Tite-Live et dans Denys d'Halicarnasse.

Le récit s'amplifie, les détails augmentent, et en particulier le récit précise, les récits anonymes deviennent personnels. Sous l'influence des annalistes grecs du droit public de l'époque des Gracques, on voit des explications qui sont destinées à rendre légitime la situation des décemvirs. Dans les sources de Cicéron déjà nous voyons ces préoccupations les tribuns et les consuls, dit Cicéron, ont abdiqué en faveur des décemvirs.

Zonaras, lui, dit qu'à côté des deux consuls qui sont nommés cette année comme les autres, avec une puissance extraordinaire, on va ajouter huit hommes : huit autres, et tous les dix ont la même puis-

sance et ils exercent à tour de rôle leur emploi.

Le modèle de cette construction a été fourni par la commission de dix sénateurs, decemviri, qui sont placés, justement à cette époque des Gracques, à côté du général d'armée, avec une compétence extraordinaire pour organiser les pays qui sont conquis. Par cette construction, la suite des consuls n'est pas interrompue.

Tite-Live et Denys d'Halicarnasse n'ont plus cette préoccupation de légitimer, au point de vue du droit public, la situation des decemvirs; ils parlent purement et simplement de la nomination des decemvirs, qui sont nommés legibus scribundis, pour écrire la loi, et avec des pouvoirs extraordinaires. Le caractère révolutionnaire de cette nouvelle institution apparaît très clairement.

De même, au point de vue de l'exercice du pouvoir des decemvirs, Zonaras trouve une explication que l'on va retrouver chez les nouveaux auteurs; ils exercent à tour de rôle, chacun un jour, le pouvoir, et l'exercice du pouvoir est symbolisé pour chacun des decemvirs parce que c'est celui qui exerce le pouvoir qui a les douze licteurs, avec leurs faisceaux.

Puis, après avoir recueilli l'assentiment du peuple pour les lois qu'ils ont préparées, les decemvirs promulguent ces dites lois, et ils les inscrivent sur des tables qui sont affichées au Forum.

Après l'année de charge, de nouveau des decemvirs sont élus. Ici, c'est l'histoire traditionnelle qui revient toujours: les deux années de decemvirat. Mais Zonaras ne dit pas plus que Cicéron pourquoi les decemvirs ont été prolongés.

Dès le début de cette année, Zonaras insiste davantage que Cicéron et que les auteurs de la première tradition sur le caractère arbitraire du pouvoir des decemvirs. Ils exercent leur magistrature tous ensemble, sans établir de roulement, et chacun a douze licteurs. En toute occasion, ils blessent le peuple par leur orgueil. Ils publient deux tables sans l'assentiment du peuple, sans les présenter à l'assemblée des comices. Il n'y a que Cicéron qui mette la publication des lois dans la troisième année, les autres nous parlent de cette publication dans les deux années.

Par contre l'histoire de Virginie, qui est la troisième des histoires que l'on trouve continuellement, est placée par Zonaras dans la troisième année; tandis que Diodore de Sicile la laissait dans la seconde.

L'histoire de Virginie doublet historique de celle de Lucrèce.

Dans cette histoire de Virginie on trouve, dès la première tradition, la première des explications qui ont été ajoutées au fait historique tout sec des deux années des décemvirs. Elle a été ajoutée pour expliquer pourquoi ils n'ont pas fini leur année de charge : c'est ce qui a interrompu leur année. Déjà par conséquent, la tradition la plus ancienne relate un attentat contre une jeune fille qui, d'après, cette tradition ancienne, est une patricienne. Cette histoire porte toutes les traces de ce que l'on appelle un doublet historique, c'est une invention des historiens, modelée sur une histoire d'une autre époque, que l'on renouvelle. Dans l'histoire romaine de ces premiers temps, il y a continuellement de ces doublets historiques. Cette histoire a été faite sur le modèle de celle qui explique la chute des rois, l'histoire du viol de Lucrèce : Tarquin l'Ancien a exaspéré le peuple romain parce qu'un jour que l'armée et le mari de Lucrèce avec l'armée, étaient occupés contre les ennemis de Rome, Tarquin revient à Rome viole Lucrèce. Lucrèce dit à son mari son deshonneur, et se tue, le peuple romain est soulevé, il se retire sur l'Aventin, et à la suite de troubles intérieurs Tarquin finit par s'exiler.

Cette première histoire paraît être le modèle de la seconde, parce qu'elle porte dès le début les traces d'une histoire inventée directement, avec tous les noms des acteurs. Tandis qu'au contraire, dans la seconde, dans l'histoire de Virginie, elle porte à ses débuts le caractère d'un doublet historique, en ce qu'elle est entièrement anonyme. On ne nomme pas dans la première version : c'est un des décemvirs, c'est une jeune fille patricienne mais pauvre, c'est son père qui la tue.

Dans l'histoire de Zonaras, l'individualisation commence à se faire.

Individualisation de l'histoire de Virginie, son rapport avec la lutte entre patriciens et plébéiens et avec le procès de liberté.

Dans Diodore de Sicile, c'est un sycophante qui est envoyé à la jeune fille pour lui proposer de l'argent et ensuite pour l'enlever, et comme le père ne trouve personne pour les défendre, lui et sa fille, comme personne n'ose résister au sycophante, il tue sa fille. C'est ici un enlèvement brutal, purement et simplement.

Dans Zonaras, le décemvir envoie plusieurs sycophantes. Ceci est une explication du premier état de la légende. On s'étonne qu'un seul sycophante ait suffi pour enlever cette jeune fille, que le père n'ait pas osé résister.

Mais l'histoire prend un tout autre développement : le père et la jeune fille ont des noms ; c'est Virginus et c'est Virginia. Il y a un fiancé : Icilius, ce sont

des plébéiens, et voilà maintenant la chose principale; l'histoire de Virginia entre dans le cycle de l'histoire de la lutte entre plébéiens et patriciens. Avant de tuer sa fille, Virginus va devant le tribunal des décevirs et il y joue le rôle de vindex libertatis. Voilà encore une nouveauté : l'histoire de Virginia est devenue à cette époque, un exemple des procès de liberté, tels que les décrit la procédure romaine, qui a précisément été réglée par la loi des XII Tables.

Le récit de Pomponius son caractère de conciliation sur les leges regiae et la tradition faisant de la loi des XII T. la première loi votée par les comices.

Pomponius écrit à l'époque de Trajan et d'Hadrien au II^e siècle ap. J.C. Il écrit une introduction à l'histoire du droit. Une histoire des sources, le liber singularis enchiridii. C'est un manuel en un livre. Il est successivement question dans ce livre de l'origine et du développement du droit, des magistrats des jurisconsultes. C'est à cause de cette séparation de son œuvre que Pomponius donne séparément l'historique des XII Tables, qu'il met à leur place, parmi les lois, et l'histoire des décevirs qu'il place avec les magistrats. Il met l'histoire des XII Tables après celle des Leges Regiae : I, I, 2, 4, l'histoire des décevirs est dans le § 24.

Son œuvre n'est pas un récit historique, c'est un exposé de droit. Par conséquent, il coupe assez librement dans ses sources et il intercale des développements juridiques. Dans l'ensemble il représente la même tradition que Zonaras, mais il est plus près des sources anciennes et de Cicéron. Ce qui lui est particulier, c'est qu'il va chercher à concilier deux traditions contradictoires sur la législation des Romains.

Il y a une première tradition qu'il relate, c'est celle d'après laquelle les leges Regiae, les lois de l'époque royale, sont de véritables lois votées par les comices. Les historiens modernes ont en général accepté actuellement cette idée que ces Leges Regiae, ne sont pas de véritables lois, qu'il n'y a pas eu de lois romaines d'une certaine étendue sur le droit privé avant la loi des XII Tables. Ce recueil qu'on appelle le recueil des Leges Regiae, d'où sont sortis ces extraits (qui figurent en tête des Textes du Droit Romain de Girard) sont considérés actuellement par tous les auteurs comme une œuvre de la fin de la République, qui a été probablement faite avec un fond historique, tiré des documents des pontifes.

A côté de cette tradition qu'il y avait des Leges Regiae, il y en a une autre, beaucoup plus répandue que Pomponius relate aussi, et qui voit dans la loi des XII Tables la première loi votée sur le droit civil. Auparavant les Romains vivaient sous l'empire du

droit coutumier, droit non écrit.

Pour concilier les deux traditions, Pomponius dit au début du § 4, qu'à la chute des rois une loi tribunitienne a aboli toute la législation royale et de nouveau le peuple romain a vécu sous l'empire de la coutume, sous l'empire d'un droit peu certain, plutôt que sous l'empire d'une loi formelle, et cette situation a duré plus de vingt années, depuis la chute des rois jusqu'aux XII Tables.

Pour mettre fin à cet état de choses, on nomma des décevirs, qui furent envoyés en Grèce, -eux-mêmes dit Pomponius pour rechercher les lois des cités grecques. Ils écrivirent les lois et de nouveau le fondement de la cité fut la loi. Ils les écrivirent sur des tables d'ivoire, tabulas eboras, qui furent affichées au Forum. (Les auteurs ont corrigé souvent en tabulas roboreas, tables de bois, mais c'est une correction arbitraire.)

On voit le fondement qui est donné à l'histoire des XII Tables par Pomponius. Pour lui la cause de la législation fut de supprimer l'incertitude du droit coutumier, d'écrire les lois de manière que les citoyens aient la connaissance exacte des lois qui les régissaient et que les magistrats chargés de les appliquer soient, eux aussi, tenus à obéir aux lois.

C'est un fondement raisonnable. L'idée qui dominait au moment de la Révolution française, c'est que la liberté pour un citoyen consiste à avoir un droit écrit, un droit clair et rigoureux, qui s'impose aussi bien aux magistrats qu'à ceux qui sont leurs justiciables. La liberté pour les révolutionnaires, c'est l'obéissance aux lois et non pas aux ordres des magistrats.

Pendant cette année de charge, dit Pomponius, on donna aux décevirs le droit le plus étendu, et on suspendit la garantie constitutionnelle des citoyens qui était le droit de provocation. Les décevirs, à la fin de l'année s'aperçurent eux-mêmes, dit Pomponius, qu'il manquait quelque chose à ces premières lois, et l'année suivante ils ajoutèrent deux autres tables aux dix premières.

Les décevirs, apparition du nom d'Appius Claudius.

Le § 23 parle maintenant des décevirs et il dit : Lorsqu'on se décida à faire les lois, le peuple ordonna que tous les magistrats abdiqueraient. On créa des décevirs pour une année. Mais, après ce temps ils cherchèrent à prolonger leur juridiction. Ils maltraitèrent le peuple, ils ne voulaient point céder la place aux autres magistrats, afin de s'emparer pour toujours, pour eux et pour leurs héritiers, de la République. Leur pouvoir était à ce point tyrannique que l'armée se sépara du reste du peuple.

On dit que le commencement de la sédition vint d'un certain Virginus. Appius Claudius, l'un des décemvirs (-on le nomme maintenant) épris d'amour pour la fille de Virginus, suscita un homme qui la revendiqua comme esclave devant lui et contre le droit qu'il avait établi lui-même dans la loi des XII Tables, il l'adjuja à cet homme comme esclave.

Virginus, indigné de voir qu'on s'écartait du droit ancien et pensant que l'honneur de sa fille était préférable à sa vie, saisit un couteau à l'étal d'un boucher et en tua sa fille, et tout couvert de sang il se réfugia auprès de ses collègues soldats. Les soldats quittèrent leurs chefs, se retirèrent du Mont Algidus sur le mont Aventin. Toute la plèbe qui était restée dans la ville se joignit à l'armée sur le mont Aventin. Mais ajoute-t-il purement et simplement, quelques auteurs de la sédition étant mis à mort, tout rentra dans l'ordre.

Ce récit, par certains côtés, se rattache à celui de Zonaras. Comme Zonaras, il introduit l'histoire de l'ambassadeur en Grèce, mais lui, y envoie tous les décemvirs, ce qui est évidemment peu vraisemblable. Zonaras ne parle que de trois délégués.

Ce qui place son histoire sur le même terrain que celle de Zonaras, c'est le changement dans l'histoire de Virginus. Ce n'est plus, comme dans Cicéron et dans Diodore de Sicile, un coup de force contre une jeune fille quelconque, même une jeune fille patricienne, un rapt perpétré par un sycophante. Il supprime complètement le sycophante, la première partie de l'histoire, le rapt est abandonné. On fait maintenant entrer cette histoire dans les luttes des plébéiens et des patriciens. Virginus est un plébéien.

Ce récit de Pomponius est plus près de celui de Cicéron que de celui de Zonaras, en ce sens qu'il donne encore des explications de droit public pour régulariser la situation des décemvirs : les autres magistrats abdiquèrent, on enlève aux citoyens le droit de provocation. Tandis que dans Zonaras aux deux consuls on ajoute huit hommes et ce sont les décemvirs.

Comme Cicéron, Pomponius ne nomme que Virginus, ni le nom de la jeune fille, ni le nom du fiancé, qui sont donnés par Zonaras.

Une des grandes difficultés de ce récit, c'est qu'il dit seulement que les décemvirs s'aperçoivent au bout de l'année qu'ils n'ont pas fini la législation, ils se prolongent eux-mêmes pour finir : ce sont les mêmes.

Le but de la Loi
des XII Tables
d'après Pomponius

Chez Pomponius, le caractère de conflit entre patriciens et plébéiens de la loi des XII Tables commence à peine à apparaître. L'histoire de Virginus est

plutôt une histoire de procès de liberté. La cause de la loi, pour Pomponius, c'est de sortir des incertitudes du droit coutumier.

Voilà la tradition intermédiaire, qui commence seulement à faire entrer plébéiens et patriciens dans cette histoire.

Nous arrivons alors à la dernière des traditions.

La tradition classique.
Denys d'Halicarnasse et Tite-Live.

3ème tradition classique, celle des historiens de l'époque d'Auguste, celle de Denys d'Halicarnasse et de Tite-Live.

Avec les premiers historiens, même ceux de l'époque des Gracques, l'histoire des XII Tables garde un caractère de grande sécheresse. C'est un résumé squelettique qui a conservé encore un peu de la physiologie que cette histoire avait dans les Annales maximi. Les explications que l'on y ajoute ont encore, sauf dans Zonaras, ce caractère anonyme qui révèle le manque d'imagination des historiens romains.

La loi des XII T. épisode des luttes sociales à Rome.

Avec Tite-Live et Denys d'Halicarnasse, qui retravaillent sous Auguste la matière historique qui leur a été livrée par leurs devanciers, tout change. L'histoire des XII Tables devient un drame, les événements s'enrichissent de détails nombreux, précis, ils perdent leur sécheresse schématique et ils perdent l'impersonnalité de l'anonymat, les acteurs sont nommés, chacun de ces acteurs a son caractère, et surtout c'est la transformation primordiale, l'événement des XII Tables va prendre sa place dans les luttes sociales des Romains.

Ces luttes sociales qui effectivement et réellement se sont déroulées dans les derniers siècles de la République, entre les Gracques et Sylla, ce sont ces événements qui ont été projetés par les historiens dans les premiers siècles de la République, parce que, évidemment, la matière historique si réduite que fournissent les Annales maximi est vraiment trop sèche pour faire une histoire. Il a fallu l'enrichir et l'étoffier. La loi des XII Tables prend sa place dans la lutte des patriciens et des plébéiens et elle en devient un épisode. C'est pour expliquer cette histoire que l'on va parler des patriciens et des plébéiens.

Aussi bien dans Denys d'Halicarnasse que dans Tite-Live, le récit des événements de 305/451, de l'année des XII Tables, est précédé du récit des longues luttes des plébéiens et des patriciens, les plébéiens luttant pour obtenir l'égalité civile. Les plébéiens qui augmentent en nombre à Rome, et en importance, sont citoyens depuis que les réformes des centuries, attribuées à Servius Tullius les ont assujettis au service militaire et à l'impôt. En compensa-

tion on leur donne le droit de voter, par conséquent on en fait des citoyens. Mais toutes les charges, par conséquent toute l'influence (les magistratures et la justice) sont réservées aux seuls patriciens.

En 261/491, à la suite de la première sécession sur le Mont Sacré, qui a été provoquée par la rigueur des condamnations prononcées par les juges patriciens contre les débiteurs, les plébéiens ont fait mine de quitter la communauté de Rome et de fonder une autre cité. Quelquefois on les fait se retirer sur le mont Aventin : c'est une des collines proches de Rome que les plébéiens ont particulièrement habitée. Autrefois sur le Mont Sacré dans le cours de l'histoire de Rome on répète cette sécession plusieurs fois.

A la suite de cette sécession, on leur donne des tribuns, quatre d'abord, puis ensuite dix, et les tribuns, ce sont les chefs de la plèbe, ce sont eux qui la protègent contre les magistrats patriciens, c'est une magistrature essentiellement révolutionnaire et qui le reste longtemps.

Le Tribun n'a aucun droit d'administration, mais il a le droit d'arrêter toute l'administration par son veto contre tout acte d'un magistrat patricien. Il empêche la vie de la cité de suivre son cours.

Dans les années qui précèdent l'année 303, il y a des troubles constants dans la cité, disent les historiens, par suite de la proposition d'une loi faite continuellement par les tribuns, en particulier Terentilius Arsa, loi tendant à limiter l'autorité des consuls. Les consuls résistent naturellement et les luttes intérieures sont entremêlées de luttes avec les voisins, les Eques, les Volsques et les Sabins. Les deux partis, dans la ville, profitent alternativement de ces guerres. Pour arrêter les propositions des tribuns, les consuls, lorsque le péril extérieur menace, lèvent l'armée et détournent les citoyens de l'idée de continuer leurs luttes intérieures, mais les tribuns profitent aussi de ce que les consuls sont obligés de lever l'armée pour obtenir d'eux des concessions en les menaçant de leur droit de veto.

La nomination des Xvirs en vue de rédiger des lois qui établissent l'égalité entre plébéiens et patriciens.

Après quelques années troublées, en face du péril extérieur et intérieur, les patriciens finissent par accepter une transaction, d'après laquelle on nommera des décenvirs chargés de rédiger des lois qui doivent établir l'égalité civile (*aequatio juris*) entre les patriciens et les plébéiens, et qui supprimeront les privilèges des patriciens et le caractère arbitraire de l'autorité des magistrats. Ceux-ci doivent suivre les règles établies par la loi et eux aussi obéir à la loi.

trois députés d'aller à Athènes, dit Tite-Live, pour s'enquérir des lois de Solon et les rapporter à Rome. Pomponius, lui, ne parle que des cités grecques, ce qui peut s'entendre, disent les historiens, des villes de la Grande Grèce, c'est-à-dire de l'Italie.

Caractère
révolution-
naire de la
nomination
des Xvirs.

La tradition nouvelle ne s'inquiète plus de justifier, au point de vue constitutionnel, les décemvirs. Au contraire, Tite-Live parle de leur nomination comme d'un événement révolutionnaire, un événement analogue au changement qui s'est produit à la chute des rois et au moment où on a établi les consuls.

Appius Claudius et Titus Genutius étaient les deux personnages désignés pour être consuls dans cette année-là, avant la trêve conclue entre les patriciens et les plébéiens. Pour leur donner une compensation, on les choisit parmi les décemvirs et ils y tiennent la première place.

Les décemvirs ont le droit de réunir le Sénat et de réunir le peuple et chacun rend la justice à son tour. D'après Zonaras, les décemvirs occupaient chacun à leur tour le pouvoir et avaient droit aux douze licteurs. Pour Tite-Live, chaque jour chacun des décemvirs change, par conséquent, au bout de dix jours ils ont chacun rendu la justice et on recommence. Denys d'Halicarnasse dit que c'est périodiquement que se fait le changement.

La première année se passe d'une façon admirable. Tous les décemvirs, et en particulier Appius Claudius sont les amis du peuple, ils ne font que des choses équitables et le plus équitable de tous dans la justice, le plus ami du peuple, c'est encore Appius Claudius. Ils préparent les lois avec l'équité la plus complète et au milieu de l'admiration universelle de tout le peuple. Ils suivent rigoureusement les règles constitutionnelles. Ils consultent le peuple et suivent son avis en ce qui concerne les lois à faire.

Après avoir préparé les lois, ils les écrivent sur des tables. D'après Denys d'Halicarnasse, on les présente d'abord au Sénat pour qu'il les accepte, puis on les affiche sur le Forum pour que le peuple puisse en prendre connaissance, et c'est seulement après qu'en les fait voter par les comices et graver sur des tables de bronze.

Tite-Live ne parle pas du Sénat et la promulgation définitive n'est faite que dans la troisième année par les consuls.

Le person-
nage d'Appius
Claudius.
Transforma-

La nouveauté de la tradition représentée par ces deux historiens, c'est le personnage d'Appius Claudius. Cicéron et Zonaras avaient indiqué le changement qui s'était produit dans l'état d'esprit des

tion dans l'at-
titude des
décemvirs.

décemvirs entre la première et la seconde année. La première année ils sont équitables et populaires, la seconde année ce sont des tyrans odieux, mais c'était les décemvirs en général.

Dans Tite-Live et dans Denys d'Halicarnasse, cette opposition est renforcée, et elle est personnifiée dans Appius Claudius. Elle est même personnifiée avec le moins de vraisemblance possible : pendant la première année Appius Claudius est celui des décemvirs qui a la conduite la plus démocratique, qui propose les lois les plus populaires, qui juge avec le plus d'équité et qui, par son attitude bienveillante et dénuée de morgue acquiert la plus grande popularité dans la cité. Puis tout à la fin de la première année, son attitude change entièrement. Il fait des intrigues pour empêcher d'autres candidats pour la nomination de nouveaux décemvirs, et il est véritablement un candidat à la tyrannie, car s'il est l'ennemi le plus avéré de la plèbe, il n'est pas l'ami des patriciens. Par ses intrigues, il écarte tous les autres candidats, aussi bien patriciens que plébéiens.

A la fin de l'année, par un coup de force, il se désigne lui-même le premier des nouveaux décemvirs et il crée les autres décemvirs sans choisir les plus dignes, en ne choisissant que des amis. A partir de ce moment il jette le masque, il s'entend avec les autres décemvirs qu'il réunit secrètement dans des conciliabules, où ils se promettent de ne pas intercéder les uns contre les autres, d'être continuellement unis contre le peuple, aussi bien contre le sénat que contre la plèbe.

Chacun d'eux s'entoure des licteurs avec les faisceaux et avec la hache, ce qui indique le droit de vie et de mort qu'ils ont sur les citoyens. Ces décemvirs, avec leurs 120 licteurs, remplissent le Forum et sèment la terreur sur l'ensemble des citoyens.

On ne peut plus compter sur l'appui du peuple, puisque la provocation est suspendue, on ne peut pas compter sur l'appui des décemvirs, les uns contre les autres, puisqu'ils sont d'accord pour que l'intercession soit impossible. Ils respectent encore un peu les patriciens, mais l'arbitraire et la cruauté s'exercent contre les faibles et dans leurs jugements la faveur remplace le droit.

Les patriciens quittent en foule la ville pour se réfugier dans leurs maisons de campagne. Bientôt on ne respecte plus les personnes, les verges frappent, les têtes tombent et la confiscation suit le supplice.

Dans le cours de l'année, les décemvirs rédigent

encore deux lois, mais ils ne les présentent pas à la sanction du peuple, car ce sont des lois odieuses, et ils ne les font pas voter car ils ne veulent pas réunir les comices.

On arrive ainsi au mois de mai. C'est à cette époque qu'on aurait dû réunir le peuple pour le faire voter pour les magistrats de l'année suivante. Les décemvirs ne font même pas mine de réunir les comices, l'abus de force est donc manifeste.

Mais le péril de la cité est dénoué par les guerres extérieures : les Eques et les Sabins attaquent les Romains. Les plébéiens refusent de s'enrôler. Les décemvirs embarrassés veulent réunir le sénat, les plébéiens regardent alors, disent les historiens, du côté des sénateurs, en pensant que c'est de leur côté qu'ils vont trouver une aide et la libération de la République, car si les sénateurs refusent de se laisser réunir par les décemvirs cela prouvera que leur magistrature est usurpée et qu'ils n'ont qu'à s'en aller.

Les Sénateurs n'ont pas ce courage. Peu nombreux d'abord, puis à peu près tous, ils viennent à Rome, se réunissent et attaquent violemment d'ailleurs les décemvirs. Ils votent l'enrôlement. Les armées romaines se laissent enrôler, mais elles sont battues honteusement à Eretum et au Mont Algide par les Eques et par les Sabins.

C'est à ce péril de la République que s'ajoute encore le péril intérieur, par l'histoire de Virginie.

Accumulation[†]
et précision
des détails
dans l'histoi-
re de Virginie.

Cette histoire de Virginie, dans nos deux historiens, s'est enrichie de beaucoup de détails. Les uns sont seulement pittoresques, destinés à donner plus de vie et de couleur au récit, mais les autres ont un but politique, ils tendent, comme tout ce qu'il y a de nouveau dans l'histoire de la législation, à montrer l'opposition des plébéiens et des patriciens. Ce n'est plus le récit anonyme d'un coup de force pur et simple de l'un des décemvirs qui apposte un sycophante pour enlever une jeune fille pauvre, que son père tue parce qu'il ne peut s'opposer à cet enlèvement. Dans les historiens de l'époque d'Auguste tous les acteurs du drame sont nommés : le décemvir est Appius Claudius; il envoie son client qu'il charge de jouer le rôle de demandeur au procès réclamer la jeune fille comme esclave. Ce client s'appelle Marcus Claudius. Le père porte le nom de Virginius, comme l'ont déjà nommé Cicéron, Zonaras et Pomponius, mais ce n'est plus un plébéien parmi les autres, c'est un des premiers centurions de l'armée qui est campée à Algide; c'est un de ceux qui ont participé le plus activement aux luttes

sociales des années précédentes, et c'est parce qu'il est aux armées que l'attentat est facilité. Comme soldat et comme citoyen plébéien, c'est un nom connu. La jeune fille, Virginia, est décrite: élevée sévèrement à la manière romaine, et elle est dans tout l'éclat de sa beauté. Appius Claudius la voit tandis qu'elle se rend à l'école et sa beauté allume dans le cœur du decemvir une passion coupable (*Appium Claudium Virginis plebeiae stiprandae libido cepit*: un amour coupable de la jeune fille qu'il veut souiller a saisi Appius Claudius). Sur la route de l'école, le client, Marcus Claudius, s'empare d'elle et s'écrie qu'elle est son esclave.

Virginia est fiancée à Icilius. Celui-ci encore a un rôle politique de premier plan. C'est lui qui, quelques années avant, 298/458, a fait porter une loi permettant de bâtir l'Aventin. L'Aventin est occupé par les plébéiens. Cette loi Icilia est celle qui aurait fondé la propriété divisée par étage, dont après la guerre de 1914, et pour les mêmes raisons économiques, il y a eu de multiples applications.

La lutte entre patriciens et plébéiens.

Icilius est un descendant d'un des premiers tribuns, de 261/493.

Tout est destiné, dans cette histoire, à symboliser la lutte entre plébéiens et patriciens, et pour renforcer les traits de cette lutte, les historiens n'hésitent pas à commettre cette invraisemblance frappante qui consisterait pour le decemvir à s'attaquer, non pas comme ils l'ont dit jusqu'ici, à des humbles et à des faibles, mais au contraire aux premiers citoyens de l'opposition.

Les nombreux détails donnés par les historiens sont souvent des détails de composition littéraire, destinés à rendre la scène plus dramatique.

Il semble encore que derrière la lutte entre patriciens et plébéiens le côté juridique de l'histoire de Virginie soit un peu oublié. Denys d'Halicarnasse et Tite-Live cherchent moins que les historiens de l'époque des Gracques à en faire un véritable procès de liberté, sur le modèle de la procédure des *vindictae*, réglée par la loi des XII Tables.

Avec d'autres couleurs, et pour d'autres raisons, ils reviennent, en quelque sorte, à la violence, qui avait été, vous vous la rappelez, la première explication de l'épisode de Virginie: c'est un coup de force patricien. La première revendication faite par le client, Marcus Claudius, de Virginie comme esclave, se fait devant Appius Claudius, decemvir. Le père ne peut pas défendre sa fille, parce qu'il est à l'armée. Icilius, le fiancé, prononce un discours politi-

que, pour obtenir la remise de l'affaire. Elle est accordée, quoique de mauvaise volonté, par Appius Claudius, qui cède devant les cris de la multitude. Le demandeur insiste pour qu'on lui fournisse caution de représenter la jeune fille au moment où le procès s'engagera. Toute la multitude lève la main et se déclare prête à répondre comme caution pour Icilius pour la représentation de la jeune fille.

Nous sommes loin de la première histoire où, devant l'attentat du sycophante, le père de la jeune fille ne trouve personne pour le défendre.

Le lendemain, Virginius est revenu à Rome, malgré qu'Appius Claudius ait donné en secret des ordres pour le retenir à l'armée. Malgré l'évidente injustice, Appius Claudius adjuge la jeune fille comme esclave à son client. C'est alors que Virginius tue sa fille et soulève la multitude. L'armée revient à Rome, campe sur l'Aventin, et puis, pour mieux marquer son intention de faire sécession, elle passe sur le Mont Sacré.

Les historiens de la dernière tradition préfèrent additionner les deux légendes des successions.

Les deux patriciens, Horatius et Valerius, qui au Sénat, avaient été ceux qui ont attaqué les decenvirs avec le plus de violence, servent de conciliateurs entre les deux parties. On traite et on convient de rétablir les dix tribuns, avec leur droit de veto, et les deux consuls, en restaurant l'ancienne constitution romaine et le droit de provocation.

Ce sont les deux consuls de cette troisième année, Horatius et Valerius, qui affichent les XII Tables sur les tables d'airain, et la tradition finale au sujet de la publication revient à celle du début; Diodore, lui aussi, avait parlé de l'affichage par les consuls de la troisième année, tandis que, dans l'interval, Cicéron, Zonaras et Pomponius ignorent cette version.

En vous montrant les points principaux de cette démonstration, j'ai négligé beaucoup de détails importants, qui servent à assurer et à préciser les conclusions générales, mais j'ai cherché surtout à vous montrer comment, d'après les sources, on peut apercevoir le sens général de l'évolution de ces traditions.

Il semble bien, et c'est le point de vue auquel nous nous rallions, qu'il y a un noyau primitif historique, et que ce noyau primitif historique a tous les traits d'un récit des Annales, notant sèchement le fait que dans les deux années 303/451, 304/450, il y a eu des decenvirs legibus scribundis, que l'œuvre des decenvirs de la deuxième année n'a pas été ache-

L'affichage
des XII Tables.

Le sens de
l'évolution
générale des
traditions d'a-
près les sour-
ces. Le fond
primitif et
les explica-
tions des
historiens.

vée.

Voilà le fond primitif. Puis commence le travail d'explication des historiens des différentes époques, qui cherchent à donner les causes de ces faits historiques et à replacer dans un cadre vivant les sèches annotations des Annalistes.

L'explication sentimentale de l'histoire de Virginie sur le modèle de l'explication de la chute de la royauté.

Différence des luttes auxquelles elles correspondent. Caractère artificiel de l'histoire de Virginie.

La plus ancienne de ces explications, c'est l'explication sentimentale de l'histoire de Virginie. Elle a été imaginée sur le modèle de la chute des rois. Toutes deux sont de même nature. D'après la plus ancienne tradition, la chute des rois et des decemvirs, considérés comme les chefs de la cité, et à ce point de vue, comme des tyrans, n'est pas le résultat de lutte des classes, de l'opposition des riches et des pauvres, des plébéiens et des patriciens. La lutte est placée sur un autre plan: ce sont des attentats contre la famille, contre les lois de la famille. Ce sont des attentats contre le droit et l'autorité du chef de famille, que ce soit le mari pour Lucrèce, ou le père pour Virginie.

Pour être imaginée, cette tradition ne paraît pas arbitraire. Elle est symbolique et peut-être garde-t-elle le souvenir de la véritable nature de la lutte. Nous reviendrons à plusieurs reprises sur cette idée. La vraie position des luttes des temps primitifs de la cité ne sont pas les luttes sociales, mais l'effort de la cité, qui s'organise et qui s'affermir, contre les coutumes plus anciennes qui sont les coutumes familiales. Elle doit détruire l'autonomie de la famille et de la gens, si elle veut vivre. C'est la lutte contre ce que nous avons l'habitude d'appeler l'organisation gentilice de la famille romaine.

La famille romaine est groupée par familles de même race: c'est la gens. La gens de l'époque historique, au moment où la cité a triomphé, n'est plus qu'un groupe qui a une grande importance sociale, mais qui est dénuée d'autonomie constitutionnelle. Au contraire, elle apparaît comme ayant été, dans les temps primitifs, un groupe indépendant et autonome formant un Etat dans l'Etat, et vivant sous l'empire de coutumes de clan.

Les clans ne sont pas encore fondus dans la cité, et il paraît incontestable que l'organisation primitive de la cité romaine a été non pas seulement un groupe de familles fondues sous l'autorité centrale de la cité, mais une fédération de groupes plus étendus, comprenant toutes les familles prétendant à une origine commune. Les historiens définissent la première cité romaine, comme étant la fédération des gentes.

L'office du pouvoir central, qui s'établit avec

la cité, est de fusionner toutes ces familles dans la cité. Cette fusion, qui doit détruire le pouvoir politique des gentes, n'a pas dû se produire sans lutte, mais ce qu'il faut savoir, c'est que cette lutte, s'étant passée tout entière dans la période pour laquelle les historiens n'avaient plus de sources historiques, le souvenir de ces luttes a été entièrement perdu par les historiens romains, et c'est cette période qu'ils ont colorée de fausses couleurs de luttes sociales de la fin de la République.

En ce qui concerne cette histoire de Virginie, l'anonymat primitif de l'explication, nous l'avons vu, en a marqué le caractère artificiel. On parle d'abord d'un decemvir, d'une jeune fille, du père de la jeune fille et d'un sycophante. Elle n'est qu'un doublet créé par imitation de la légende de Tarquin.

Explications complémentaires ajoutées par la tradition. L'opposition entre les deux séries de decemvirs.

Voilà la première explication. Sur celle-ci vient s'en greffer une série d'autres, qui continue le travail de la tradition. Il a fallu d'abord expliquer l'opposition entre les deux années des decemvirs, la première étant excellente et la deuxième détestable.

Vous remarquerez que la discrimination entre ces deux suites de decemvirs est faite sans aucune preuve. La seule preuve que l'on donne du caractère inique de la loi de la deuxième année, c'est la défense de mariage entre patriciens et plébéiens. Il n'est pas douteux que cette défense de mariage ne provient pas d'une législation spéciale et inique des decemvirs, elle dépend de la conception même que les Romains avaient des groupes et de l'absence de *conubium* entre ces groupes. Ce qui a été la nouveauté, c'est précisément la loi *Canuleia* permettant le mariage entre les groupes.

Il n'y a pas une autre preuve de l'iniquité de ces lois et il nous est impossible de trouver dans le contenu des deux dernières tables aucune disposition qui paraîtrait correspondre aux lois iniques soi-disant rédigées par les derniers decemvirs.

Les Romains ne paraissent aucunement frappés par l'in vraisemblance qu'il y a à ce que, après le triomphe de la révolte, la ruine des decemvirs, les deux consuls populaires n'aient pas hésité à promulguer et à afficher ensemble toutes les lois, les lois équitables avec les lois soi-disant iniques.

La distinction entre les decemvirs des diverses années est d'abord anonyme. Cicéron, Pomponius et Zonaras nous disent que ce sont tous les decemvirs sans distinction qui sont les premiers populaires et les seconds des tyrans. L'explication est d'autant plus vraisemblable que précisément pour cette deuxième an

née certains historiens relèvent qu'aux décemvirs patriciens de première année on a ajouté quelques plébéiens et que ce fut un grand triomphe de la plèbe.

Les essais
d'explication
constitutionnelle des
pouvoirs des
Xvirs.

A cette deuxième génération d'explications appartiennent les essais de légitimer constitutionnellement le pouvoir des décemvirs. C'est l'explication de Zonaras : on a élu deux consuls, auxquels on a adjoint huit légats. C'est encore l'essai de transformer le coup de force contre Virgine en un procès de liberté sur le modèle de la procédure des XII Tables.

Déjà dans ce deuxième état de la tradition commence à poindre la version définitive de la lutte des patriciens et des plébéiens. Vous vous rappelez que pour Diodore, la jeune fille est une patricienne. Dans Pomponius, très incidemment, Virginus peut être considéré comme un plébéien. Dans Zonaras sa qualité de plébéien s'affirme davantage. C'est dans la tradition dernière, dans Denys d'Halicarnasse et Tite-Live que cette explication envahit tout le récit et le transforme tout entier, sous ce jour nouveau.

En même temps tous les acteurs du drame sont dotés d'une individualité qui est dominée par la personne d'Appius Claudius, avec l'invraisemblance de son changement total entre la première et la seconde année.

Chapitre III.

CONTROVERSE SUR L'AUTHENTICITE DES XII

TABLES.

L'opinion
tradition-
nelle de l'his-
toricité des
XII Tables.

Dans le chapitre précédent, nous avons essayé à la fois de montrer les variations des récits traditionnels des XII Tables et les raisons probables de ces variations. Nous sommes partis de l'hypothèse qu'il y a dans ce récit un fond historique, qu'il y a des décemvirs et qu'ils ont légiféré et accompli cette œuvre qui a été appelée par la suite la loi des XII Tables et que ce fond historique repose sur les Annales des Pontifes.

C'est une hypothèse qui est plausible, qui a pour elle un certain nombre de raisons sérieuses, qui la rend vraisemblable, c'est l'hypothèse traditionnelle, mais ce n'est qu'une hypothèse, car ces Annales des Pontifes non seulement nous ne les possédons plus mais même les Romains ne les possédaient plus pour l'é

poque qui correspond aux XII Tables. On est en général d'avis qu'elles ont dû être détruites dans l'incendie de Rome par les Gaulois.

Si on en avait encore une connaissance fragmentaire, cette connaissance était troublée par les reconstitutions légendaires et imaginaires qui en avaient été faites à l'époque postérieure.

Il n'est donc pas étonnant que des auteurs sceptiques aient cherché à soutenir que nous nous trompons, ou plutôt que nous sommes trompés par les historiens romains, quand nous croyons voir dans les XII Tables une législation véritablement historique. Ils pensent, au contraire, que nous sommes en face d'une falsification de l'époque postérieure.

Le sceptique le plus radical est le professeur Edouard Lambert, de Lyon, Il a soutenu en 1902, et avec talent, la thèse de l'inauthenticité des XII Tables, dans une série d'articles vigoureux. Ses attaques soulevèrent une véritable levée de boucliers, ou plutôt levée de plumes. La querelle fut vive, et le champion le plus intrépide de l'authenticité, en même temps que le plus qualifié, fut Paul Frédéric Girard, qui entendit maintenir toutes les positions de l'opinion traditionnelle sur le caractère de certitude de l'histoire des XII Tables.

Il faut dire d'ailleurs que la majorité des auteurs, même à peu près tous les auteurs, se sont opposés et continuent à être opposés aux thèses aventureuses du professeur de Lyon. Les derniers auteurs qui parlent des XII Tables, et même les plus sceptiques des Italiens sont toujours, avec des nuances bien entendu, partisans de l'historicité de la législation et ils nous en donnent de bonnes raisons, tirées de l'histoire, raisons sérieuses que nous examinerons.

Mais avant tout, leur position dans la question est essentiellement fondée sur cette constatation que les arguments de Lambert, si troublants qu'ils soient à certains égards, n'ont pas emporté la conviction. Il a quelquefois ébranlé la forteresse traditionnelle, il ne l'a pas détruite. Il n'a pas réussi à prouver sa thèse : la thèse de l'inauthenticité des XII Tables reste hypothétique. On peut dire que son oeuvre a été une tentative de substituer aux hypothèses traditionnelles d'autres hypothèses qui, tout compte fait, sont moins solides, sont plus incertaines et moins utiles que celles qui étaient admises avant. Dès lors, en bonne critique, elles doivent être repoussées et provisoirement la forteresse des XII Tables reste debout, jusqu'à ce qu'un historien plus heureux l'emporte de haute lutte et la détruise, si tant est qu'elle mérite

Opinion opposée voyant dans les prétendues XII Tables une falsification d'une époque postérieure. Lambert et la théorie de l'inauthenticité des XII Tables. Discussions qu'elle a soulevées, utilité de ces discussions.

d'être détruite.

Mais la querelle n'a pas été inutile, elle a forcé à procéder à une révision des positions traditionnelles. Il en est qui ont été renforcées, d'autres qui ont dû être abandonnées, et dans l'ensemble un peu plus de lumière a été projetée sur l'histoire des XII Tables. Elle est sortie de cette querelle mieux connue de nous.

Je n'alourdirai pas notre cours de l'énumération de l'importante littérature de la controverse. Vous pourrez la trouver réunie dans les deux études les plus récentes qui aient été faites sur les XII Tables. La plus récente est de 1933: Berger: "Les XII Tables" au mot "tabulae" dans la Realencyclopédie de Pauly Wissowa.

L'autre étude est de 1926, elle a été faite par un juriste italien, Pietro de Francisci: *Storia del Diritto Romano*, Tome I, 1926, Chapitre 9 § I: Il decemvirato legislativo et la legge delle XII tavole, p. 193 et les notes qui contiennent une abondante littérature. Je me contenterai de citer ceux des travaux que nous étudierons spécialement.

La plupart des auteurs a toujours accepté comme une chose certaine et hors de discussion l'historicité de la législation decenvirale, mais la controverse de 1902 a rappelé qu'il y avait déjà des précédents dans l'attaque.

Les premières attaques contre l'historicité des XII Tables.

Un historien, de la fin du XVIII^e siècle et du début du XIX^e, Giambattista Vico, avait déjà mis en doute les récits des historiens romains. Son oeuvre a été republiée sous le titre de *Scienza nuova*, Edition Nicolin, Tome I, 1911, p. 39.

Un Anglais, George Cornwall Lewis "Recherches sur la crédibilité des anciens historiens romains", paru en anglais, en 1850, fut le premier à faire la critique systématique de l'authenticité de la loi.

Mais l'attaque véritable dans l'essai de substituer un autre système à la tradition jusqu'alors acceptée, fut l'oeuvre de l'historien italien Ettore Pais et du professeur de Lyon Edouard Lambert, à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle.

L'opinion d'Ettore Pais. Arguments contre l'historicité des XII Tables.

Ettore Pais est un historien plus qu'un juriste. Il est revenu à plusieurs reprises sur la question des XII Tables, une première fois dans sa *Storia di Roma* (Tome I, 1898, p. 598 à 604), puis Tome II, 1898, p. 546 à 670; puis dans sa *Storia critica di Roma*, 1905 p. 205 à 301, et enfin dans des Etudes séparées *Rerche sulla storia del diritto pubblico di Roma*, Tome I, 1915, p. I à 179. Il résume sa doctrine dans l'ouvrage

français: Ettore Pais et Bayet, Histoire Romaine, 1926, Tome I, p. 106. Il a souvent repris la question et il a modifié quelque peu ses conclusions. Voici rapidement quels sont ses arguments et quel est son système.

a) contradiction de la tradition.

Il invoque trois ordres d'arguments:

1°) Il relève les contradictions de la tradition, il juge que l'histoire de Virginie est sans importance, c'est un lieu commun, c'est l'histoire de la jalousie et de l'amour, qui est cause de guerres étrangères et de guerres civiles. C'est une histoire qui ressort continuellement dans l'histoire primitive. On la trouve à la chute des rois, à la chute des décemvirs dans l'histoire des Républiques voisines. C'est l'amour d'une femme qui a attiré les Gaulois en Italie, lors de la prise et de l'incendie de Rome.

Ce qui est beaucoup plus important, d'après lui ce sont les divergences au sujet des décemvirs. Parmi les seconds décemvirs, en effet, certains auteurs plaçant des plébéiens et ils n'hésitent pas à leur prêter cette absurdité d'avoir été justement ceux qui étaient les ennemis de la plèbe.

Puis les variations sur la publication des lois, tantôt publiées par les décemvirs, tantôt publiées par les consuls populaires, qui publient les lois iniques.

b) Caractère disparate de la législation.

2°) Il insiste surtout sur le fond même des dispositions des XII Tables et il voit dans cette législation une législation disparate: certaines parties correspondent à une législation archaïque, à la rudesse des âges primitifs, à une civilisation peu avancée et correspondent, dit-il, - ceci est très intéressant - au droit familial de la période gentilice, à ce droit des clans à une époque où la cité n'a pas encore ses règles. Tandis que d'autres parties de cette même législation représentent un état social beaucoup plus avancé, une cité organisée, une cité forte, qui impose sa réglementation, notamment la réglementation des routés.

Dans ces considérations, nous ne le suivrons pas, nous reviendrons sur ces différences qui sont extrêmement intéressantes, mais qui peuvent être interprétées, à mon avis, d'une toute autre façon.

D'ailleurs, le moins que l'on peut dire de ces considérations juridiques, c'est qu'elles sont extrêmement contestables, Lambert est de cet avis. De ce qu'il dit sur les différentes formes du mariage, *confarreatio*, *coemptio*, *usus*, aucun juriste ne pouvait partager son avis.

Il est frappé naturellement, lui aussi, de ce que d'après la tradition, la loi des XII Tables aurait

été faite pour égaliser le droit entre patriciens et plébéiens, et que la loi ne parle ni des plébéiens, ni des patriciens, qu'elle ne présente à aucun degré la physionomie que l'on voudrait lui donner.

Mais ici encore je dirai simplement qu'il vaudrait mieux tirer des conclusions contre les prétendus mobiles de la loi des XII Tables, qu'une conclusion trop radicale contre son historicité.

3- Rapports
entre le récit
de la législa-
tion des XII
Tables et ce-
lui de la pu-
blication du
Jus flavianum.

3°) Il relève enfin - et c'est la partie la plus intéressante de son argumentation - les rapports qui existent entre les récits de la législation décemvirale et des récits de 150 ans plus jeunes, qui relatent la publication du jus civile par Cneius Flavius. Il montre, et d'une façon assez typique, qu'il y a une concordance entre ces deux récits, concordance qui, pour lui, montre que ce sont deux formes différentes et légendaires d'un même événement historique, qui auraient été traitées à tort comme deux événements distincts.

Il y aurait eu encore ici un doublet de plus dans l'histoire romaine. D'une part, en effet, il y aurait l'histoire légendaire du decemvirat législatif, placé en 303/304 (451/450 av. J.C.) et d'autre part l'histoire plus historique de la divulgation des legis actiones, 150 ans environ après, de 442 à 450 de Rome fondée (312 à 304 av. J.C.).

En effet la loi des XII Tables, d'après les conceptions traditionnelles, aurait été votée sur la demande du peuple, lassé de l'obscurité du droit, et pour écarter le monopole des magistrats patriciens qui interprétaient ce droit obscur, parce qu'il était coutumier, et qu'ils jugeaient.

Dans cette histoire, comme nous l'avons vu, Appius Claudius a le rôle principal. Or, il faut remarquer qu'aucun des buts cherchés par le peuple n'aurait été atteint par la loi des XII Tables: les magistrats sont restés patriciens, malgré quelque incertitude de la tradition qui voit dans les consuls qui ont suivi la loi des XII Tables des consuls plébéiens, mais en fait ils ont conservé le monopole de la magistrature puisqu'en 380 de Rome fondée (364 av. J.C.) on a créé les préteurs, magistrats judiciaires qui restent choisis parmi les patriciens, et cette création a été faite - ceci est alors beaucoup plus historique - pour dédoubler les magistratures, au moment où on permet la nomination de consuls plébéiens. Les patriciens veulent conserver leur monopole de direction du droit, et puisqu'ils ne peuvent plus empêcher cette conquête de la plèbe, les consuls plébéiens, on dédouble les fonctions de consuls et on réserve à un préteur l'orga-

nisation des procès et ce prêteur restera obligatoirement un patricien. Ce n'est que longtemps après que les plébéiens ont conquis cette nouvelle magistrature. Ainsi les magistrats sont restés patriciens.

D'autre part, l'obscurité du droit serait restée la même puisqu'on se plaint des mêmes choses 150 ans après, en 312 av. J.C. Le conflit éclate, en effet, à cette époque, entre l'autorité civile des magistrats, qui peuvent être plébéiens et l'autorité sacerdotale des pontifes, qui sont des patriciens. On se plaint que le jus civile est le monopole de ces pontifes, qui le conservent secret et qui se transmettent oralement les règles du jus civile. Ils le tiennent caché au peuple, ainsi que le calendrier et ils ne le livrent que par des consultations particulières.

C'est un fait en effet que dans les premiers temps du droit romain les jurisconsultes font partie du collège des pontifes. Ils donnent des consultations particulières, ils se réservent le monopole du droit, ils tiennent cachés les livres qui permettraient de connaître le droit civil.

L'universaire le plus vif des pontifes, c'est Appius Claudius Coecus, Appius Claudius l'aveugle, qui est celui-là un personnage très historique: il était censeur en 312 av. J.C. Grâce à l'appui d'Appius Claudius l'autorité civile triomphe, et à partir de ce moment l'empire exclusif des pontifes sur le droit est détruit par la divulgation du droit civil.

Le droit civil est divulgué par une publication qui est faite par un affranchi d'Appius Claudius, le scribe Cneius Flavius. Le peuple reconnaissant envers Cneius Flavius, le nomme édile curule en 450/304. Alors Cneius Flavius, probablement de connivence avec Appius Claudius, mais suivant une tradition il est censé lui avoir dérobé le livre, Cneius Flavius publie un livre, qu'on a appelé le Jus Flavianum, d'après la version traditionnelle, il publie les formules des actions de la loi. Il est représenté aussi comme ayant dérobé le calendrier et comme l'ayant affiché, ce qui dispense encore de recourir aux pontifes.

Il y a ici répétition des mêmes mobiles, des mêmes traits caractéristiques autour du même nom d'Appius Claudius. Ettore Pais dit que c'est un doublet historique et que cette publication que la tradition présente comme étant celle des formules des actions de la loi a dû être celle du jus civile lui-même.

Par ailleurs, il admet l'historicité des décevirs de 304, il admet qu'ils ont pu exister, mais il pense qu'ils n'ont pas promulgué, comme on l'a dit, la législation tout entière des XII Tables, telle qu'on

La législation
des XII Tables
ne serait pas

l'oeuvre des
Xvirs mais se
serait consti-
tuée peu à peu
avant d'être
réunie par
Cneius Flavius
qui l'aurait
antidatée.
Caractère hy-
pothétique du
système de
M.E. Pais.

se la représente. Cette législation s'est constituée peu à peu pendant le cours de ces 150 années de la République, elle a pu se constituer d'une façon officielle, mais par une série de lois particulières. C'est cette législation qui aurait été recueillie par Cneius Flavius et attribuée ensuite faussement à une oeuvre législative à laquelle on aurait donné une date déterminée, la date de 303 de Rome fondée.

Voilà le système dans ses grandes lignes. Je n'entreprendrai pas la critique de ce système. Je dirai simplement que son inconvénient principal est d'être bâti sur de simples hypothèses. Il est inutile de remplacer par de nouvelles hypothèses, moins fondées, des hypothèses qui ont pour elles tout au moins d'être traditionnelles.

Ici encore ce que je ferai remarquer, c'est que les critiques fondées de Ettore Pais sont dirigées plutôt contre les récits traditionnels, contre les mobiles que l'on donne à la loi des XII Tables, contre cette lutte des plébéiens et des patriciens qu'il ne reconnaît pas dans la loi des XII Tables, plutôt que contre le fond même du récit.

Le système de
M. Lambert;
sa négation
radicale de
l'authenticité
des XII
Tables.

Le système de Lambert est beaucoup plus radical contre l'authenticité de la loi. Il n'y voit pas une oeuvre législative qui se serait étendue dans le temps au lieu d'être concentrée à un moment. Sa critique est aussi plus juridique, plus solidement étayée, et enfin elle va plus loin. Il est d'ailleurs assez curieux de constater qu'aucun des deux ennemis des XII Tables ne sont d'accord et n'acceptent le système de l'autre. Ils ont écrit et réécrit l'un sur l'autre et ils n'ont pas caché que le système du voisin était dangereux et peu solide.

Lambert écrit un premier article dans la Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger (1902, p. 149): "La question de l'authenticité des XII Tables et les Annales Maximi"; puis un deuxième article dans la Revue Générale du Droit, en 1902 (p. 379 et ss. p. 481 et ss; 1903; p. 15 et ss.): "Le problème de l'origine des XII Tables". Il fait enfin un troisième article dans les Mélanges Appleton, 1903 p. 503: "L'histoire traditionnelle des XII Tables et les critiques d'inauthenticité des traditions".

Arguments de
M. Lambert.
I- Silence des
sources ancien-
nes sur les
XII Tables.

Edouard Lambert réunit dans son premier article les raisons que l'on a de douter des XII Tables, Il voit ces raisons 1° - dans le fait que nous avons signalé que les XII Tables ne sont citées dans la littérature latine que tardivement. Elles auraient été faites en 303 de Rome fondée, au commencement du IV^e siècle av. J.C. et ce sont les contemporains de Cicéron,

dans la dernière période du dernier siècle av. J.C. (Varron, le premier) qui commence à citer la loi des XII Tables. Ni Plaute, ni Caton l'Ancien n'en parlent. Etant donné ce silence des sources de cette période, on doit dire, dit Lambert, en bonne critique, que la croyance à l'existence de la loi des XII Tables ne remonte pas plus haut que Varron et Cicéron. Caton n'en parlant pas, il faut croire qu'il ne la connaissait pas.

2°) L'inauthenticité des Leges Regiae explique la loi des XII Tables.

2°) Ce raisonnement lui paraît d'autant plus valable que c'est à l'aide d'un raisonnement de cette sorte que l'opinion traditionnelle rejette l'authenticité des leges regiae. Ces leges regiae ne sont pas citées par les grammairiens et les historiens de l'époque de Cicéron, elles sont citées pour la première fois sous César ou sous Auguste, par un grammairien Verrius Flaccus, dont nous n'avons plus le livre, mais dont nous savons qu'il y citait les leges regiae. On en conclut qu'elles ont été composées par un auteur de la fin de la République. On les a appelées le jus Papirianum parce que ce serait un certain Papirius, dont on ne sait pas bien à quelle époque il vivait, qui les aurait composées à l'aide de vieilles règles traditionnelles, qui auraient peut-être été conservées par les Pontifes dans leurs commentaires. La critique accepte cette inauthenticité des Leges Regiae, en se basant principalement sur la date des citations qui en ont été faites. Pourquoi n'applique-t-on pas le même procédé à la loi des XII Tables ?

Il y a une réponse qui a été faite à juste raison, c'est que la question n'est pas la même. Nous connaissons beaucoup mieux la littérature de la fin de la République que la littérature de l'époque précédente; avec Varron, avec Cicéron, commence le moment où nous sommes assurés d'avoir pour certains auteurs, pour Cicéron tout au moins, l'ensemble de leurs livres, tandis qu'au contraire, sauf pour certains auteurs littéraires, comme Plaute, pour l'époque précédente, pour le II^e siècle av. J.C., nous avons beaucoup moins de restes de la littérature, en particulier des livres de Caton l'Ancien, nous n'avons plus guère que ce qui a été cité par les successeurs.

D'autre part, les deux lois n'ont pas eu du tout la même importance. L'une n'a jamais été considérée comme une antiquité hors d'usage. L'autre est toujours présentée comme la base et le fondement du droit en vigueur.

3°) Le caractère disparate des dispositions

3°) Comme Ettore Pais, Lambert critique le fond des XII Tables. D'après lui cette loi contient des dispositions qui sont tellement disparates qui repré-

tions des XII Tables exclut leur existence dans une loi unique.

sentent des civilisations tellement différentes, qu'elles n'ont pas pu coexister ensemble dans une même loi. Par exemple la loi du talion, qui est appliquée dans les cas d'injures les plus graves représente une civilisation extrêmement primitive, tandis que les règles d'édilité qui se trouvent dans la loi des XII Tables représentent une civilisation beaucoup plus moderne. Ceci peut faire douter non seulement de l'existence originaire du recueil, mais de cette unité originaire et de sa nature législative.

4°) Le style des XII Tables n'est pas un style législatif.

Enfin, 4°) il s'attaque au style et à la langue de la loi des XII Tables. C'est ce style et c'est cette langue qui éveillent le plus sa méfiance. Il dit que le style des passages qui nous ont été conservés et qui figurent dans les textes de Girard ont une concision poussée à l'extrême, une tournure mnémotechnique. Ce sont des maximes qui ont l'air d'avoir été faites pour être transmises oralement. Ce recueil a les caractéristiques d'un recueil de droit coutumier, destiné à la transmission orale, à être appris par cœur. Lambert compare cette forme des XII Tables avec d'autres du même genre, notamment les anciennes coutumes hébraïques, et d'autres formes de droit coutumier qui se présentent de la même façon.

Ceci est d'autant plus caractéristique que le style de la loi des XII Tables est très différent de celui des autres lois romaines que nous connaissons. Il y en a qui ont été conservées par les inscriptions, la loi Osque de Bantia, la loi agraire de 111-104 de Rome fondée, ou bien des fragments de lois conservés par la littérature, la loi Aquilia (Gaius, D.9,2,2 pr.). Ces lois, autant que nous pouvons en juger par les fragments que nous connaissons, sont rédigées d'une tout autre façon, elles sont extrêmement verbeuses, on répète indéfiniment les mêmes choses, comme si on craignait qu'on ne les ait pas comprises, elles sont rédigées d'une façon cauteleuse, prudente.

En somme, comme dit Lambert, cette loi des XII Tables n'a pas le style de la législation, mais a plutôt le style du prophète ou du rédacteur par axiome d'un droit coutumier. Lambert cherche encore à prouver que les mots qui nous ont été transmis par la citation, que la langue elle-même est certainement moins ancienne que la date prétendue de la loi des XII Tables.

5°) Contestation des renseignements fournis par les Fastes capitoline.

5°) Comme les tenants de la tradition attachent une grande importance à la concordance qui existe entre les témoignages des historiens qui tous mettent la rédaction des XII Tables en l'année 303/451 et les fastes capitoline, ces tables de marbre qui existent

encore à Rome et qui donnent la liste des consuls ou décevirs sont placées à une date qui correspond à 303 et interrompent la liste régulière des consuls, Lambert réunit toutes les objections, toutes les difficultés qui pourraient faire admettre que ces fastes, pour l'époque ancienne, sont elles-mêmes des reconstitutions légendaires, et par conséquent qu'elles ne fournissent aucune preuve.

De ce faisceau de difficultés qu'il a ainsi réunies, Lambert essaie de tirer des conclusions positives. Ces conclusions sont beaucoup plus radicales que celles d'Ettore Pais. Pour lui les décevirs n'ont jamais existé, leur nomination, leur activité législative est une invention très postérieure, une invention des écrivains des derniers siècles de la République, et le nom qu'on leur a donné: les décevirs legibus scribundis c'est un nom qui a peut-être été emprunté aux magistratures decenvirales de temps postérieurs, notamment du II^e siècle et du I^{er} siècle av. J.C., les decenviri stlitibus judicandis, qui ont été nommés en 512 de Rome fondée (242), au moment où on a créé le préteur pérégrin, pour présider le tribunal des centumvirs. Ou bien encore le modèle aurait été les decenvirs qui commencent à être nommés après la première guerre punique, en 513/241 et qui, depuis ce moment-là, sont très souvent nommés. A la fin d'une guerre, lorsque le pays est conquis, pour lui donner un statut, pour établir sa condition juridique nouvelle dans l'ensemble de l'Empire romain, on a l'habitude de nommer une commission de dix hommes, decenvirs, qui sont adjoints au général vainqueur et qui sont nommés tantôt par le peuple, tantôt par le sénat.

Les XII Tables seraient une compilation d'adages juridiques plus ou moins anciens réunis au début du II^e s. av. J.C. par Sextus Aelius.

Pas plus que les décevirs n'ont existé, les fragments qui nous sont parvenus sous le nom de loi des XII Tables ne sont tirés d'un code de lois rédigé par des commissaires. Cette oeuvre, en réalité, était une compilation de brocards juridiques, une compilation de maximes de jurisprudence, qui sont certainement très anciennes, mais qui sont d'une antiquité inégale. C'est ce qui explique alors les contrastes. Il est très probable qu'ils ont été tirés de recueils plus petits, qui ont circulé dans le monde romain. Ces petites compilations ont été écrites pendant plusieurs siècles, c'est un travail anonyme, ils ont été probablement créés et réunis en un corps unique au début du II^e siècle av. J.C.

Mais peut-être en connaissons-nous l'auteur. (On voit combien il y a ici de peut-être). C'est peut-être un jurisconsulte qui s'appelle Sextus Aelius, ou, pour le nommer de son nom complet, Sextus Aelius Paetus

Catus qui a été consul en 556 de Rome fondée 198 av. J.C.

Pourquoi ce Sextus Aelius Petus Catus aurait-il été l'auteur des XII Tables ? Pomponius (D.I., 2, 2, 38) dans son histoire des sources, nous raconte que ce jurisconsulte, qui est parmi les plus anciens, a composé un recueil d'actions, que l'on appelle le Jus Aelianum, parce que l'autre recueil d'actions, le Jus Flavianum de Cnèius Flavius était devenu incomplet. Depuis le moment où il l'avait écrit, la procédure avait évolué, on avait créé de nouvelles actions, de nouvelles manières de plaider. Lambert pense que l'auteur du Jus Flavianum n'a rien à voir avec les XII Tables, c'est une publication antérieure.

Puis le même Sextus Aelius composa un autre recueil qui, dit Pomponius, peut être appelé le berceau du droit. Il porte le nom de Tripertita, parce qu'il se divise en trois parties: dans la première partie sont les XII Tables, dans la deuxième partie est l'interpretatio, et dans la troisième partie la legis actio.

D'après l'opinion traditionnelle des romanistes, la première partie aurait contenu non pas seulement le texte des XII Tables, mais un commentaire des XII Tables, le premier des commentaires. En effet, la littérature juridique moderne considère Sextus Aelius comme le premier commentateur certain de la loi des XII Tables.

La deuxième partie, l'interpretatio, n'est pas, comme on pourrait le croire à première vue par le nom, le commentaire de la loi, l'interprétation de la loi des XII Tables. Suivant le langage habituel des jurisconsultes romains, cette interpretatio, ce sont les règles nouvelles, c'est ce que l'on appelle aussi le jus civile, c'est le développement postérieur de la loi des XII Tables par l'interprétation des jurisconsultes. Sextus Aelius donne, dans cette deuxième partie, un commentaire de cette interpretatio, comme il a donné dans la première partie le commentaire de la loi des XII Tables.

Enfin, dans la troisième partie, il donne les formules des actions.

Voilà quelle est suivant l'opinion commune comme l'on doit comprendre les tripertita. Lambert, lui, les comprend autrement. Il conjecture que Sextus Aelius Petus Catus a réuni, sous le titre de XII Tables, les brocards de droit ancien, les maximes juridiques qui avaient cours de son temps. Il en aurait composé un ouvrage, c'est lui qui l'a composé le premier et, pour lui donner plus d'autorité, il l'au-

rait appelé d'un nom exceptionnel: les XII Tables. Il aurait imaginé cette fraude d'une loi votée et inscrite sur douze tables, c'est lui qui en serait responsable, ou peut-être les auteurs postérieurs par suite d'une méprise. Autour de cette oeuvre d'imagination, les historiens auraient bâti tout ce système de légende destiné à conférer à la loi des XII Tables son authenticité.

Je vous dirai tout de suite qu'il y a une objection qu'on n'a pas manqué de faire à cette construction: Sextus Aelius est un jurisconsulte, par conséquent, dans ce recueil où il donne des formules d'actions, il prétend faire une oeuvre pratique; il prétend évidemment exposer le droit en vigueur de son temps, qui servira aux plaideurs qui prendront les formules d'actions. Est-il vraisemblable d'imaginer qu'il n'a pas su accomplir cette oeuvre de jurisconsulte et qu'il a fait une oeuvre d'historien, une oeuvre d'antiquaire? qu'il a réuni dans cet ouvrage des vieux brocards de droit, des maximes juridiques que l'on ne comprenait même plus? Pourquoi aurait-il ainsi réuni ces règles archaïques qui depuis longtemps n'étaient plus en vigueur et qui ne pouvaient servir à rien de son temps? Si, suivant l'opinion traditionnelle, on voit là le commentaire d'une loi ancienne, on comprend alors pourquoi il l'a répétée, même dans ses parties vieilles il respecte la loi ancienne, mais lorsqu'il se trouve en face de ce qu'il ne comprend pas, comme un juriste consciencieux qu'il est, il dit: Je ne comprends pas. S'il avait créé de neuf cette oeuvre, on ne voit plus pourquoi il s'est évertué à réunir des brocards hors d'usage.

On a encore objecté qu'il faudrait, pour accepter cette thèse, penser que les contemporains de Sextus Aelius Petus Catus, qui sont déjà des Romains civilisés, auraient accepté les yeux fermés n'importe quelle légende à propos d'une source considérée comme la base de tout le droit. Puisque nous sommes dans les suppositions, les suppositions doivent être au moins vraisemblables. Voilà, exposé très rapidement le système de Lambert. Dans les autres articles, et spécialement dans les Mélanges Appleton, il appelle à son secours des arguments tirés du droit comparé. Il dit que chez les Germains la législation a été beaucoup plus ancienne. On lui a répondu que chez les Grecs, à la même époque, le désir d'une législation positive s'est produit, que chez les Syriens une législation beaucoup plus ancienne existe et que celles-là on a des preuves certaines.

Les défenseurs

Ces articles soulèvent une vive émotion parmi

de l'authenticité des XII Tables.
L'article de P.F. Girard.

les Romanistes, de tous les côtés les plumes se lèvent pour une défense des XII Tables. Une réponse au sujet de la langue et du style est faite par Michel Bréal (*Journal des Savants*, 1902, p. 599), un jurisconsulte suisse, Erman, répond dans la *Revue de Savigny Zeit. der Sav. Stiftung* (1902, p. 450): un professeur français, Gaston May, répond dans la *Revue des Etudes anciennes* (1902, Tome IV, p. 201) "de la question de l'authenticité des XII Tables", un autre jurisconsulte, Appleton, répond dans la *Revue générale du Droit*, de 1902 à 1903 "Nature et antiquité des *Leges duodecim tabularum*". Ils répondent bien tous aux différentes objections de Lambert et ils font une critique modérée de ses hypothèses un peu aventurées.

Mais la riposte la plus vive, la défense la plus massive, si je puis dire, des traditions, a été faite par Paul-Frédéric Girard, dans la *Nouvelle Revue historique de Droit Français et étranger* (1902 p. 381) dans les *Mélanges de droit romain*, Tome I, 1912, p. I et suivantes. Le grand maître de l'histoire à ce moment, Mommsen, dit que cet article de Girard a été "un excellent sauvetage des XII Tables, combattues et malmenées par notre chère jeunesse, plus zélée que réfléchie".

Girard reprend un à un les arguments donnés par Lambert. Quant à Ettore Pais, il l'écarte dès le début, disant que c'est aux historiens à répondre à ces amas brillant d'allégations aventureuses, qui se trouvent dans un gros volume et qui, au bout des 1200 premières pages attendent leur démonstration dans les pages suivantes.

Mais l'ouvrage de Lambert est plus juridique et c'est aux juristes à dire pourquoi le système leur paraît encore moins acceptable dans la forme nouvelle que dans la forme ancienne.

Sa démonstration est très forte et très savante. Peut-être est-elle quelquefois trop traditionnelle. Il veut maintenir dans l'ensemble toutes les positions traditionnelles de la Loi des XII Tables, mais il y en a qui paraissent devoir être abandonnées, par exemple en ce qui concerne l'affichage. Il y a des points douteux dans la tradition.

Voici sa conclusion: Nous croyons avoir établi que, dans l'état présent de nos connaissances, la doctrine qui considère les fragments que nous possédons sous ce nom (sous le nom de loi des XII Tables) comme venant du code rédigé par les décemvirs, au début du IV^e siècle de Rome fondée, a pour elle toutes les raisons par lesquelles se détermine la vérité scientifique. Cela ne signifie pas que, comme pour tout

autre document, la connaissance que nous avons de celui-ci ne puisse plus être plus ou moins modifiée. Ceux qui aborderont ces recherches avec suffisamment de savoir et de sagacité, y trouveront certainement la matière, sinon de révélations brillantes, du moins de communications instructives et utiles à la science. Etablir avec beaucoup de peine un point de détail en apparence intéressant pour les seuls hommes de métier, ce n'est pas aussi sensationnel que de découvrir au bout de deux mille ans que les XII Tables ont été faites par Sextus Aelius, mais il y a entre les deux espèces de travaux la même différence qu'entre les beaux récits de Tite-Live et de Denys d'Halicarnasse et les sèches énumérations de titres et de noms des fastes authentiques, celle du vrai et du faux. Les premiers travaux sont des fantaisies brillantes dont l'élimination est le préliminaire de toute recherche historique sérieuse, les seconds tendent à fournir quelques-unes de ces vérités modestes qui, une fois bien établies, ne peuvent plus être contestées et servent à leur tour de point d'appui solide pour les recherches nouvelles.

Le jugement était sévère, il n'était sans doute pas mérité absolument, car cette controverse a eu beaucoup d'intérêt. Mais enfin, dans l'ensemble, je dois dire que c'est aux conclusions traditionnelles que les historiens se sont ralliés. Même après l'émotion du début, la littérature qui continue sur la loi des XII Tables se rattache dans l'ensemble, sauf une ou deux exceptions, à la conclusion qu'il y a un fond historique dans la loi des XII Tables.

Il n'y a à cette unanimité qu'une ou deux exceptions, notamment *Baviera Studi Perozzi*, 1925: *Contributi critici alla storia della Lex XII Tabularum*; *Pacchioni*, *Corso di Storia del Diritto romano*, Tome I, 2ème éd., p. 79 et suivantes. Pour des raisons différentes, ces auteurs sont les seuls qui rejettent, avec *Ettore Pais* et *Lambert* l'authenticité de la loi. Tous les autres, avec des nuances, admettent que les *decemviri legibus scribundis* sont une réalité historique, ainsi que la loi des XII Tables.

Chapitre IV

LES XII TABLES DANS L'HISTOIRE.

Nous avons vu, d'après les sources, l'histoire traditionnelle des XII Tables, nous avons examiné les controverses modernes sur l'authenticité de la législation decenvirale. Il nous faut maintenant terminer l'histoire externe de la loi en reprenant les points principaux de cette histoire, pour en apprécier la valeur et la signification. Nous allons essayer de donner les conclusions auxquelles il est permis scientifiquement de s'arrêter, tout au moins provisoirement, après l'examen critique des sources et des hypothèses, bâties sur ces sources.

Nous diviserons ce chapitre en quatre paragraphes:

I - L'ambassade en Grèce et les influences grecques.

II- Les decenvirs, leur rôle historique, vote et publication de la loi.

III- Affichage de la loi sur le forum, destruction et reconstitution; commentaires.

IV- But et caractère de la législation des XII Tables.

I - L'Ambassade en Grèce.

Caractère adventice de l'ambassade en Grèce contredite par une indication de Polybe.

Ici nous pourrions être beaucoup plus court sur le jugement qui doit être porté sur cette ambassade par laquelle, d'après l'histoire de la législation, on aurait envoyé en Grèce des ambassadeurs pour connaître les lois grecques et pour les rapporter à Rome.

Nous trouvons la première relation de cette histoire, d'une façon tout à fait inexacte, dans Pomponius: D. 1,2,2,3. Il nous dit: On décida de créer des decenvirs par lesquels les lois seraient interrogées dans les cités grecques et par lesquels la cité

serait fondée sur les lois.

Ce même procédé est relaté d'une façon plus détaillée et concordante par Denys d'Halicarnasse et par Tite-Live. Dans ces deux auteurs il est dit que l'année précédente, avant la nomination des decenvirs, on a nommé trois ambassadeurs, trois légats, dont on donne les noms, et ces noms sont les mêmes dans les deux historiens, chargés d'aller chercher les lois des cités grecques:

Tite-Live, Livre III, ch. 31,8: *Missi legati Athenas jussique inclitas leges solonis describere et aliarum Graeciae civitatum instituta, mores juraque noscere*: Des ambassadeurs furent envoyés à Athènes avec la mission de copier les célèbres lois de Solon et de s'inquiéter des institutions et des droits des autres cités grecques.

De même Tite-Live, Livre III, ch. 33,5: *Legati tres qui Athenas ierant...peritos legum perigrinarum ad condenda nova jura usui fore credebant*. Ici, (on nomme parmi les decenvirs) les trois légats qui étaient allés à Athènes, dans l'espoir que leur connaissance des lois anciennes leur servirait à rédiger les lois.

Denys d'Halicarnasse, Livre II, ch. 51, nous dit: Des ambassadeurs furent envoyés les uns dans les villes italiques, les autres à Athènes, s'informer des meilleures lois et surtout pour rapporter celles qui s'adapteraient le mieux à notre vie.

On voit tout de suite que cet envoi d'ambassadeurs n'appartient pas aux traditions primitives. Ni Diodore de Sicile, ni Cicéron, ni Zonaras ne nous parlent de ces ambassades en Grèce.

Parmi les auteurs modernes, Vico est le premier qui ait révoqué en doute cette histoire de l'ambassade et actuellement elle est en général abandonnée, même par les auteurs qui respectent la tradition. Girard notamment, dans ses *Mélanges* (p. 20), nous dit: L'ambassade en Grèce est une pièce adventice, dont on peut à peu près sûrement établir l'intercalation très récente, à tout le moins postérieure à Polybe.

En effet, cette histoire de l'ambassade est contredite par une énonciation de l'histoire romaine de Polybe. Nous n'avons malheureusement pas l'ensemble de cette histoire. Sur les 40 livres qu'elle comportait, il ne nous en reste que 5 et c'est fort dommage, car de tous les historiens qui se sont occupés de l'histoire de Rome, Polybe est certainement le plus remarquable, bien supérieur à Tite-Live et à Denys d'Halicarnasse.

Polybe nous dit (11,12) qu'en 525-229, 75 ans

après les XII Tables, on envoya en Grèce trois ambassadeurs, dont il donne les noms. Ce fut, dit-il, la première relation des Romains avec les peuples de la Grèce au moyen d'une ambassade.

Polybe ne connaissait donc pas l'histoire de l'ambassade des XII Tables; c'est une addition qui a été faite postérieurement à lui. Polybe est un historien du II^e siècle av. J.C. plus ancien que Cicéron.

Cette histoire est donc une anticipation. Elle fait partie de ces légendes des derniers siècles, qui ont pour but de rattacher les Romains aux Grecs et ce sont des histoires qui flattent l'amour-propre des premiers annalistes grecs. Elle a aussi pour but d'expliquer quelques traces que l'on a cru pouvoir relever dans la Loi des XII Tables de l'influence grecque. Ces traces ont été relevées par les historiens et les jurisconsultes romains. Voici les trois exemples qu'ils en donnent:

Table VII, 2, citée par Gaius, D. X, 1, 13, dans son Commentaire des XII Tables; Gaius nous dit que dans l'action finium regundorum, il y a une certaine disposition qui est prise à l'exemple de la loi de Solon.

Dans la Table VIII, 27, citée par Gaius, D. 47, 22, 4, à propos des pactes entre associés, Gaius nous dit: Haec lex videtur ex lege Solonis translata esse: Cette loi paraît avoir été prise dans les lois de Solon.

Table X, 1, à propos du luxe dans les funérailles, Cicéron, de Legibus, 2, 23, 38: Jam coetera in duodecim minuendi sumptus lamentationesque funeris, translata de Solonis fere legibus; ce qu'il y a de plus dans les XII Tables sur la diminution des dépenses et des lamentations funéraires est à peu près traduit des lois de Solon.

Ces traces sont en somme légères et la certitude n'est pas absolue qu'elles tiennent en réalité aux lois de Solon. Cette influence cantonnée sur ces points de détail, ne correspond pas le moins du monde à l'idée d'un droit copié sur les lois grecques, de lois rapportées de Grèce.

Les auteurs sont unanimement d'avis que la loi des XII Tables est une loi spécifiquement romaine, qui ne présente à aucun degré le caractère d'une législation étrangère. Ces traces particulières, si tant est qu'elles existent réellement, si ce ne sont pas des coïncidences relevées plus tard par les historiens, peuvent s'expliquer par une influence indirecte, l'influence indirecte des Grecs sur les lois romaines, par l'intermédiaire des Etrusques. Il n'est pas dou-

Quelques traces d'influence grecque dans les XII Tables. Comment elles s'expliquent.

teux en effet que dans un temps ancien, bien avant que les Romains aient été en rapports directs avec la Grèce, il y a déjà eu une influence grecque sur Rome par l'intermédiaire des Etrusques. Cette influence s'est surtout fait sentir sur la religion primitive des Romains, et notamment sur la religion de la cité, puisque le couple des dieux protecteurs de la cité, Jupiter et Junon, est un couple grec et étrusque.

Il reste néanmoins des auteurs qui sont disposés à attacher une certaine autorité historique à cette ambassade en Grèce. Berger est du nombre, et il se demande si les Romains n'auraient pas été chercher des renseignements techniques chez les Grecs. Ils auraient envoyé une ambassade pour s'inquiéter de la façon, de la manière dont on pourrait créer une législation positive; ç'aurait été en somme une ambassade technique. C'est un point de vue qui paraît bien peu vraisemblable.

III - Les decemvirs.- Les fastes capitolins et les historiens sont d'accord pour interrompre la liste régulière des consuls annuels en 303-451, et 304-450. Ces années-là, d'après ces historiens et d'après les fastes, les consuls auraient été remplacés par les decemviri consulari imperio legibus scribendis; les decemvirs avec l'imperium consulaire pour écrire les lois, et les listes de ces decemvirs sont données.

Pour la première année, Tite-Live et les Fastes sont d'accord sur les dix noms suivants: Appius Claudius, Titius Genucius, Publius Sestius, Spurius Veturius, Caius Julius, Aulus Manlius, Publius Sulpicius, Publius Curatius, Titus Romilius, Spurius Postumius.

La seule différence qu'il y ait entre les Fastes et Tite-Live, c'est que la table III est brisée et les quatre derniers noms manquent, mais il n'y a pas de raison de penser qu'ils étaient différents.

Une autre différence à propos des prénoms: Tite-Live dit Lucius Veturius au lieu de Spurius.

La liste de Diodore est un peu différente de celle-là: Il appelle Appius Claudius, Popilius Claudius Regillanius. Puis des changements de prénoms; au lieu de Publius Sulpicius, Caius Sulpicius. Celui qui est le plus suspect, c'est Publius Curiatius, qu'il appelle Calvinus, mais comme dans les Fastes il dit Spurius Veturius, au lieu de Lucius.

Denys d'Halicarnasse à la même liste que les Fastes et que Tite-Live, sauf que Genutius est appelé Minutius, Spurius ou Lucius Veturius est appelé Titus, et Publius Curatius est appelé Publius Horatius.

On voit les principales différences: ce sont les prénoms qui sont changés.

Les différences de la seconde année sont un peu plus importantes. D'abord les tables des Fastes capitolins sont encore moins complètes que pour la première année : c'étaient deux tables qui étaient à côté l'une de l'autre, la Table II est un peu brisée à l'endroit où on arrive aux consuls de la deuxième année et la Table III a disparu totalement, elle avait commencé à être brisée dans l'année précédente. Il n'y a donc que les deux premiers noms: Appius Claudius et Cornelius Maluginensis.

Tite-Live et Denys d'Halicarnasse sont d'accord sur les noms suivants : Appius Claudius, Marcus Cornelius Maluginensis, Marcus Sergius, Lucius Minucius, Quintus Fabius Vibulanus, Quintus Paetilius, Titius Antonius Merenda, Kaeso Duilius, Spurius Oppius Cornicen, Mucius Rabuleius.

Diodore n'en nomme que sept sur les dix. Les trois qui manquent sont Quintus Fabius Vibulanus, Titius Antonius Merenda et Kaeso Duilius, puis il appelle Marcus Sergius, Caius Sergius, et à la place de Spurius Oppius Cornicien il nomme Spurius Veturius, décemvir de l'année précédente.

D'après tous les historiens, les premiers décemvirs étaient tous patriciens, malgré qu'il y ait des noms qui sont des noms de plébéiens, comme Genutius. Mais pour la deuxième année, Tite-Live dit que les seconds décemvirs étaient tous patriciens, tandis que Denys d'Halicarnasse en nomme trois plébéiens: Petelius Dilius et Oppius.

J'ai indiqué par le menu la diversité qui existe entre ces listes. Les adversaires des XII Tables, attachent une grande importance à ces variations. On ajoute que, pour les uns les décemvirs restent une troisième année en charge, d'après Cicéron et Denys d'Halicarnasse, tandis que pour les autres historiens ils ne sont restés que deux ans. Les adversaires de la loi des XII Tables réunissent toutes les raisons qu'il y a de douter de l'authenticité des Fastes Capitolins, qui seraient une source récente. C'est en effet Auguste qui a ordonné d'écrire les tables que nous possédons, où il y aurait des intercalations, des falsifications de noms qui auraient été ajoutées à la liste pour donner un ancêtre de plus à telle famille républicaine des derniers siècles de Rome.

Mais les partisans de l'historicité des XII Tables, mettent au contraire en relief les points communs entre ces listes plus importants que les différences qui peuvent s'expliquer, nous allons le voir. Ils attachent une importance extrême à ce que d'un côté

té les historiens, de l'autre côté les Fastes Capitolins soient arrivés à coïncider à la fois en ce qui concerne les années dans lesquelles ces événements se sont passés (303 et 304) et en ce qui concerne l'ensemble des personnages qui sont nommés sur ces listes. Cette coïncidence montre, et même les différences sont une preuve de plus que les deux listes remontent à des sources communes et ne sont pas des inventions postérieures et intéressées. Si c'était des inventions postérieures, il y aurait certainement des résultats beaucoup plus différents entre les listes, d'un côté, celles des historiens, spécialement Diodore, et d'autre part les Fastes Capitolins.

Sources dont les historiens ont tiré ces listes:

Fastes Capitolins et les Annales Maximi.

Les Fastes Capitolins sont des tables de marbre qui ont été officiellement gravées à l'époque d'Auguste, pour tâcher de fixer le calendrier et la chronographie romaine. Ces Fastes Capitolins devaient être fixés sur le mur de la Regia, qui était traditionnellement un petit édicule qui était, soi-disant, le lieu d'habitation des rois, et qui a été longtemps le lieu d'habitation du Rex sacrorum. C'est là qu'ils ont été trouvés pendant les fouilles de Rome et on les a placés sur les murs du Capitole.

Cette liste donne les noms des consuls depuis la fondation de Rome jusqu'à l'an 22 ap. J.C. qui est la date probable où ces fastes ont été faits. Le rédacteur probable de ces tables est un grammairien, Verrius Flaccus. Pour faire sa liste, il s'est servi des livres de Varron, et Varron, à son tour a trouvé ses sources dans les commentaires des Pontifes, il a eu comme source principale les Annales Maximi.

Les Annales Maximi sont un ouvrage publié en 80 livres par le grand pontife Publius Mucius Scaevola, un des veteres, parmi les jurisconsultes qui vivaient au milieu du II^e siècle av. J.C. en l'an 133 (621 de Rome fondée), 319 ans après les XII Tables. Cette oeuvre des Annales Maximi avait, elle aussi, comme source, les Annales des Pontifes.

Les Annales des Pontifes, ce sont ces tables dans lesquelles le pontifex Maximus, chaque année, mettait le nom des consuls et les principaux événements de l'année.

Assurément, personne ne le nie, dans tous ces ouvrages, soit les Annales Maximi, soit les Fastes, soit les oeuvres des historiens, il y a eu des interpolations et des falsifications, des intercalations de noms. Par conséquent, dans les sources qui ont servi à Diodore pour établir son histoire et qui ont servi à Verrius Flaccus pour faire ses Fastes Capitolins, il y a des sources qui ont vécu d'une façon indépendante et qui, par conséquent, se sont transformées d'une

façon indépendante. Publius Mucius Scaevola a composé un ouvrage personnel, il ne s'est pas contenté de copier purement et simplement les Annales Maximi.

Par exemple voilà le genre d'interpolations que l'on peut relever, on a interpolé les prénoms. Cichorius, un auteur de 1886, dans une Dissertation de fastis consularibus antiquissimis, montre d'après les inscriptions, que les prénoms des personnages officiels n'apparaissent dans les actes publics qu'au milieu du II^e siècle av. J.C. (6^{ème} siècle de Rome fondée), avant il n'y avait que les noms. Ceci explique très suffisamment toutes ces variations de prénoms qu'il y a dans la liste des consuls : on les a rajoutés par la suite.

On a introduit ensuite des filiations postiches, pour donner des ancêtres plus nombreux aux familles illustres de la fin de la République. Pour leur donner ces ancêtres, on a intercalé dans les listes des consuls des personnages apocryphes qui en ont remplacé d'autres. Notamment - ceci est prouvé au point de vue scientifique, - on a intercalé en 245-509 le célèbre Junius Brutus pour que les autres Brutus aient un ancêtre. De même on a intercalé des Volumnii, des Minutii, des Semproni, des Genucii.

On peut apporter la preuve de l'intercalation de tous ces noms. D'après la conjecture des historiens modernes, elle aurait été faite dans les Fastes mêmes, au début du III^e siècle av. J.C. (milieu du V^e siècle), en l'honneur d'une série de personnages consulaires de cette date, de Lucius Volumnius qui était consul en 447-307, de Lucius Minutius qui était consul en 449-305, Publius Sempronius 450-304 et Lucius Genucius 450-304.

Mais, à part ces interpolations et quelques autres qu'évidemment, nous ne connaissons pas, dans l'ensemble les listes des Fastes et les listes qui ont servi aux historiens pour établir leur histoire coïncident assez exactement. Par conséquent cette coïncidence dans les noms paraît aux auteurs modernes avoir pour elle une autorité historique suffisante pour que l'on puisse dire, d'une façon générale, que ces noms et ces listes ont été puisés dans des documents contemporains.

Il y a une autre difficulté qui vient s'ajouter ici : c'est la perte des registres des pontifes, en 365-389 de Rome fondée. C'est en ce moment-là que les Gaulois ont conquis la ville de Rome, qu'ils ont incendié la plus grande partie de la ville et notamment le Capitole et le Forum, l'endroit où étaient conservés ces registres des Pontifes.

Lorsque Tite-Live commence le Livre VI, ch. I de son histoire, il nous dit qu'il a raconté comme

il a pu ce qui précède, parce que les documents sur cette période ne sont ni nombreux, ni certains: Res quem vetustate nimia obscuras et quod etiamsi quae in commentariis pontificum aliisque publicis privatis-que erant monumentis, incensa urbe pleraque interiere: Ces choses étaient trop obscures, à cause de leur ancienneté, pour plusieurs raisons, et en particulier pour celle-ci, parce que ce qui était dit dans les commentaires des pontifes et dans les autres monuments publics et privés ayant été brûlés avec la ville ont péri pour la plupart.

Il ajoute qu'aussitôt après le retour des Romains à Rome, les Pontifes se sont inquiétés de reconstituer ces archives détruites et cette reconstitution a dû être faite avec des données suffisamment historiques. Ce qui le montre, c'est la série de noms parallèles, à peu près depuis le début de Rome fondée jusque sous l'empire.

Une preuve de cette historicité est appelée le rotacisme : c'est le remplacement de l's primitif par l'r. Par exemple Papirius était autrefois Papisius. Ce remplacement a eu lieu vers le milieu du III^e siècle av. J.C. Les listes qui sont antérieures à cette date, aussi bien dans les Fastes Capitolins que chez les historiens, continuent à inscrire les noms avec un s. Si ces listes étaient de beaucoup postérieures l's aurait disparu.

Une autre preuve de cette historicité est fournie par la présence dans ces listes des premiers siècles des noms de familles éteintes, des familles patri-ciennes primitives qui n'existaient plus depuis longtemps, dont on avait perdu le souvenir, et par conséquent des faussaires des derniers siècles de la République n'auraient pas inventé ces noms des familles disparues. Parmi les decemvirs, il y en a trois : Romilius, consul de 299/445 et décemvir de 303/451, Sestius, consul en 302/452 et décemvir en 303/451, Curiatius consul, en 301/453 et décemvir en 303/451.

Ces noms sont une preuve de l'authenticité des listes, même si l'on pense que la collection des tables a été détruite par l'incendie de Rome par les Gaulois et qu'elle a été reconstruite ensuite de mémoire après l'événement.

En somme, la tradition romaine, à part des différences de détail - différences dans les prénoms, différences sur quelques noms, intercalation de quelques autres, Genutius ou Minutius - la tradition est si concordante et si ferme en ce qui concerne le decemvirat que les historiens modernes sont à peu près d'accord pour penser qu'il n'y a pas lieu de douter et de la magistrature et de la date de cette magistra-

ture.

Caractère de la loi des XII Tables au point de vue constitutionnel - difficulté de cette question.

Si l'historicité des décevirs paraît une chose assez prouvée, par contre il y a beaucoup plus de difficultés à se faire une opinion ferme en ce qui concerne la forme constitutionnelle et la nature des lois qui auraient été données par eux, la législation qu'ils ont composée.

Quel est le caractère de la loi des XII Tables au point de vue constitutionnel ? Les sources nous disent que la loi des XII Tables fut une loi votée par les comices centuriates, par conséquent ce que les Romains appellent une *lex rogata*, une loi qui aurait été issue d'une *rogatio* régulière des magistrats et votée par l'assemblée du peuple.

Mais les sources ne sont pas unanimes dans cette allégation et, au point de vue historique, cette allégation présente une certaine difficulté.

Les XII Tables ont-elles été une *lex rogata*? Caractère tendancieux du récit de Tite Live.

Si elles n'ont donc pas été une *lex rogata*, les XII Tables ont très bien pu être une *lex data*. Ce sont deux types de lois qui ont cours pendant toute la durée de la République. La *lex data*, c'est une loi qui est rédigée par un magistrat à qui l'on a donné le pouvoir spécial de faire la loi et qui est instituée sans qu'il y ait vote de l'assemblée du peuple.

En ce qui concerne la distinction entre ces deux sortes de lois et ce qu'il faut en penser, il faut remarquer que les précisions au sujet de la loi des XII Tables ne sont données dans nos sources que dans la tradition dernière, dans la tradition de Denys d'Halicarnasse et de Tite Live. Ni Diodore de Sicile, ni Cicéron, ni Pomponius ne nous disent quelle sorte de loi était la loi des XII Tables, Tite Live et Denys d'Halicarnasse, au contraire, sont remplis de détails qui nous rapportent le vote des comices. Ils sont d'accord tous les deux pour dire que les dix premières tables ont été rédigées par les décevirs de la première année, avec le plus grand souci de rester d'accord avec le peuple et le sénat. Ils font discuter leur projet de loi par le sénat, puis ils l'affichent sur des tables provisoires sur le Forum, pour que chacun puisse en prendre connaissance, pour que chacun puisse faire les observations qu'il juge bon de faire. Ceci fait, après avoir cru que tout le monde avait bien vu, ils convoquent les comices centuriates et ils les font voter sur l'ensemble des dix premières tables.

Tite-Live, III, 34, 6 : *Quum ad rumores hominum de unoquoque legum capite adito satis correctae viderentur, centuriatis comiciis decem tabularum leges perlatæ sunt* : Lorsque les corrections faites d'après l'opinion publique sur chaque chapitre de ces lois pa-

rurent suffisantes, elles furent portées devant les comices centuriates.

Denys d'Halicarnasse, X, 57, dit la même chose : Ensuite ils convoquèrent une assemblée du peuple par centuries et là, en présence des pontifes, des augures et des autres ministres du culte divin, après qu'on eût offert les sacrifices ordinaires en pareille occasion, ils demandèrent les suffrages et les lois furent confirmées par le suffrage unanime de tout le peuple.

Cette unanimité, cet enthousiasme du peuple contraste tout à fait avec les récits de la seconde année. Les décemvirs de la deuxième année, les mauvais décemvirs, rédigent les deux tables qui manquaient. On s'attendait à la convocation des comices, les décemvirs n'en parlent pas. Ils laissent passer les dates habituelles de ces convocations. Tite-Live nous dit pourquoi :

Tite-Live, III, 37,4 : Hæc quoque leges centuriatis comitiis perlatae essent, cur, eo magistratu reipublicae opus esset : Si ces lois, elles aussi, avaient été portées devant les comices centuriates, la République n'aurait plus eu besoin de ces magistrats.

Ces décemvirs legibus scribundis ayant écrit des lois, ils n'avaient plus qu'à s'en aller. C'est pour cela qu'ils ne convoquent pas les comices. Ce sont les consuls de l'année suivante, Valerius et Horatius, qui font voter les lois par les comices curiates. C'est du moins Tite-Live, qui ne le dit pas expressément, mais cela résulte de son récit.

Les autres historiens sont muets sur ce point. Le récit de Tite-Live a peu d'autorité, non seulement parce qu'il représente la tradition la plus tardive, mais parce que ce récit est nettement tendancieux. Les détails qui sont accumulés sur la régularité du premier vote des dix tables et sur l'irrégularité des deux dernières ne sont qu'une manière plus forte, plus pittoresque de présenter le contraste que l'on a établi entre les décemvirs de la première année et ceux de la deuxième année.

D'autre part, et c'est là un doute plus important, il est peu probable que la compétence législative des centuries ait existé dès l'époque des XII Tables. Notamment Herzog : *Über die glaubwürdigkeit der aus der roemischen republik ueberlieferten Gesetze* Tubinger (1881) indique que l'activité législative des centuries est postérieure à la loi des XII Tables. Le début de cette compétence législative est obscur et il se peut que l'attribution de la loi des XII Tables à ces centuries ait été un moyen de rendre cette

Vraisemblance en faveur de l'idée que ce serait une lex data.

compétence plus ancienne et plus vénérable.

Par conséquent, s'il est douteux que la loi des XII Tables ait été une lex Rogata, il se peut très bien qu'elle ait été une lex data, c'est-à-dire une loi instituée par les magistrats, en vertu de leur pouvoir extraordinaire. On parle en effet toujours de ce pouvoir extraordinaire donné aux décemvirs et il leur est donné pour écrire les lois. S'il s'agissait simplement pour eux de faire voter régulièrement les lois suivant les règles ordinaires de la constitution, devant les comices, ils n'auraient pas eu besoin de ce pouvoir extraordinaire.

Une deuxième raison de croire à la possibilité de la lex data, c'est que par la suite, dans les temps plus historiques, toutes les fois qu'il s'est agi de faire une loi dans le genre de la loi des XII Tables, une loi constitutionnelle, fondamentale d'une cité, c'est suivant ce procédé de la lex data que ces lois ont été faites.

Toutes les fois, en effet, qu'une province ou une cité conquise par les Romains est agrégée à l'empire romain, est reçue dans la communauté de l'empire romain, il a fallu, pour déterminer le statut que ces cités devaient avoir dans l'empire, nommer des magistrats, que l'on appelle des décemvirs, parce qu'ils sont dix, qui sont chargés de rédiger cette loi constitutionnelle, ce sont les decemvirs sacris facien-dis, qui sont nommés à côté du général vainqueur pour organiser la cité, et notamment la loi Osque de Bantia serait un exemple de ces lois constitutionnelles, de cette lex data.

On voit qu'il est peu probable que la loi des XII Tables ait été une lex rogata, une loi centuriate, qu'il est possible qu'elle ait été une lex data.

Unanimité des historiens sur le fait de l'affichage.

IV- Affichage et destruction des tables de la loi. Commentaires - La question de l'affichage de la loi des XII Tables n'est pas non plus une question sans difficulté. Ce qui est surtout douteux, c'est la durée de cet affichage et la façon dont la loi a été connue par les jurisconsultes et par les historiens des derniers siècles, par ceux qui nous l'ont rapportée.

Sur le fait même qu'elle a été affichée après avoir été composée, il semble que l'on peut être d'accord dans le sens de l'affirmative. Suivant l'habitude, cette loi a dû être affichée à Rome, après avoir été composée. Mais sur ce point, les auteurs sont d'accord sur le fait, sans être d'accord sur le détail, ce qui semblerait indiquer que la tradition est pour l'affichage, mais qu'au fond ils n'en savaient plus rien à l'époque où ils en parlaient.

Diodore, XII, 26, I, nous dit : Le Code de législation ayant été achevé, les consuls le firent graver sur 12 tables d'airain qui furent clouées aux rostrales qui étaient placées à l'entrée du palais du Sénat.

Pomponius, I, 2, 2, 4 : Quas tabulas eboreas praescriptas pro rostris composuerunt ut possint leges apertius percipi : Ils placèrent ces lois écrites sur des tables d'ivoire, devant les rostrales, pour qu'on puisse mieux s'en rendre compte.

Denys d'Halicarnasse, X, 57, 7 : Les lois confirmées par le consentement unanime de tous, les décemvirs les firent graver sur des tables d'airain et les exposèrent aussitôt dans l'endroit le plus apparent de la place publique, où elles pouvaient être vues de tout le monde.

Et enfin, Tite-Live, III, 57, 10 : Priusquam urbem egrederentur leges decemvirales quibus "tabulas duodecim" est nomen, in aes incisas in publico proposerunt.

Dans Denys d'Halicarnasse ce sont les décemvirs qui ont fait graver sur les tables d'airain les dix premières tables. Ici ce n'est pas la même chose : ce sont les consuls de l'année suivante qui, avant de partir pour la guerre, avant de se mettre en campagne, exposèrent en public les lois decemvirales dont le nom est XII Tables, gravées sur l'airain.

Avant cette publication définitive, Tite-Live et Denys-d'Halicarnasse parlent d'une publication provisoire, sans indiquer la matière de cette publication. Il est probable que c'était du bois, suivant l'habitude de Rome, les édits des préteurs, tous les ans, étaient affichés sur des tables de bois devant le Forum.

C'est cette possibilité de la table de bois qui fait longuement discuter les auteurs sur la matière de ces tables. Pour les uns ce pourrait être des tables de bois, pour les autres ce sont des tables d'airain. Personne ne pense que ce sont des tables d'ivoire comme le dit Pomponius. Scaliger, un humaniste du XVI^e siècle, a corrigé eboreas en rebereas, tables de bois, ce qui est plausible, mais arbitraire, Mommsen Juris, Schrif 3, p. 302, 4, propose aëreas, ce qui est une correction beaucoup plus difficile. Les autres sources parlent de tables de bronze.

Le lieu de l'affichage, dans les dernières sources, est vague : à un endroit public, pour qu'on puisse mieux les voir. Dans les premières sources, cet affichage est devant les rostrales, à l'entrée du palais du Sénat, dit Diodore. Il s'agit ici des colonnes rostrales qui étaient placées devant la tribune des orateurs dans le comitium, non pas à l'emplacement

Lieu de l'affichage.

actuel, qui date de l'époque de Sylla, mais dans l'emplacement primitif, qui est parfaitement délimité : il se trouve devant la curie, le lieu où le sénat se réunissait, qui est encore debout et qui sert actuellement d'église. Seulement, là encore, cette curie est la curie reconstruite de l'époque de Sylla. Elle était un peu plus loin, et ces restes, par conséquent étaient sur un endroit qui n'existe plus maintenant.

Les colonnes rostrales sont plus récentes que la loi des XII Tables. Elles ont été élevées une quarantaine d'années après la loi des XII Tables, elles ont été placées en 338/416. Ces colonnes ont été construites pour recevoir les proues des navires après la victoire navale du consul Duilius sur la flotte des habitants d'Antium.

Cette incertitude sur la matière et sur la place de l'affichage semble indiquer qu'à l'époque où les historiens écrivaient on ne savait plus bien où avaient été affichées les XII Tables, et on ne le savait plus parce qu'en 387/367, Rome a été brûlée par les Gaulois et les historiens nous disent que les XII Tables ont péri dans cet incendie.

Cette incertitude sur la matière et sur la place de l'affichage semble indiquer qu'à l'époque des historiens, les XII Tables n'étaient plus affichées. En 387/367 av. J.C. 84 ans après les XII Tables, Rome fut brûlée par les Gaulois et, d'après les Annalistes, les XII Tables furent aussi brûlées dans cet incendie, ce qui semblerait indiquer que la matière de bronze n'était peut-être pas celle sur laquelle étaient incisées les XII Tables. Elles étaient plutôt en bois qu'en bronze.

Après l'incendie où périrent, dit Tite-Live, les registres des pontifes et d'autres monuments publics et privés, les consuls firent rechercher en particulier les lois et les traités qui subsistaient et parmi lesquels étaient les lois des XII Tables: Tite-Live, VI, I, 9, *In primis foedera ac leges (erant autem eae XII Tabulae et quaedam regiae leges) conquiri, quae comparerent, jusserunt : Alia ex iis edita etiam in vulgus quae autem quae ad sacra pertinebant, a pontificibus maximo, ut religione obstrictos haberent multitudinis animas suppressa : Tous les consuls ordonnèrent de rechercher les traités et les lois qui subsistaient, les lois des XII Tables et quelques lois royales. Les unes furent répandues même dans le public (furent éditées en public, il n'y a pas proposita, ni publicata). Mais ce qui touchait aux choses religieuses fut tenu secret par les pontifes qui voulaient garder la multitude dans leur dépendance par le frein*

dela religion.

Vous remarquerez que cette notice, qui n'est pas très claire, ne parle plus d'un nouvel affichage et c'est alors ici que les partisans les plus radicaux de la tradition voudraient préciser et affirmer ce que les sources ne permettent plus d'affirmer, à savoir que l'affichage de nouveau a été fait.

Girard (Mélanges, I, 36) pense pouvoir conclure de ce texte à une nouvelle publication, dans une langue modernisée, ce qui est absolument gratuit. C'est peut-être même la raison pour laquelle l'affichage n'a pas été continué : c'est que la langue était ancienne et le texte lui-même, affiché, n'avait plus pour les Romains d'importance, surtout depuis qu'il était commenté par les jurisconsultes.

La loi a-t-elle
été réaffi-
chée ?

On peut d'autant moins savoir si la loi a été réaffichée que par la suite aucun témoignage direct ne nous est donné de la présence certaine des XII Tables sur le Forum, alors que d'innombrables témoignages de jurisconsultes et d'historiens nous disent que les édits étaient publiés chaque année devant les rostrs, jamais aucun témoignage ne nous dit que les XII Tables étaient publiées à côté ou dans les environs.

Il n'y a non plus aucune trace archéologique de cette publication. Les fouilles du Forum n'ont jamais permis de retrouver des tables de bronze sur lesquelles aurait été la loi des XII Tables.

Il se peut qu'elle ait péri autrement, car ce n'est pas que sur les champs de bataille que l'on fait de la récupération de bronze : le Forum a été pendant des centaines d'années un lieu de récupération de bronze et de marbre.

La façon dont les historiens parlent de cette histoire montre qu'ils ne sont pas renseignés de visu sur cet affichage. Néanmoins Girard voudrait tirer d'un témoignage indirect le fait que les XII Tables ont été affichées sur le Forum jusqu'au milieu du III^e siècle après Jésus-Christ.

Voici quel est ce témoignage indirect : Saint Cyprien, dans son ouvrage ad Donatum, I, II, dit qu'il ne croit pas que le Forum de Carthage (car il était l'évêque de Carthage) ait été plus exempt de péchés que n'importe quel autre lieu, bien que ajoute-t-il, les lois y soient gravées sur douze tables. Les dispositions du droit (les jura) sont publiquement affichées sur ce Forum sur le bronze, et cela n'empêche pas que les délits soient commis au milieu de ces lois, que les infractions, les péchés soient commis au milieu des dispositions du droit.

Voilà sa phrase ; Incisae suit licet leges XII Tabulis et publico aere praefixo jura proscripta sint inter leges ipsas delinquitur, inter jura peccatur : Les lois sont incisées sur XII Tables, les lois sont affichées, un airain public étant fixé sur le mur, au milieu de ces lois elles-mêmes il est commis des délits, parmi les lois il est péché.

Girard (p.18, note 3) déduit, dans une longue note, que l'on peut tirer de ce passage le témoignage que les XII Tables étaient affichées au moins à Carthage, à l'époque de Saint Cyprien, c'est-à-dire au milieu du III^e siècle ap. J.C. Saint Cyprien a été martyrisé dans la persécution de Dèce en 250. Par conséquent on peut en induire, puisque les XII Tables étaient affichées sur le Forum de Carthage, qu'elles étaient à plus forte raison affichées sur le Forum de Rome.

Je crois que c'est tirer beaucoup de ce texte car il faudrait en tirer aussi alors logiquement que la loi des XII Tables étaient affichée dans toutes les villes de l'Empire de la même importance que Carthage, ce qui serait bien étonnant, car nulle part on n'en a trouvé de trace.

Les auteurs ont pensé que le chiffre de XII a été interpolé par un copiste, Le texte disait : Les lois sont affichées sur des tables et ils ont mis : sur XII Tables. Mais dans l'opinion commune, on pense qu'il ne faut pas attacher plus d'importance qu'il ne convient à cette précision de Saint Cyprien, qui n'est qu'une figure de rhétorique, comme cela arrive souvent dans cette langue un peu ampoulée des Pères de l'Eglise de cette époque. Il veut dire : le Forum c'est l'endroit où la loi se montre en public, et cependant cela n'empêche pas que l'on y pèche. Ce raisonnement de Girard paraît à tous les historiens vouloir tirer beaucoup trop de choses d'un si petit témoignage.

Diffusion
de la connais-
sance des
XII Tables
dans le mon-
de romain à
l'époque de
Cicéron.

Donc nous ne pouvons pas affirmer la réalité de la transmission des XII Tables par l'affichage public. Nous pouvons cependant être sûrs que la connaissance des XII Tables était largement diffusée dans le monde romain. Tout le monde, jusqu'aux termes classiques, connaissait mot pour mot le texte des XII Tables, au moins jusqu'à l'époque de Cicéron. Ici nous en avons un témoignage formel : Cicéron nous dit que, dans sa jeunesse, dans les écoles, lui comme ses contemporains, ils ont appris par cœur la loi des XII Tables. On les récitait dans les écoles. Il est vrai, ajoutait-il, que cet usage s'est perdu. Il y avait eu sans doute une réforme de l'enseignement à son époque, et en 702 (52 av. J.C.) lorsqu'il écrivait son traité De

Legibus, cet usage était perdu.

Voici ce qu'il dit : De Legibus, II, 23, 59 : Nos-
tis quae sequuntur : disciebamus enim pueri duodecim
ut carmen necessarium quas jam nemo discit :

Il cite une disposition des XII Tables, dans
son De Legibus, et il ajoute : Mais vous savez ce qui
suit, vous le savez aussi bien que moi, car nous avons
appris, quand nous étions enfant, cela comme un chant
nécessaire, mais aujourd'hui personne ne l'apprend
plus.

Modernisation
progressive de
la langue des
XII Tables
dans les ou-
vrages des ju-
risconsultes.

Voilà comment s'est faite la transmission orale
de la loi des XII Tables, et l'on comprend pourquoi
le texte primitif s'est altéré et s'est graduellement
transformé. Les juriconsultes, lorsqu'ils veulent com-
menter la loi des XII Tables, ne recourent plus au
texte primitif, ils s'en tiennent aux travaux de leurs
prédécesseurs, et dans leurs travaux les juriconsul-
tes nous donnent seulement les dispositions des XII
Tables, les commentaires. Lorsque par hasard, ce qui
n'est pas fréquent - ils citent le texte lui-même, ils
le citent évidemment dans la langue de leur temps
sans s'inquiéter de la langue antique, et par conséquent
même les grammairiens n'ont plus le texte primitif
de la loi.

Il ne faut pas oublier que la loi des XII Tables
se transmet comme une loi en vigueur. Les préoccupa-
tions archéologiques sont des préoccupations moder-
nes, les préoccupations historiques ne sont pas les
préoccupations des Anciens, ce qu'ils cherchent dans
la loi des XII Tables, c'est le droit en vigueur. Par
conséquent, à chaque nouveau commentaire de la loi des
XII Tables elle est modernisée dans la langue, pour
qu'on puisse la comprendre et le juriconsulte n'a
pas de préoccupation scientifique.

Le Latin des
XII Tables
et le latin an-
cien.

Ces préoccupations grammaticales, ce sont les
grammairiens qui les ont eues, mais qui les ont eues
très tard. La science grammaticale, la connaissance
de l'antiquité à titre d'antiquité n'est pas dévelop-
pée avant le VII^e siècle de Rome fondée, au milieu
par conséquent du II^e siècle av. J.C. C'est à l'é-
poque de Varron qu'on s'est penché avec curiosité
sur les antiquités de la langue latine, sur les mots
anciens pour les mots, sur les textes anciens pour
les textes, et par conséquent à cette époque ils ne
connaissent plus le texte primitif de la loi des
XII Tables, sauf quelques expressions archaïsantes
qui les attirent particulièrement.

La loi, dans les commentaires, est beaucoup
plus près de la langue classique que du latin primi-
tif, que de quelques traces de latin primitif dont

nous avons quelques exemples, notamment dans les chants des Frères Arvales ou dans quelques inscriptions anciennes. Ce latin-là n'est plus du tout le latin que nous appelons, nous, le latin des XII Tables, c'est tout autre chose.

Ceci explique probablement pourquoi on ne s'est plus préoccupé de maintenir la loi affichée, si surtout elle avait été affichée dans une matière périssable, parce que cette langue, on ne la comprend plus elle n'intéresse plus les Romains, ce qui les intéresse, c'est la loi elle-même, ce n'est pas la langue dans laquelle elle a été écrite.

C'est un phénomène qui se reproduit à toutes les générations. Les monuments littéraires ont toujours été conservés dans leur dernier état, par le dernier qui les a copiés, et les autres ont disparu. Le respect pour les œuvres monumentales de l'antiquité ne date guère que du XIX^{ème} siècle.

Les commentai-
res de la loi
des XII Tables;
Cneius Flavius.

La loi des XII Tables, par conséquent, d'après la façon dont elle nous a été transmise, a dû très probablement ne nous être transmise que par les commentateurs qui en étaient faits. Elle a servi de base au premier ouvrage de droit civil qui ait été fait, le *jus Flavianum*, écrit une centaine d'années après les XII Tables par le scribe Cneius Flavius, qui aurait volé le livre de son patron, Appius Claudius, pour le donner au public et pour enlever aux Pontifes le monopole du droit. Dans cet ouvrage, il aurait donné les formules des actions de la loi. Pour le récompenser, le peuple le nomma édile curule, en 450/304, par conséquent 150 ans environ après la loi des XII Tables.

Sextus Aë-
lius.

Nous ne connaissons plus que le titre de ce livre : Le *jus Flavianum*. Le plus ancien commentaire proprement dit, c'est celui de Sextus Aelius Paetus Catus, qui était édile en 554, cent ans après, et consul en 556/198 av. J.C. et qui fut censeur en 560/194.

Après Sextus Aelius, on peut peut-être encore compter Servius Sulpicius, contemporain de Cicéron, consul en 703/151. Mais ce commentaire est très peu prouvé. Il résulterait d'une citation de Gaius : D. 50,16,23.7, dans son commentaire des XII Tables, disant seulement : S. Sulpicius a dit.

Labéon.

Au contraire, le commentaire des XII Tables de Labéon est tout à fait attesté, Labéon est un contemporain d'Auguste et il est cité à plusieurs reprises par Aulu-Gelle dans ses *Nuits Attiques* : I,12,18; VI 15,1; XX,1,13.

Voici ce que dit Aulu Gelle, I,12,18 : *Fraeterea etiam in commentariis Labeonis, quae ad XII, Tabulas composuit, ita scriptum est : Adhuc restet, même dans les Commentaires de Labéon qu'il composa sur les XII Ta-*

bles, voilà ce qui est écrit.

De même XX, I, 13, il dit : In libris quos ad XII Tabulas conscripsit : Labéon qui écrivit dans les livres qu'il écrivit sur les XII Tables. De : in libris, on conclut qu'il a écrit plus d'un livre.

Gaius.

Après lui nous trouvons comme attesté le commentaire de Gaius, qui est né sous Hadrien, et qui écrivait sous Commode. C'est ce commentaire en douze livres qui a servi aux compilateurs de Justinien pour les extraits du Digeste. De plus la plupart des jurisconsultes, dans leurs écrits généraux, ont cité la loi des XII Tables.

IV- But et caractère de la loi des XII

Tables.

A quelle occasion les Romains ont-ils eu le dessein de légiférer ? Quelles sont les causes qui les ont amenés à cette codification du droit civil et, par suite, quel est le véritable caractère de la loi ? Voilà la première question que nous devons examiner.

Les deux mobiles dégagés par les historiens de la rédaction des XII Tables.

Si nous cherchons dans les historiens quelles étaient les conceptions des Romains à ce sujet, nous trouvons indiquées deux sortes de mobiles à la législation : pour les uns les XII Tables auraient eu pour but d'établir l'égalité de droit entre tous les citoyens, pour les autres, la loi est issue du désir de substituer au droit coutumier le droit écrit.

1°- Le souci d'assurer l'égalité entre patriciens et plébéiens (Denys d'Halicarnasse et Tite-Live).

Examinons le premier mobile : les Romains auraient voulu mettre fin à l'inégalité de condition entre les deux classes de citoyens, les patriciens et les plébéiens. La loi des XII Tables leur donne le même droit civil et elle supprime, par le fait même de la législation, ou tout au moins elle réduit, le privilège des magistrats patriciens chargés d'appliquer la loi.

Ces mobiles, nous les trouvons indiqués dans Denys d'Halicarnasse et surtout dans Tite-Live. Denys d'Halicarnasse, X, I, 2 : "A cette époque il n'y avait aucune égalité dans la législation entre les Romains, il n'y avait aucune égalité de droit".

Tite-Live insiste davantage. Nous trouvons répété le même mobile à de multiples endroits de son Histoire des XII Tables, Livre III, ch. 31, 7, ch. 34, 3, ch. 56, 9, ch. 61, 6, ch. 67, 9 et il répète, dans tous ces endroits, que la loi a cherché à établir l'*aequatio juris*, l'égalité du droit : "Les tribuns plébéiens qui réclament la loi disent : Laissez choi-

sir parmi les deux ordres, patriciens et plébéiens, des commissaires chargés de rédiger dans l'intérêt général des lois qui assurent à tous une égale liberté".

Puis il juge aussi la rédaction: "Les décenvirs avaient autant que dix hommes en sont capables, mis tous leurs soins à établir l'égalité devant la loi entre les grands et les petits : jura aequasse, égaliser les droits". Appius Claudius, lorsqu'il se défend après sa chute contre les accusations intentées contre lui par Virginus, dit : J'ai donné des lois égales à la plèbe romaine, j'ai soulevé contre moi la haine des patriciens en abdiquant le consulat, quod aequandarum legum causa : dans le but d'égaliser les lois.

Les consuls de l'année suivante; Horatius et Valerius, lorsqu'ils font les levées militaires, disent : Montrez que l'établissement de l'égalité entre les citoyens n'a pas diminué votre courage ; aequatis legibus, les lois ayant été égalisées.

Et enfin, les patriciens se plaignent en disant: Sous prétexte d'égaliser les lois nous avons souffert la suppression de nos droits.

Nous avons dit que, considérée sous cet angle la loi des XII Tables devient un des événements des luttes sociales, des luttes entre patriciens et plébéiens, dans la cité. Nous avons dit aussi que la présentation des XII Tables sous ce jour appartient à la période la plus récente de la tradition. Elle n'apparaît que dans Denys d'Halicarnasse et dans Tite-Live et surtout dans Tite-Live, et cette conception est la principale pierre d'achoppement qui fait douter de l'historicité de la loi, car c'est surtout en se fondant sur les contradictions et les invraisemblances que cette conception introduit dans le récit que les modernes adversaires attaquent la loi des XII Tables, non seulement Ettore Pais et Lambert, mais plus spécialement encore Baviera.

Invraisemblance de cette explication contraire au silence

des XII Tables sur

la distinction entre patriciens et plébéiens sauf

pour maintenir

Non seulement cette perspective fausse l'histoire des décenvirs, mais en fait nous ne la retrouvons pas dans ce que nous pouvons connaître de la loi. Cette loi soi-disant destinée à régler les détails de l'égalisation des deux ordres, ne nomme jamais ces deux ordres. C'est un véritable prodige.

La seule fois où plébéiens et patriciens sont nommés, ce serait précisément parce que la loi consacrerait leur inégalité la plus forte, la défense de se marier. Et ici encore nous avons fait remarquer que considérer la loi des XII Tables comme ayant établi entre patriciens et plébéiens la défense de mariage,

entre eux
l'interdiction
de se marier.

c'est une fausse perspective. Tout ce qu'elle a pu faire, ce n'est pas de porter une règle positive de prohibition, mais de laisser cette prohibition subsister. Personne ne doute en effet qu'avant la loi des XII Tables, de même que sous son empire, les plébéiens et les patriciens n'avaient pas encore le droit de se marier. Ce qu'il y a de nouveau, c'est qu'une loi romaine positive, la loi Canuleia ait permis ces mariages.

De même la loi des XII Tables n'a pas aboli le monopole des magistrats patriciens. Par conséquent comme le dit de Francisci, elle aurait été une faille complète si tel avait été son but.

Il est donc assez étrange que les auteurs modernes continuent, pour la plupart, à admettre et à répéter cette explication historique de la loi. Ils l'acceptent dans son sens général, bien que reconnaissant sa faiblesse dans le détail et la solidité des arguments des adversaires. En ce qui me concerne, je n'hésite pas à la rejeter et à donner raison sur ce point à ceux qui combattent la tradition. La lutte des patriciens et des plébéiens doit être écartée de l'histoire des XII Tables. C'est une fausse explication du fait historique.

Ce n'est pas d'ailleurs un cas isolé. Il est probable que tous les épisodes des premières dizaines d'années de la République sont ainsi faussement colorés par les historiens comme représentant ces luttes sociales qui, en réalité, sont plus nouvelles. Tous ces épisodes mériteraient d'être repris et étudiés à ce point de vue. J'ai essayé, il y a quelques années, d'expliquer l'histoire de Spurius Cassius. L'année dernière, à propos des formes du mariage et des rapports entre la *confarreatio*, la *coemptio* et l'*usus*, j'ai essayé de montrer la fausseté de l'explication qui, cette fois-ci, émane des auteurs modernes, par laquelle la présence simultanée dans le droit romain de ces différentes formes de mariage proviendrait de l'opposition entre patriciens et plébéiens.

L'hypothèse, en effet, courante, dans tous les manuels, c'est que la *confarreatio* est le mariage religieux et le mariage des patriciens, tandis que la *coemptio* et l'*usus* seraient des mariages purement civils et inventés pour les plébéiens. J'ai essayé de montrer comment la *coemptio* et l'*usus* étaient accompagnés de cérémonies religieuses comme toutes les autres formes du mariage romain, tandis que la *confarreatio* paraît être un mode plus spécialisé.

D'une façon générale on peut dire que les nombreuses hypothèses, qui dans les manuels, tendent à expliquer des institutions juridiques par cet anta-

gonisme des patriciens et des plébéiens mériteraient d'être de nouveau soumises à la critique. La plupart du temps ce sont des hypothèses complètement arbitraires, données sans commencement de preuve et sans support dans les textes. Elles sont extrêmement commodes, et pour ainsi dire à portée de la main, mais elles sont inutiles. Ces explications trop faciles, la plupart du temps, n'ont pas fait progresser la connaissance des institutions.

Le cas typique est celui du mariage. Depuis Niebuhr, qui a lancé l'hypothèse, ces formes du mariage ont été étudiées en fonction des patriciens et des plébéiens et cette étude n'a pas le moins du monde progressé.

Dans le cas des XII Tables, l'hypothèse patricio-plébéienne est plus ancienne puisqu'elle remonte aux explications des historiens romains, mais elle n'en est pas moins fautive.

2ème explication plus ancienne :
codification du droit coutumier alors en vigueur.

Reste la deuxième explication : la loi des XII Tables aurait été portée pour transformer le droit coutumier en droit écrit, le but aurait été purement et simplement la rédaction, la codification du droit en vigueur.

Dans les auteurs anciens, c'est l'explication la plus légitime et c'est en même temps la plus ancienne. Elle nous est donnée par Pomponius, sans que celui-ci parle de plébéiens et de patriciens, D. I, 2, 2, 3 : Iterumque coepit populus romanus incerto magis jure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem... Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros per quos peterentur leges a graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus. De nouveau le peuple romain commença à vivre sous l'empire d'un droit incertain et d'une coutume plutôt que sous l'empire d'une législation positive..... Pour que cette situation prit fin, on décida, avec le consentement de tous, de créer des décenvirs par l'intermédiaire de qui les lois seraient demandées aux cités grecques et la cité serait fondée sur les lois.

Tous les historiens donnent cette même raison, y compris les représentants de la tradition la plus nouvelle, Denys d'Halicarnasse et Tite-Live. Ils ajoutent seulement cette seconde raison à la première, car Denys d'Halicarnasse, après avoir dit que les Romains ne vivaient pas à cette époque sous l'égalité du droit, ajoute : "Et les droits n'étaient pas encore établis tous sur la loi écrite".

Tite-Live, Livre III, ch. 32, 6 dit que les tribuns insistèrent pour que l'on commençât à écrire les

lois, initium legum scribendarum.

Et encore, Livre, III, ch. 34,6, il dit que les décemvirs ont été créés pour fonder le droit : ad condenda jura creati.

Diodore de Sicile nomme les décemvirs : ceux qui écrivent les lois, les nomographes.

Cicéron, de République, II, 60, dit que les décemvirs sont ceux qui sont chargés d'écrire les lois, et ces indications sont confirmées par le nom même qui fut donné aux décemvirs dans les Fastes Capitolins, en l'année 303 ; les magistrats sont appelés decemviri consulari império legibus scribendis, ce qui a été abrégé en decemviri legibus scribundis. C.I.L. VI, 2011 et XIV, 223: Suetone : Tibère, II. Aulu-Gelle : Nuits Attiques, XVII,21, 15.

Ainsi l'inspection des sources montre que les plus nombreuses et les plus anciennes sont muettes sur le premier motif, elles ne parlent pas de l'égalisation de droit entre les citoyens, elles ne parlent pas de la suppression des privilèges des magistrats patriciens, mais elles parlent de la création du droit écrit, de la codification de la législation, de la transformation du droit coutumier incertain et obscur en une législation positive, en vertu de laquelle la cité serait fondée sur les lois.

Nécessité de compléter cette explication par une hypothèse.

Faut-il s'en tenir purement et simplement à cette indication des sources? L'accepter telle quelle sans essayer d'aller plus loin? C'est ce que font la plupart des auteurs. Je n'en excepte qu'un seul, Perozzi : Istituzioni, I, 2ème édition, p. 47; p. 650, 1928 Tome II, 2ème éd. p. 456. Les auteurs donnent pour raison que les sources n'en disent pas davantage. Cela est exact, mais c'est une raison insuffisante. Il ne faut pas oublier en effet que, toujours et partout, l'hypothèse en histoire est faite pour expliquer les sources, pour les dépasser et pour apercevoir à travers leur sécheresse ce qui nous est caché.

Peut-on concevoir, en s'en tenant strictement à ce que les sources énoncent, que les Romains aient voulu faire une codification purement formelle, une sorte de modification réglementaire de leur droit? Ils n'auraient eu, en somme, comme but, qu'une rédaction des coutumes, une rédaction du droit coutumier, sans modification du droit ancien, comme l'a été, dans un certain sens notre rédaction des coutumes au XV^e et au XVI^e siècle. Ils auraient senti le besoin seulement de rendre leur droit plus clair, moins incertain, sans que cette transformation ait été liée à un changement dans leur condition politique ou sociale, néces-

sitant une modification plus profonde, sans que les transformations de la cité aient rendu nécessaire une réforme du droit lui-même.

C'est bien le point de vue auquel s'arrête Berger dans son article de Pauly-Wissowa, souvent cité. C'est un point de vue, mais on ne peut se défendre de le juger un peu étroit et l'on donnerait volontiers raison à Lambert lorsqu'il essaie de prouver, à l'aide du droit comparé, que cette préoccupation de clarifier le droit, de le fixer, sans qu'elle ait été amenée involontairement par une raison plus profonde, n'est pas une préoccupation de peuple primitif.

C'est en effet une idée savante et artificielle, qui représente un moment beaucoup plus avancé du droit par exemple qui représente le moment où un droit et une civilisation antérieure se rencontrent avec une civilisation supérieure. C'est ce qui s'est passé pour les coutumes barbares, lorsqu'elles se sont rencontrées avec le droit romain, après les Invasions, et c'est ce qui a donné l'occasion de la codification du droit barbare dans le Bréviaire d'Alaric ou dans le Code des Wisigoths. Dans une certaine mesure, c'est la préoccupation qui a guidé nos rédacteurs du Code civil, et surtout les précédents du code civil, l'essai de codification de D'Aguesseau au XVIII^e siècle car pour le code civil lui-même il a été précédé d'une révolution qui a transformé le droit.

L'explication patricio-plébéienne avait au moins cet avantage de donner à la législation décenvirale un fondement à la fois plus vraisemblable et plus profond. C'aurait été le besoin de régler une situation nouvelle, de détruire des privilèges existants qui aurait fait réglementer le droit nouveau. Le malheur, comme nous l'avons dit, est que cette explication ne paraît pas correspondre à la réalité historique, qu'elle a été une invention tardive, qu'elle ne correspond pas davantage au caractère de la loi.

Mais il y a place, semble-t-il pour une autre explication. C'est l'hypothèse que je vais essayer de développer et de fonder à la fois sur l'étude de l'histoire des XII Tables et sur l'examen de ses dispositions.

Cette hypothèse consistera dans la tentative de lier la législation décenvirale à quelque chose de beaucoup plus important que des préoccupations purement réglementaires. Nous essaierons de la lier à une transformation de la cité, et par suite, à une transformation du droit réglant les rapports des citoyens entre eux. Nous essaierons d'établir que la loi des XII Tables a véritablement été la création du jus ci-

Hypothèse proposée : liaison de la législation centumvirale à une transformation de la cité et du droit réglant les rapports des citoyens.

vile, c'est-à-dire la création du droit considéré comme émanant de la civitas, comme étant exprimé par les autorités de la cité, qui deviennent les arbitres du droit des citoyens.

C'est cette loi des XII Tables qui a, sinon créé, du moins consacré le pouvoir judiciaire, faisant de la cité le fondement et la source des droits privés des citoyens.

La conquête étrusque et la fondation de la Rome historique.

En effet, si nous écartons les légendes qui entourent la fondation de Rome, la légende grecque faisant d'Enée et de ses descendants les fondateurs d'Albe et de Rome, la légende romaine racontant l'histoire de Romulus et de la louve, l'opinion générale des historiens modernes est que la véritable fondation de la Rome historique est due à la conquête par les Étrusques du sol romain et des tribus qui l'habitaient. C'est cette conquête qui a organisé la cité dont nous connaissons encore les institutions.

Cette conquête est marquée sur le sol de Rome par l'enceinte de murailles dite enceinte de Servius Tullius.

Cette enceinte est encore visible dans la configuration de la Rome moderne.

C'est à cette conquête qu'est due l'organisation administrative de la cité, la création de son centre, le Capitole, qui est à la fois centre religieux et administratif, l'endroit où siègent les dieux et les autorités de la cité. Le temple de Jupiter Capitolin a été fondé par les Tarquins sur le Capitole.

Les petites cités antérieures à la conquête. Les gentes et leur rôle.

Avant cette fondation, l'archéologie a permis par des fouilles de reconnaître l'emplacement de cités beaucoup plus petites sur les sommets des collines dont l'ensemble compose la ville de Rome. Ces fouilles ont permis d'identifier la cité du Palatin, La Roma quadrata, qui est celle que l'on attribue à Romulus, la cité du Quirinal, les cités du Viminal, de L'Esquilin, de Caelius et de l'Aventin.

Ces petites cités très réduites étaient surtout composées par une enceinte fortifiée sur la hauteur. C'était le lieu de défense de la tribu et en même temps le centre religieux qui comportait l'habitation du dieu protecteur de la tribu : le temple. Probablement aussi se trouvait sur la hauteur le lieu de marché et de réunion.

Des embryons d'institutions municipales de ces tribus, nous ne connaissons rien. Tout ce qui nous est dit par les historiens n'est que la projection dans le passé des institutions du temps postérieur, c'est-à-dire de la cité de Tarquin.

Les historiens pensent, d'après les institutions

des temps postérieurs que nous connaissons que les familles qui composaient ces tribus n'étaient pas l'unique groupe s'interposant entre l'individu et la cité. Entre la cité et chaque famille il y avait encore un groupe plus étendu, groupe des familles qui étaient ou qui prétendaient être de même origine, avoir un auteur commun. Ce groupe, c'est la gens.

Chaque gens avait une vie très autonome. Elle avait probablement son territoire, propriété collective de la gens. C'est ce territoire qu'elle cultivait et dont les produits fournissaient les ressources de sa vie. Chaque gens vivait sous le régime d'une économie fermée, de ce que nous appelons d'un mot très moderne l'autarcie.

Chaque gens avait ses chefs, ses assemblées, et ses coutumes. Elle formait un groupe indépendant des autres gentes, un organe de défense et de vie pour l'ensemble de ses membres, les gentiles.

L'hypothèse gentilice, qui a été développée surtout par les historiens italiens, en particulier Bonfante, voit dans la gens le groupe primitif, absolument indépendant des autres, la première figure de l'Etat. Chaque gens aurait été dans les débuts un groupe absolument souverain, indépendant des autres gentes et formant un véritable état de droit public.

Contre cette hypothèse excessive, on répond que cette conception d'une gens absolument indépendante n'est qu'une vue de l'esprit, spécialement de l'esprit juridique, car elle ne peut pas être historiquement constatée.

Les constatations les plus anciennes de l'histoire, ce sont ces constatations que nous permettent de faire les fouilles archéologiques, ce sont ces petites cités antérieures à la ville de Rome, qui étaient au sommet des collines. Or, rien ne nous permet de dire que ces enceintes étaient des habitats d'une gens particulière. Au contraire, c'était déjà le centre d'une tribu qui, par son importance, paraît avoir été composée de plusieurs gentes, d'un groupe de gentes.

Mais en même temps, même les adversaires les plus déterminés de l'hypothèse gentilice dans son expression la plus radicale, reconnaissent que, dans cet état antérieur, la gens jouait un rôle beaucoup plus important qu'elle n'en a joué dans la cité historique et que la gens, même au milieu de cette agglomération composant la tribu, était une cellule sociale indépendante et fermée, ayant ses coutumes. Dans l'intérieur de la gens, la vie des membres était réglée par les coutumes familiales et ils étaient sou-

mis aux chefs de la gens, quels qu'ils soient.

Entre gentes il y avait peu de rapports de droit privé. La vie journalière était une vie autonome. Entre les gentes du même groupe, il y avait quelques transactions commerciales, des achats, des ventes et des échanges d'objets usuels : bétail, métal, etc.... Ces échanges étaient réglés par des coutumes qui paraissent avoir été un droit formaliste, faisant naître des engagements dont toute la gens paraît avoir été solidaire. C'est un droit formaliste et exprimant une solidarité collective.

Les conflits
entre gentes
et leur règle-
ment : la
guerre privée
puis l'arbi-
trage volon-
taire.

Lorsqu'il y avait des conflits entre les gentes conflits soit de droit privé (engagements non tenus) soit de droit pénal (délits commis par les membres de la gens contre les membres d'une autre gens) ces conflits étaient réglés par des tractations entre les gentes. Si la gens du coupable ne reconnaissait pas la faute en livrant le coupable à l'autre, le conflit pouvait être réglé par la force. Il y avait entre elles des guerres privées, il y avait entre elles ce que l'on appelle la vengeance privée.

Mais à ce régime des gentes, on voit se substituer un autre régime plus civilisé déjà : l'arbitrage. Chacune des parties s'en remet au jugement d'un arbitre pour dire le droit sur la difficulté soulevée et au début cet arbitrage paraît avoir été volontaire. La forme de la procédure romaine montre très nettement le caractère primitivement volontaire de la soumission à cet arbitrage.

La procédure romaine est essentiellement formaliste et elle commence primitivement par un accord sur le point à soumettre à l'arbitre. L'arbitre a été librement choisi par les parties, soit parmi les autres membres de la tribu, soit même l'arbitre naturel : le prêtre ou le chef du groupe. C'est en effet le même personnage qui est à la fois le chef d'armée et le prêtre.

L'organisation
de la cité a-
près la conquête
étrusque.
Luttes qu'elle
soulève avec
les gentes.

La conquête étrusque, en groupant ces tribus en une plus grande cité, a organisé plus fortement le pouvoir central, a augmenté sa force, a augmenté l'autorité des chefs de la cité. Dans l'histoire la chute des Tarquins apparaît comme une réaction du peuple des gentes contre le chef de la cité, contre celui que l'on commence à appeler déjà à cette époque : le tyran.

Mais, à la suite de cette conquête, la cité est fondée et reste fondée. Par conséquent, malgré cette réaction momentanée, ces institutions vont se développer et elles organisent fortement les pouvoirs publics.

Naturellement cette organisation de la cité ne peut se faire qu'aux dépens des gentes, qu'aux dépens de leur indépendance. Elle n'a pas dû se faire sans lutte. Ce sont ces luttes entre les gentes et la cité dont l'histoire n'a conservé aucun souvenir et elle l'a colorée, à mon avis faussement, des couleurs des luttes sociales postérieures entre patriciens et plébéiens.

La division du sol romain, les tribus rustiques substitution de la propriété privée à la propriété gentilice peu avant les XII Tables. Importance de ce fait.

Mais c'est bien à cette époque, entre la chute des rois et la loi des XII Tables que se constituent la cité et son autorité. On connaît la célèbre hypothèse de Mommsen sur la division du sol romain, le sol de la cité de Rome est divisé territorialement en tribus. Il expose longuement cette division dans son *Droit public*, Tome VI, p. 180 et suivantes. Ce volume fait partie du *Manuel des Antiquités Romaines* de Mommsen et Marquardt traduit en français sous la direction de G. Humbert, 19 volumes.

D'après cette hypothèse la création des seize premières tribus rustiques qui divisent le sol romain aurait coïncidé avec le partage des terres appartenant aux gentes. Cette division du sol coïncide en effet d'une façon sûre et historique, avec l'établissement de la propriété privée sur la terre. Toutes les fois qu'un sol nouveau est conquis, on l'organise en l'intégrant dans une tribu romaine, en divisant les champs officiellement arpentés par les arpenteurs romains.

Ces champs entrent dans le *dominium ex jure quiritium*, dans la propriété privée.

D'après Mommsen, cet établissement des seize premières tribus, qui coïncide avec l'établissement de la propriété privée, aurait été le partage des terres gentilices. Ce partage aurait peut-être été fait avant l'an 250 de Rome fondée (504 av. J.C.). A ce moment-là, les Annalistes parlent de la création d'une tribu Claudia, mais les historiens modernes considèrent qu'il s'agit plutôt ici d'un territoire qui aurait été concédé à la gens Claudia, au moment où cette gens aurait quitté son pays d'origine la Sabine pour venir s'intégrer tout entière dans la cité romaine.

En tous cas, cette division des seize premières tribus rustiques aurait été faite avant 283 de Rome fondée (471 av. J.C.) 20 ans à peine avant les XII Tables (303-351).

Or la suppression de la propriété gentilice, la création de la propriété privée des fonds de terre c'est évidemment la mesure la plus grave, la plus efficace qui a été prise contre l'autonomie des gentes. On peut dire, après qu'elles n'ont plus la proprié-

té collective du sol sur lequel elles vivent, que la puissance des gentes a disparu et que la fusion des citoyens est une oeuvre accomplie. Ceci se passe dans la période immédiatement antérieure à la loi des XII Tables.

Le peuple des gentes vivait et nous arrivons maintenant plus précisément à notre hypothèse-vivait sous l'empire du droit coutumier, ce droit coutumier qu'on appelle aussi le droit non écrit, par opposition à la loi. Ce sont des usages que les peuples sous l'empire de qui ils vivent, acceptent sans les discuter. D'après leur conception, la coutume ne dépend pas du peuple qui y est soumis, ce n'est pas lui qui l'a créée. En suivant leurs coutumes, les peuples suivent les *mores majorum*, les coutumes des Anciens, et ces coutumes des Ancêtres, elles ont été établies par les dieux. Le *fas*, le droit religieux ne se distingue pas encore du *jus*, du droit civil. Par conséquent, il n'est au pouvoir de personne, spécialement pas au pouvoir de ceux qui y sont soumis, de créer ce droit coutumier, pas plus que de le changer. Il n'y a pas d'organes législatifs apparents. Il y a toujours des transformations, la vie se charge continuellement de transformer la vie; les transformations sont insensibles, cachées et n'apparaissent pas aux yeux de ceux qui les subissent. Voilà le droit coutumier ancien, qui ne dépend pas de la cité.

Tout autre est le *jus civile*, le droit de la cité. D'après son nom même, c'est celui qui a été établi par les autorités de la cité, que ce soient les magistrats, que ce soient les interprètes du droit, que ce soit le peuple lui-même votant dans les comices. Par conséquent quel que soit l'organe qui exprime le *jus civile*, il apparaît comme étant décidé librement, comme étant soit voté par le peuple, soit donné par les magistrats. Le *jus civile* c'est un ensemble de dispositions formelles, que l'on a acceptées ou rejetées.

Or, tous les auteurs modernes admettent que le droit privé, c'est-à-dire ces règles qui régissent les rapports des hommes entre eux avant les XII Tables étaient exclusivement de droit coutumier, par conséquent d'un droit qui n'a pas été établi par la cité qui vient des *maiores*, qui vient des dieux.

Au contraire, depuis la loi des XII Tables, c'est la loi qui régit les rapports privés des citoyens entre eux et cette loi c'est la cité qui l'a établie. C'est en ce sens que Pomponius, lorsqu'il parle des *décemvirs*, dit : Les *décemvirs* par qui la cité fut fondée sur les lois. Et c'est aussi dans ce sens que Tite-Live nous dit : La loi des XII Tables est

Opposition de caractère entre le droit des gentes, coutumier et fondé sur les *mores majorum* indépendant de la cité et le *jus civile* établi par les autorités de la Cité.

Transformation
du fondement
du droit opéré
par la loi
des XII Tables.

la source de tout le droit public et privé.

C'est en ce sens alors que nous dirions, en y attachant une importance beaucoup plus technique, beaucoup plus précise que les auteurs en général, que la loi des XII Tables a fondé le jus civile. A partir du moment où la loi des XII Tables a réglé d'une manière formelle ces rapports privés entre les citoyens il y a eu un grand changement; le droit au lieu d'être fondé sur les coutumes immémoriales, sur les mores, majorum; le droit est fondé sur le droit de la cité.

Faut-il accepter que cette transformation ait été purement formelle, que droit coutumier ou jus civile, pour le fond des choses, ce soit le même droit sans changement, que l'on se serait contenté, seulement à ce moment de prendre les règles du droit telles qu'elles existaient déjà et de les codifier telles qu'elles, sans les avoir modifiées, seulement dans le but scientifique d'avoir un droit plus clair?.

Je pense que ce mobile de législation n'est ni suffisant, ni même vraisemblable. Mon hypothèse est que la loi des XII Tables représente une transformation beaucoup plus profonde dans l'état de la législation romaine, dans l'état du droit. Et lorsqu'on dit que la loi des XII Tables a fondé le droit civil cela ne veut pas dire que la loi des XII Tables a simplement écrit ce qui existait, mais qu'elle a consacré la transformation dans les moeurs, dans le droit des Romains.

Cette transformation a consacré le triomphe des autorités de la cité sur l'ancien système qui établissait les rapports de droit, qui les fondait sur autre chose que l'autorité de la cité, sur le droit coutumier de gentes indépendantes de la cité.

La loi des XII
Tables aboutis-
sement de con-
quêtes progres-
sives des au-
rités de la
cité sur les
coutumes gen-
tilices et
point de dé-
part d'un dé-
veloppement
indéfini du
droit civil.
Transaction
entre le Jus
civile et le

A ce point de vue là, la loi des XII Tables, c'est l'aboutissement d'un mouvement qui venait de beaucoup plus loin, de ce mouvement qui a commencé avec la cité, qui a commencé à être vraiment fort à partir des Tarquins et qui n'a fait que se développer par la suite.

A ce point de vue-là, tout n'est pas nouveau, bien entendu, dans la loi des XII Tables. Elle n'a fait que consacrer des conquêtes faites successivement et commencées depuis longtemps sur les usages indépendants des gentes. Elle a été un aboutissement mais en même temps elle a été un point de départ : en fondant le droit privé sur le droit écrit, sur la cité, en créant le jus civile, la loi des XII Tables a fait quelque chose de nouveau, susceptible d'un développement indéfini.

Ce point de vue nouveau a amené la création de

droit ancien.

règles nouvelles. Elle n'a pas seulement précisé et réglementé les pouvoirs conquis par la cité et par ses autorités, la loi des XII Tables a dû régler les relations entre ce droit coutumier ancien et le jus civile nouveau. Elle a organisé une sorte de transaction, de compromis entre le jus civile et la partie du droit ancien qui n'était pas inconciliable avec lui, qui a été conservé sous ce nouvel aspect de jus civile.

Voilà l'hypothèse à la lumière de laquelle nous allons essayer d'étudier les XII Tables. Il ne suffit pas, bien entendu, de la lancer, ce qui est intéressant, c'est de la vérifier. Pour être scientifique, une hypothèse de cette sorte doit remplir une condition négative, d'abord: elle ne doit pas contredire les faits connus; si elle est en contradiction avec un fait matériel il est inutile d'aller plus loin, on peut la ranger dans le magasin des accessoires périmés. Contre le fait, en histoire, rien ne doit résister; les meilleurs raisonnements du monde ne valent rien s'ils sont contredits par les faits.

Puis, pour être scientifique, pour être utile il faut qu'elle éclaire d'une façon meilleure que les hypothèses précédentes le plus grand nombre de faits possibles, qu'elle les explique mieux, qu'elle permette de mieux en comprendre la signification. C'est en quoi l'hypothèse de Lambert sur les XII Tables et cette idée prétendue que les XII Tables auraient été une oeuvre d'imagination de Sextus Aelius Petus Catus, cette hypothèse n'a aucune valeur, parce que, d'abord elle est en contradiction avec les faits, et qu'ensuite elle n'explique rien de mieux que les hypothèses précédentes. A ce point de vue, elle mérite d'être rejetée.

Etude de la loi des XII Tables à la lumière de l'hypothèse proposée. Points qu'elle permettra d'éclairer. L'importance de la procédure dans la Loi des XII Tables. Ses caractères

Nous devons donc étudier la loi des XII Tables, à la lumière de cette hypothèse, dans le cours de cette année. Je crois qu'elle nous permettra de nous rendre mieux compte d'un grand nombre de ses dispositions. Elle explique bien pourquoi la plus importante des dispositions des XII Tables, celle pour laquelle la législation paraît surtout avoir été faite, c'est pour l'organisation de la procédure.

C'est par l'organisation de la procédure que la loi des XII Tables, et traditionnellement depuis celle-ci, toutes les oeuvres de droit romain commencent toujours. Même encore, dans les cours généraux de première année, les professeurs, malgré que ce soit un sujet un peu difficile, commencent volontiers par l'exposé de la procédure. C'est une tradition loin-

taine, puisqu'elle remonte à la Loi des XII Tables.

Pourquoi la loi des XII Tables débute-t-elle par la procédure ? Parce que le jus civile est créé par la possibilité pour les citoyens de recourir à l'arbitrage de l'Etat. A partir du moment où l'autorité civile s'est reconnue l'arbitre des rapports privés, le jus civile est fondé, on a trouvé la sanction.

Nous verrons que toute cette procédure formaliste porte de tous côtés la trace d'un état antérieur, qui ne devait pas être bien éloigné des XII Tables, puisque dans la procédure réglée par les XII Tables, il est encore tout à fait vivant. C'est cet état antérieur où les conflits entre particuliers n'étaient pas réglés par cet arbitrage de l'autorité.

Il y a encore des procédures des actions de la loi, telles que la manus injectio, telle que la pignoris capio, et encore mieux, telle que l'in jus vocatio, le début de toutes les procédures, qui sont encore des procédures extra-judiciaires où l'autorité n'intervenait pas. Nous verrons que l'autorité a consenti, et peut-être même quelquefois avec difficulté, à servir d'arbitre entre les parties, mais elle n'a pas encore consenti, et elle a mis longtemps avant d'y consentir, à employer son gendarme pour faire appliquer son arbitrage, elle laisse cet arbitrage à appliquer aux citoyens.

L'autorité ne se préoccupe pas d'amener les plaideurs devant elle, c'est l'affaire des plaideurs. L'intervention du magistrat apparaît comme étant, pour ainsi dire, artificiellement plaquée sur des procédures plus anciennes. La soudure est encore tout à fait visible dans une procédure comme celle du sacramentum. Cette soudure apparaît même comme étant faite par le plaideur et non pas par l'autorité.

En somme nous verrons que la loi des XII Tables règle dans le détail la procédure, aussi bien la procédure qui se passe hors du pouvoir judiciaire, que la procédure devant le pouvoir judiciaire, parce qu'elle veut fixer d'une manière précise ce qu'il est permis de faire, ce qu'il n'est pas permis de faire. Mais dans cette fixation, elle réduit au minimum le rôle du juge.

Toute cette fixation par la loi porte un nom qui est bien caractéristique, ce sont les actions de la loi. Nous verrons que Gaius ne savait plus ce que voulait dire ce nom.

Je pense que actions de la loi a voulu dire avant tout : actions de la loi des XII Tables. C'est parce que la loi des XII Tables a établi la procédure et parce que cet établissement par la loi des XII

Les actions
de la Loi.
Sens de cette
expression.

Le droit pénal.

Tables a paru un point de départ, une création nouvelle dans un certain sens, que la manière de plaider des Romains s'est appelée actions de la loi.

De même dans le droit pénal nous verrons les traces les plus évidentes du droit antérieur, de l'ancien droit coutumier. Nous verrons que pour un des délits, le délit d'injure, la loi des XII Tables maintient côte à côte, suivant le délit, la vengeance privée de l'ancien système, avec la composition volontaire et à côté de cela, elle établit la composition forcée, le tarif de la loi, 25 as, 300 as, 150 as.

Ce tarif de composition établi par la loi, de par sa nature, elle laisse aux parties le soin de l'appliquer. On voit là la trace du droit primitif. Puis, à côté de cela des actions qui organisent le recours par la voie judiciaire.

La propriété.
L'auctoritas
et l'usucapio.

Enfin, dans la loi des XII Tables, nous relevons des traces de l'intervention de la loi, pour établir la concordance entre les règles de l'ancien droit privé qui subsistent, et la nouvelle réglementation du droit civil. C'est ici que nous essaierons d'expliquer le rapport qu'il y a entre l'ancien fondement de la propriété, qui est l'auctoritas du vendeur et le nouveau fondement de la propriété reconnue par le droit civil, qui est l'usucapion, le fait que pendant un certain temps, on a possédé le bien. La Loi des XII Tables a fixé d'une façon précise le délai : un an, deux ans. Mais à partir de ce moment l'usucapion est venu protéger la propriété d'après la loi, La loi des XII Tables règle le rapport entre ces deux fondements, en disant que pendant les deux années nécessaires, ou l'année nécessaire à l'usucapion, il y aura l'auctoritas du vendeur; au bout de ces deux années, comme on n'en aura plus besoin, l'auctoritas du vendeur est éteinte. Nous reviendrons sur ce point.

Le caractère
transactionnel des XII
Tables expliquant le contenu des dispositions archaïques et les dispositions de droit nouveau.

En somme, d'après notre hypothèse, la loi des XII Tables aurait été le point de jonction, la transaction entre deux droits d'essence et de sources différentes : le vieux droit coutumier fondé sur les coutumes gentiles, le droit familial basé sur un droit formaliste et de solidarité dans l'intérieur de chaque groupe, chacun des groupes se faisant équilibre à l'extérieur, et le droit civil nouveau fondé sur la loi, sur l'autorité de la cité. C'est un compromis, c'est une transaction entre ces deux droits.

Par conséquent on trouve dans notre code des institutions qui proviennent de l'un et de l'autre de ces droits, et ceci explique parfaitement pourquoi on peut constater dans cette législation des institutions qui paraissent être de natures et d'époques dif-

férentes. On constate un droit primitif et encore sauvage: la vengeance privée, et, comme nous le verrons, la possibilité de mettre en morceaux son débiteur.

Au contraire, à côté de ces dispositions, des dispositions réglementaires, tâchant d'éviter les conflits entre voisins, des règlements de voirie qui dénotent une civilisation assez avancée et une organisation déjà forte de la cité.

Ettore Pais et Lambert ont vu dans cette réunion un amalgame de règles coutumières, de maximes de dates différentes, qui auraient été réunies artificiellement par un auteur à une époque tardive. Nous y voyons plutôt le résultat d'une transaction entre deux conceptions de droit différentes qui se sont réunies ici.

Après avoir soumis ainsi les XII Tables à la lumière de cette explication, nous pourrions juger si c'est une hypothèse scientifique et féconde, ou au contraire si c'est une conjecture aventurée.

Chapitre V.

LES LEGIS ACTIONES.

Nous avons vu que les Anciens, dans la plupart des sources reconnaissent à la loi des XII Tables comme but le but de fonder le droit civil, d'être la source du jus civile. Nous avons essayé de dire que la loi des XII Tables a transformé le droit coutumier primitif en une législation écrite dont les règles, les dispositions ont été formellement sanctionnées par les autorités de la cité.

Les XII Tables peuvent s'expliquer comme étant le code public émanant de la cité, contenant le jus civile.

Le jus civile: conception nouvelle du droit consacrée par la loi des XII Tables.

Nous ne considérons pas, comme on le fait d'habitude, cette modification du droit dans un sens purement formel, dans un sens purement réglementaire. Nous essaierons de montrer, au contraire, qu'entre le droit coutumier ancien et le droit écrit nouveau, ce n'est pas le même droit dont on aurait seulement modifié la forme. Le jus civile ne serait pas seulement un droit coutumier rendu plus clair, rendu plus certain par la codification, c'est un droit nouveau,

dont la nature est transformée par les bases nouvelles qui lui sont données, c'est une conception nouvelle du droit qui est ainsi consacrée par la loi des XII Tables.

Droit coutumier, avons-nous dit. C'est un ensemble d'usages qui ne distingue pas entre les usages religieux, les usages familiaux, les quelques rapports qui existent entre les familles. Tout ce droit a pour origine les maiores, les mœurs des Anciens et on ne distingue pas les sanctions religieuses des sanctions civiles. Dans son origine ce droit est d'essence religieuse, son observation est assurée par des consécérations religieuses, par des dévotions des personnes et des biens, des coupables aux dieux, par des excommunications, des mises hors de la communauté, ou encore il est sanctionné par des coutumes de clans, l'intervention des autres membres du groupe qui impose le respect des usages, aussi bien par la contrainte morale - les contraintes morales sont tout à fait impérieuses chez les primitifs - que par des contraintes physiques.

Nous essaierons de dégager une notion, celle-ci nouvelle, un fondement de droit qui jusqu'ici n'a pas été suffisamment aperçu et même pas du tout aperçu, à savoir le fondement du droit sur la personne d'un autre membre du clan, d'un autre membre de la communauté. Cette personne, par le fait même qu'elle a une personnalité a, dans certaines circonstances, le droit, la possibilité de dire le droit. Quand elle dit le droit, elle est l'interprète du groupe, comme le magistrat est l'interprète de la cité.

Le jus civile, au contraire, c'est cette partie des usages du groupe que la cité place sous son contrôle direct, c'est cette partie des coutumes que la cité définit, qu'elle sanctionne en même temps qu'elle les définit. Elle déclare qu'elle les fera respecter en vertu de l'autorité dont elle dispose.

Et le jus civile n'abolit pas les coutumes familiales, il les laisse subsister sans s'en occuper, lorsque ces coutumes familiales ne sont pas inconciliables avec le jus civile.

Des usages
familiaux et
du jus civile:
leur interpen-
tration.

A partir de ce moment, il y a deux domaines différents : les usages familiaux et le jus civile, avec interpénétration constante des matières entre ces deux droits et avec une évolution qui se continue même encore, l'Etat attirant de plus en plus à lui la réglementation de tous les usages, y compris des usages familiaux.

La famille romaine de l'époque des XII Tables, et même la famille romaine de l'époque de Justinien

n'a aucun rapport avec la famille française moderne, qui elle, est tout entière, de plus en plus, sous le contrôle de l'Etat.

Mais la cité prend dans ces usages familiaux ce qu'elle considère comme étant de l'intérêt commun de tous, elle définit pour le sanctionner ce qui est d'utilité publique.

L'importance
du pouvoir
judiciaire dans
l'établisse-
ment et le
développement
du jus civile.

La base essentielle et primordiale du jus civile, de son établissement et de son développement, c'est le pouvoir judiciaire de la cité. C'est à partir du moment où la cité se reconnaît un pouvoir judiciaire bien établi que le jus civile est fondé. Je ne prétends pas que la loi des XII Tables ait créé ce pouvoir judiciaire, il est probable que ce pouvoir judiciaire existait avant les XII Tables, cependant nous sommes par ailleurs tellement esclaves des habitudes qui sont si anciennes qu'elles remontent aux Romains eux-mêmes. C'est cette habitude d'après laquelle les historiens et les juristes, par des anticipations, projettent les institutions connues de l'époque postérieure dans les périodes obscures de la préhistoire, et les projettent telles qu'ils les connaissent.

Les historiens modernes cherchent à faire quelque chose du même genre, mais au fond très différente: ils ne cherchent plus à projeter les institutions de la cité telles quelles dans l'époque postérieure, mais ils cherchent à reconnaître dans ces institutions de la cité ce qui était primitif, ce qui est antérieur, ce qui vient d'institutions différentes.

Mais enfin, je reconnais qu'au point de vue des institutions de la cité, notamment au point de vue du rôle d'arbitre du pouvoir, il est douteux que l'on puisse considérer les XII Tables comme un commencement, comme une création absolument nouvelle de droit. La grande cité, la cité des Tarquins-existait déjà depuis longtemps, les institutions municipales y sont développées et l'arbitrage du pouvoir central a certainement déjà commencé. Les formes mêmes des actions nous le prouvent. Ce ne sont pas des créations nouvelles et artificielles, ces actions ne sont que l'accommodation d'institutions beaucoup plus anciennes.

Mais enfin la loi des XII Tables a une grande importance en ce qu'elle est la consécration de ces institutions de la cité. Elle les a formulées, elle les a précisées, et par conséquent elle leur a donné une figure et une portée nouvelle.

Nous sommes constamment hésitants lorsque nous étudions les XII Tables sur la question de savoir ce qui est proprement nouveau et ce qui est ancien dans

la loi des XII Tables. C'est une question qui reste sans solution dans la plupart des cas. Mais enfin, en ce sens, on peut dire que la loi des XII Tables a fondé le jus civile en face de l'ancien droit coutumier, que nous appellerons le droit coutumier gentilice, en lui donnant un nom qui n'est pas tout à fait exact, qui n'est pas non plus tout à fait inexact.

Nous avons dit que c'est à la lueur de cette hypothèse gentilice que nous allons aborder l'étude des XII Tables et elle va nous servir immédiatement dans l'étude de la procédure. C'est encore là qu'elle apparaît de la manière la plus claire et la plus définie depuis longtemps.

Les legis actiones, nom donné à la procédure. C'est un fait non douteux que la partie la plus importante des XII Tables paraît avoir été l'établissement des règles de la procédure. C'est par ces règles, si nous en croyons l'ordre suivi par le commentaire des XII Tables de Gaius, que débute la loi et c'est cette partie de la loi qui paraît aussi avoir été l'objet des dispositions les plus minutieuses et les plus détaillées.

Il n'aurait pas pu en être autrement, car l'organisation de la procédure est bien la partie essentielle de la législation. Le jus civile est en effet fondé sur le recours à l'autorité judiciaire de l'Etat. C'est ce recours qui non seulement protège le jus civile mais, on peut le dire, qui le crée. C'est donc l'organisation de ce recours, c'est-à-dire la procédure, qu'il importe avant tout de fixer d'après des règles certaines et complètes, pour consacrer le jus civile.

La procédure organisée par les XII Tables porte le nom de legis actiones, les actions de la loi. D'où vient ce nom ? Quelle en est l'origine et la signification ? Les jurisconsultes classiques en avaient un peu perdu le souvenir. Ils n'en mettent en relief que la signification abstraite, sans en rappeler l'origine historique.

Gaius a défini de cette façon les actions de la loi-Gaius IV, II : "Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Les actions que les anciens avaient en usage, étaient appelées actions de la loi, soit parce qu'elles avaient été établies par des lois, parce qu'alors les édits du préteur qui ont introduit de nombreuses actions n'étaient pas encore

Importance de la procédure dans les XII Tables.

Les legis actiones, sens et origine historique de cette expression.

Explication dogmatique de Gaius.

en usage, soit parce qu'elles étaient calquées sur les termes des lois elles-mêmes et que pour ce motif on s'y conformait sans plus de changement qu'à des lois.

Cette définition a le mérite de distinguer les deux qualités essentielles des actions de la loi. Ce qui les caractérise, en effet, c'est qu'elles sont : 1°- légales, tirées des lois et 2°- formalistes.

Mais on peut remarquer que Gaius donne deux étymologies, ce qui est une preuve qu'il n'est pas plus sûr de l'une que de l'autre. On peut remarquer aussi que ces deux étymologies sont abstraites et rationnelles. Elle n'est pas le sens d'une explication historique précise. On les nomme ainsi, dit-il, première raison, parce qu'elles sont établies par la loi, et il les oppose aux formules qui sont établies par le prêteur dans son édit.

Un inconvénient de cette définition, c'est son caractère anti-historique. En effet, les formules sont beaucoup plus nouvelles que les actions de la loi. Le nom d'action de la loi est déjà traditionnel à l'époque de Sextus Aelius Paetus et de ses Triperitita -556/198-, car il divise son ouvrage en trois livres, intitulés : Lex duodecim tabularum, Interpretatio, et Legis actiones.

C'est même une appellation traditionnelle à l'époque de Cneius Flavius (450/304), le jus Flavianum est représenté comme donnant les formules des actions de la loi. Le nom est par conséquent plus ancien que l'édit et que la procédure formulaire.

D'autre part Gaius parle des lois en général, parce qu'il sait que les loi Silia et Calpurnia, créées à une date ignorée, mais postérieures à la loi des XII Tables, ont introduit la legis actio per conditiones. Mais avant que ces lois l'aient créée, quelles étaient les lois qui avaient donné leur nom aux actions ?

Le point de vue de Gaius est donc un point de vue dogmatique et non pas historique. D'autre part, on pourrait ajouter que l'appellation aurait été actiones legum, et non pas legis actiones, si leur origine historique avait été conforme aux explications de Gaius.

La deuxième explication nous dit que les actions de la loi étaient modelées sur les lois, c'est pourquoi elles ne pouvaient être modifiées, au moins tant que ces lois n'étaient pas abrogées. Cette raison n'est pas fausse, mais encore une fois c'est une raison abstraite et dogmatique, justifiant l'appellation au point de vue juridique, mais sans valeur pour

Explication
historique
de Pomponius.

en indiquer l'origine.

Pomponius, dans son Histoire des Sources, nous donne une autre raison, qui ne me paraît pas avoir été suffisamment appréciée. C'est, à mon sens, la vraie raison historique.

Pomponius, D.I,2,2,6, après avoir décrit la législation des XII Tables : Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent, quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas solemnesque esse voluerunt : et appellatur haec pars Juris legis actiones, id est legitimae actiones : Ensuite, en parlant de ces lois, presque au même temps, les actions ont été composées au moyen desquelles les hommes plaident entre eux. Ces actions, pour empêcher le peuple d'en faire à sa tête, on les a voulues certaines et solennelles et cette partie du droit est appelée actions de la loi, c'est-à-dire actions légales.

Je dirai donc, d'après cette énonciation de Pomponius, que les actions ayant été formées sur la loi des XII Tables et étant contemporaines de la loi, le nom qui leur a été donné, actions de la loi, a voulu dire, d'abord et avant tout, actions de la loi des XII Tables.

Le rôle de la loi des XII Tables dans la consécration des formes plus ou moins anciennes de procédure.

Nous avons indiqué que les jurisconsultes, spécialement Cicéron, disent d'ordinaire la lex, sans ajouter autre chose, lorsqu'il veulent désigner la loi des XII Tables. C'est la loi par excellence et cette appellation indique l'importance de la loi des XII Tables dans l'organisation de la procédure. Assurément, cette loi n'a pas fait une création entièrement nouvelle. Les actions qu'elle a organisées sont de vieilles formes coutumières, un amalgame de paroles et de cérémonies de dates et de significations différentes. Je ne pense même pas que l'usage de s'en remettre à l'arbitrage de l'Etat date des XII Tables, par conséquent que la pièce adventice de ces cérémonies, qui marque l'intervention du chef de la cité soit une création de la loi des XII Tables. La juridiction de ce chef, roi, consul, fonctionnait déjà probablement avant la loi. Mais il est un fait, c'est que la loi des XII Tables a fixé définitivement ces cérémonies et que cette fixation a paru une date à ce point importante qu'elle a donné son nom à toute l'institution. Ceci est un indice sûr que la loi a été une consécration de cette juridiction.

Dans cette consécration, comme dans tout le reste des dispositions de la loi, il est difficile de nous rendre compte de ce qu'il y a de nouveau et de ce qu'il y a d'ancien, mais la nouveauté, c'est la consécra-

Les cinq L.A.
de Gaius.

tion elle-même, et c'est la fondation du jus civile.

Gaius nous dit qu'il y avait cinq actions de la loi : Gaius, IV, 12 : "Lege autem agebatur modis quinque : sacramento, per judicis postulationem, per condictioem, per manus injectionem, per pignoris capionem. On plaidait par actions de la loi de cinq manières : par sacramentum (c'est-à-dire serment), par judicis postulatio (c'est-à-dire demande de juge), par condictio (sommation), par manus injectio (main - mise), par pignoris capio (prise de gage).

De ces cinq actions de la loi nommées par Gaius, il en est une, la legis actio per condictioem, qui n'est pas des XII Tables, elle a été créée plus tard, à une date ignorée, peut-être vers le début du VI^e siècle de Rome fondée, elle a été créée par deux lois, la loi Silia, toutes les fois qu'il était dû jure civile une somme d'argent, une certa pecunie; la loi Calpurnia, étend cette action à toutes les dettes civiles portant sur une res certa. De ces deux lois sont sorties la condictio certae pecuniae et la condictio certae rei de la procédure formulaire.

Ces deux lois créent une procédure nouvelle et non pas des droits nouveaux. Les droits qu'elles sanctionnent pouvaient être auparavant mis en oeuvre par le sacramentum ou par la judicis postulatio. C'est ce que nous dit Gaius, IV, 20 : Quare autem haec actio considerata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per judicis postulationem agere, valde quaeritur : Pourquoi a-t-on voulu cette action alors que nous pouvions plaider sur ce qui doit être donné soit par le sacramentum soit par la judicis postulatio, c'est ce que l'on s'est demandé.

Cette legis actio per condictioem a dû être sans doute une simplification de la procédure du sacramentum.

L'énumération de Gaius n'apparaît pas complète. On pouvait lege agere en d'autres cas que ceux qui sont visés par lui. Dans ses leçons sur la procédure civile, M. Giffard pense que le damnum infectum, la perquisitio lance licioque, qui sont toutes deux visées par la loi des XII Tables, peuvent être appelées actions de la loi car elles sont faites suivant des formes solennelles, certis verbis, et elles étaient consacrées par la loi des XII Tables.

Je pense aussi, quoi qu'on ne le dise pas d'habitude, que l'in jus vocatio peut être appelée action de la loi. In jus vocare, c'est lege agere. La loi des XII Tables règle minutieusement cette procédure. Elle devait se faire certis verbis, son nom l'indique.

Girard, Manuel, 8^e éd. p. 1027, note 2, P. 1031

Autres L.A.

et IO32, évite de donner à ces procédures le nom d'actions de la loi. Pour lui, en effet l'action de la loi n'est pas seulement une procédure qui a le double caractère d'être légale, c'est-à-dire fondée sur la loi et formaliste, c'est-à-dire qui ne peut avoir lieu que dans des formes et des paroles consacrées, mais il insiste sur ce point que l'action de la loi doit être encore considérée comme une procédure judiciaire, c'est-à-dire une procédure qui s'accomplit non seulement en présence de l'adversaire, mais en présence d'une autorité judiciaire, et même de deux autorités judiciaires le magistrat in jure, qui organise le procès, le juge in judicio qui tranche le litige. Ce caractère de l'action de la loi lui paraît être celui sur lequel il convient d'insister le plus.

Que ce soit en effet la partie la plus caractéristique de ces procédures, notamment du sacramentum et de la judicis postulatio, rien de plus certain. Mais ce n'est pas la règle commune de toutes les actions de la loi. La pignoris capio est une procédure extrajudiciaire. La manus injectio, bien qu'on aille in jure devant le magistrat, ne comporte pas normalement de procès. Ce n'est donc pas l'organisation d'une instance qui caractérise l'action de la loi, c'est son caractère légal et formaliste.

A la vérité, ces difficultés ont déjà apparu aux anciens, car Gaius nous dit que l'on discutait déjà de son temps sur la question de savoir si la pignoris capio était une action de la loi. Cette pignoris capio nous est d'ailleurs mal connue et elle n'a qu'une portée limitée. De même le damnum infectum, la perquisitio lance licioque ne sont que des cas particuliers. Les pièces essentielles de ce système, celles qui organisent l'arbitrage de l'Etat dans sa portée générale ce sont l'in jus vocatio, destinée à faire comparaître l'adversaire devant le juge, le sacramentum et la judicis postulatio destinée à le faire juger, et la manus injectio qui est la procédure d'exécution spécialement pour les dettes d'argent.

Le système, quoique simple et encore rudimentaire, est cependant complet. Son mérite principal est d'être apte à un développement et à un perfectionnement indéfinis. On a depuis longtemps remarqué que le caractère supérieur de cette procédure, malgré son archaïsme, malgré ses côtés brutaux et inhumains, est d'avoir posé dès le début de la civilisation romaine, la question sous son véritable aspect.

Les Romains sont, parmi les peuples primitifs, à peu près les seuls qui aient reconnu dès le début de leur histoire en quoi consistent réellement le ju-

Les pièces essentielles du système des L.A.

Son caractère complet et susceptible de développement indéfini.

gement et l'arbitrage de l'Etat, c'est-à-dire en un examen, malgré le détour pris par le sacramentum, qui est l'examen de la cause et pour les véritables raisons qui fondent le droit.

Cette reconnaissance est un grand mérite, et un mérite exceptionnel, très différent des procédures que nous connaissons par ailleurs des peuples primitifs telles que les ordalies ou les jugements de Dieu, pour lesquels le progrès consiste purement et simplement dans la suppression, si l'on veut aborder le véritable problème qui doit être posé devant le juge.

On a l'habitude, dans les manuels et dans les ouvrages spéciaux, de commencer l'étude de la procédure par la manus injectio. On croit reconnaître en effet dans cette procédure la plus ancienne de toutes, car, dit-on, elle a pu déjà exister avant que l'arbitrage de l'Etat ait été créé. Elle a pu exister sous le régime de la justice privée, tandis qu'au contraire, d'après cette opinion, le sacramentum et la judicis postulatio seraient moins anciens, car ce sont des procédures qui ont été créées pour mettre en oeuvre cet arbitrage.

Nous verrons que cette conception n'est exacte qu'en partie. Dans le sacramentum il y a des traces archaïques très certaines. L'arbitrage de l'Etat est une pièce adventice, plus nouvelle que la procédure tout entière. Le sacramentum a probablement existé avant la justice d'Etat, car en définitive ce que nous montrent les formes de cette procédure, c'est l'organisation d'un arbitrage dont l'arbitre a pu être autre chose que l'Etat.

Nous conserverons cependant l'ordre traditionnel, en joignant à la manus injectio l'étude de l'in jus vocatio, car ces deux procédures consistent à mettre la main sur la personne du débiteur. Ce sont des procédures d'exécution et qui toutes les deux sont appelées manus injectio. D'autre part, ces deux procédures sont toutes les deux fondées sur la même institution singulière et archaïque qui est le vindex.

Chapitre VI

LE RITUEL CRÉATEUR DE DROIT.

Indication
sur l'esprit
dans lequel
sera fait
l'étude des
actions.

Avant d'aborder l'étude des actions de la loi, nous devons intercaler un chapitre préliminaire, de toute première importance, car il indiquera dans quel esprit sera faite cette étude des actions.

Assurément, elle a pour but l'examen de la procédure au moment de la loi des XII Tables. Nous chercherons à examiner soigneusement ce que nos sources nous permettent de connaître des Actions de la loi dans les XII Tables. Mais en même temps que nous réunirons ces données certaines fournies par les sources littéraires, nous essaierons de les interpréter, non seulement pour connaître le droit en vigueur dans les XII Tables, c'est-à-dire la première organisation de la procédure sous le contrôle et l'autorité des magistrats de la cité, grâce à laquelle les droits civils des citoyens sont connus et protégés, mais nous chercherons à aller plus loin, à remonter plus haut dans le passé, et à l'aide des faits connus, la procédure des XII Tables, nous essaierons de découvrir l'état antérieur qui a précédé celui-ci.

L'incomparable intérêt de la procédure ancienne est d'avoir conservé dans ses formes en marques ineffaçables, l'état du droit antérieur dont elle est issue. Ces signes, il faut les interpréter et découvrir, grâce à eux, une partie du mystère enseveli dans la préhistoire romaine.

Cette méthode nous permettra de découvrir et de formuler tout un système juridique qui, à notre avis, a précédé la juridiction du magistrat. C'est un système déjà juridique, car il a eu pour but d'écarter la violence privée, sur laquelle aucun droit durable ne peut être fondé.

Observation
sur la place
donnée à ce
chapitre.

Si au lieu d'être un cours didactique, cette étude des XII Tables était un ouvrage imprimé, ce chapitre n'existerait pas. Il serait une faute de composition littéraire, car le système que nous allons exposer n'est que le résultat des recherches qui seront entreprises dans les chapitres suivants. Il devrait donc se dégager en quelque sorte irrésisti-

blement des démonstrations qui seront faites dans ces chapitres et il en est une conséquence logique et nécessaire. L'exposé du système devrait suivre, et non pas précéder les preuves sur lesquelles il est fondé. Le système perd une partie de sa crédibilité et de son autorité, pour être exposé schématiquement comme préliminaire, alors qu'il est la conclusion.

Ce défaut se manifeste d'autant plus que nous sommes en face, comme nous le verrons, d'un système entièrement nouveau, proposé pour la première fois dans nos études juridiques. Mais les lois de l'enseignement oral ne sont pas toujours les mêmes que celles de la composition littéraire. Dans des matières difficiles, comme celles que nous traitons, avant tout il faut rechercher ce qui peut assurer la clarté de l'exposition, même si l'on doit suivre un ordre artificiel. Nous exposerons d'abord le système dans ses grandes lignes, et nous le justifierons seulement après, par l'étude des Actions de la loi. De cette façon, l'hypothèse conductrice étant connue, le lien qui unit ces études et leur signification apparaîtra dès le début plus clairement.

Nous diviserons ce chapitre en trois paragraphes :

§ 1er : Justice privée, violence, rituel, juridiction.

§ 2 : Les formules vindicatoires créatrices de droit dans la *mancipatio*, le *sacramentum* et la *manus injectio*.

§ 3 : Les fondateurs et protecteurs de droit : *vindex*, *adsertor libertatis*, *actor*, *praedes litis* et *vindicium*.

§ 1er : Justice privée, violence,

rituel, juridiction.

Le système de la vengeance privée de Ihering.

Il est une opinion qui, depuis Ihering, domine l'étude des Actions de la loi. Elle est unanimement acceptée par tous les auteurs, elle est la base de toutes les recherches sur la procédure romaine. Cette hypothèse est que les Actions de la loi, d'une façon générale le droit des XII Tables, conservent les traces les plus certaines d'un régime antérieur fondé sur d'autres principes.

Le droit des XII Tables est fondé sur la loi, C'est le *jus civile*. L'observation du *jus civile* est assurée et garantie par le recours que peut exercer toute personne lésée dans son droit à l'autorité ci-

vile, au magistrat de la cité. Le magistrat de la cité dit le droit, jus dicit, c'est lui qui départage les particuliers, qui tranche les difficultés et qui assure à chacun le respect de son droit. La procédure réglée par les XII Tables, ce sont les formes dans lesquelles ce recours est organisé et mis en oeuvre.

Or ces formes ont été créées, et elles en portent encore la trace, pour se substituer à un régime où le recours n'était pas organisé, à un moment, par conséquent, où il n'y avait pas d'autorité publique pour juger, soit que la cité n'existât pas encore, soit plus probablement que les chefs de la cité, ou les chefs du groupe quel qu'il soit, n'avaient pas encore pris conscience de leur devoir d'arbitre, ou n'avaient pas encore suffisamment d'autorité pour l'exercer.

Cet état supposé, ou mieux prouvé par les formes de l'état antérieur, c'est ce que l'on appelle le régime, ou l'époque de la justice privée. Ihering dans son "Esprit du droit romain" (T.I, P. II9 et ss.) est le premier à avoir formulé et développé cette idée d'une façon systématique, dans le paragraphe intitulé: "Système de la justice privée". Depuis, comme je l'ai dit, il a été unanimement suivi par tous les auteurs.

Mais en réalité, ce qui est unanimement accepté, ce qui sert de point de départ pour tout, c'est la conception surtout négative qui est incluse dans cette idée. Que veut-on dire au juste quand on parle de justice privée? Avant tout on affirme qu'il fut un temps de la civilisation romaine où il n'y avait pas de justice publique, où les particuliers ne pouvaient pas compter sur une organisation sociale commune, disposant d'une autorité suffisante pour faire respecter les droits privés.

Le côté positif de cette idée est beaucoup moins clairement exprimé. On n'a jamais essayé, du moins à ma connaissance, de se représenter de façon précise et systématique le régime que cet arbitrage public avait remplacé et si déjà, dans le groupe social commençant, avant la juridiction civile, il y avait un système juridique, c'est-à-dire un Etat où les membres du groupe avaient un recours et une protection contre la force brutale et contre l'injustice, et comment ce recours était organisé.

Sur quoi, en effet, pouvait reposer leurs droits, si, par hypothèse, nous acceptons qu'il y a eu un moment de l'évolution de la civilisation où ce recours à l'autorité publique n'était pas organisé?

On répond que les droits privés reposaient sur la force, sur la force du bénéficiaire du droit, qui se fait justice à lui-même, ou peut-être mieux encore

L'aspect négatif et l'aspect positif du système.

c/ sur la forme du groupe plus étroit dont il fait partie, qui prend fait et cause pour celui qui est lésé et se fait son vengeur.

On pense à cette justice de groupe parce que l'on constate, à l'époque historique, une solidarité étroite en tous les domaines, même dans le domaine du droit civil, unissant les membres d'une même famille ou d'une même gens, en face des autres membres de la cité. Mais il n'est guère possible d'affirmer d'une façon positive et claire quoi que ce soit à ce sujet, parce que la justice de l'Etat n'a voulu connaître que la responsabilité individuelle, dans l'attaque et dans la défense. Dans le droit historique, cette responsabilité est entourée de garanties par tout un jeu de répondants et de cautions, mais la responsabilité est strictement individuelle et le droit est tout entier organisé dans la négation de la responsabilité collective d'un groupe quelconque. J'ai interprété ceci en conjecturant que la cité a volontairement écarté cette responsabilité collective, qui se manifeste par ailleurs dans la plupart des droits primitifs, et elle a assuré son autorité par cette disparition.

La force privée sur laquelle reposerait le droit privé, se différencie déjà de la violence brutale, parce qu'elle s'exerce en suivant certaines règles, en employant des formes qui montrent qu'elle est au service du droit et que ceux qui l'emploient ont conscience de la justice de leur cause.

Les témoignages des XII Tables sur l'existence de ce régime.

Cet état primitif du droit, où les particuliers se font justice à eux-mêmes, on pense pouvoir l'affirmer en vertu d'une série de constatations qui peuvent être faites dans le droit même des XII Tables.

I) La répression du membrum ruptum.

I°- Dans le domaine des délits, la loi des XII Tables conserve les traces les plus nettes de la vengeance privée. Cette vengeance subsiste dans la répression de l'injure, lorsqu'il s'agit d'un membrum ruptum. La loi du talion est appliquée par la victime elle-même, si elle ne veut pas se contenter d'une composition dont le taux est librement fixé entre les parties et qu'on appelle la composition volontaire : Table VIII.2 : Si membrum rupsit, ne cum eo pacit, talio esto : S'il a rompu un membre, à moins qu'il ne compose avec l'autre, que le talion soit.

La vengeance privée s'exerce encore en cas de vol nocturne suivi de meurtre (un voleur nocturne peut être tué par la victime), s'exerce aussi en cas de vol manifeste où le voleur pris sur le fait, quelle que soit par ailleurs l'importance du vol, peut être tué sur place par la victime. La perquisitio lance licio-

que montre encore en oeuvre la victime du vol perquisitionnant elle-même chez l'auteur présumé du vol et se faisant justice.

2) L'exécution privée avant et après le jugement.

2°- Dans le domaine de la procédure, aussi bien des délits que des contrats, nous trouvons des traces évidentes de la justice privée subsistant dans le droit postérieur. L'exécution privée subsiste entièrement avant et après le jugement. Par l'in jus vocatio, c'est le plaignant lui-même qui s'occupe de traîner devant le magistrat son adversaire, c'est lui qui le saisit et qui l'amène. Le magistrat ne s'inquiète pas de mettre au service du plaignant la force publique pour contraindre l'adversaire à venir, c'est au plaignant à le faire. Et quand le procès est terminé, quand il y a eu, à la suite de ce procès, un judicatum, c'est encore au gagnant à saisir le judicatus par ses propres moyens et c'est lui-même, dans sa maison, qui l'exécute. Ici encore le magistrat se désintéresse des suites de la sentence. C'est la manus injectio judicati.

3° La terminologie des différents actes de la procédure.

3°- Les termes mêmes qui désignent les différents actes de la procédure des XII Tables portent ces mêmes traces d'origine. Elle est née indubitablement, d'après les noms qu'elle porte, de la force, et de la force privée.

Les termes se rattachant à *vin dicere* et ceux se rattachant à *jus dicere*.

Une première série de termes désignent divers actes de la procédure : *vindicere* ou *vindicare*, *vindicta*, *vindicatio*, *vindicia*, *vindiciae* et *vindex* : tous ces termes désignent l'action elle-même qui est faite, le résultat ou l'objet de l'action et enfin l'auteur de cette action.

A cette première série s'oppose vigoureusement une seconde, qui fait partie des mêmes actes de la procédure, et qui en montre un aspect nouveau : *judex*, *jus dicere*, *judicare*, *jurisdictio*, *judicatum*, *judicatus*. Ces termes, qui sont de formation très manifestement semblables à ceux de la première série, désignent l'auteur de l'action, l'action elle-même, le résultat et enfin l'objet de l'action.

La première série de ces termes désigne l'action des particuliers tendant à ce que leur droit soit défendu et consacré. La deuxième série désigne, au contraire, l'action de l'autorité civile qui définit et qui consacre ces droits.

Nous aurons l'occasion d'étudier chacun de ces termes et de rechercher leur signification et nous verrons comment la seconde action est venue se superposer, se plaquer en quelque sorte sur la première et l'a transformée en la consacrant et en la protégeant.

Tous les termes *judex*, *judicare*, etc., sont formés de deux mots accolés : *jus* d'une part et *dicere* ou *di-*

care d'autre part et signifient dire ou montrer le droit. Tout le monde est unanime à accepter cette étymologie et elle est un fort argument pour prouver que la première série a été formée de la même manière. Vindicere, vindicare, etc... viendrait de vim dicere, ou vim dicare, dire ou montrer la force.

Discussion
entre roma-
nistes et la-
tinistes sur
l'étymologie
de ces termes.

Cette étymologie pour la série vindicare est en général admise par les auteurs juridiques, mais les philologues et les linguistes soulèvent des objections (Voir par exemple Walde : *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Ernout et Meillet : *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, au mot Vindex).

La difficulté pour les grammairiens vient de ce qu'ils admettent comme point de départ que le mot le plus ancien, qui est à l'origine de tous les autres, serait, dans les deux cas ici judex et là vindex. La formation du premier est régulière, le radical ju est accolé au mot qui subit l'inflexion : dex. Tandis qu'au contraire, la formation du second serait irrégulière et étrange, parce que le premier radical porte une désinence, il est infléchi par la désinence de l'accusatif. Le radical vis est entré ici dans la formation du mot à l'accusatif : vim, ou vin.

Un juriste grammairien, Nicolau (*Causa liberalis*, p. 125, note 215) fait remarquer que le mot vindex n'est pas vraisemblablement le mot le plus ancien de la série. Dans un texte des XII Tables (III.3) le vindex est désigné par une périphrase : Qui endo eo in jure vindicet. Cela semble apporter une preuve que le mot vindex n'existait pas encore.

Le mot originaire de toute la série serait donc vindicare, qui figure dans ce texte des XII Tables, et qui est le plus ancien témoin que nous connaissions de la série. Ce mot a disparu de bonne heure dans la langue latine, et il a été remplacé par vindicare. Il n'y a pas dans toute la littérature latine d'autre exemple de l'emploi du mot vindicare.

S'il en est ainsi, cela explique bien la formation du mot avec l'accusatif vim, dans le verbe vindicare.

J'ajouterai que, pour renforcer cette hypothèse, on peut faire une remarque qui n'a pas encore été aperçue par les auteurs, que vindex, dans sa série, ne tient pas la même place que judex. Le judex, c'est celui qui jus dicit, c'est celui qui a la jurisdictio et c'est en même temps celui qui rend la justice, qui crée le judicatum, et par conséquent aussi le judicatus. Originellement en effet, on le sait, le mot judex désignait aussi bien le magistrat qui organise l'instance que le juge proprement dit, le simple par-

ticulier désigné dans une cause déterminée pour être l'arbitre, pour être le judex.

Ce sens absolument général du mot judex s'oppose, d'une façon nette, au sens tout à fait spécial du mot vindex dans sa série; le vindex, en effet, c'est celui qui intervient dans la manus injectio. Le mot n'a jamais été employé, on ne l'a pas remarqué, dans le sens de revendiquant. Le vindex fait une vindicatio d'un genre spécial, mais celui qui revendique, qui fait la revendication préliminaire du sacramentum n'a jamais été désigné par le nom de vindex et le vindex n'a aucun rapport avec les vindiciae.

Il semble donc que ce mot a pu être créé tardivement, pour remplacer la périphrase des XII Tables et même a pu être créé sur le modèle de judex, car dans son rôle il y a des traits communs qui le rapprochent du judex, alors que le revendiquant proprement dit n'occupe aucunement une position analogue.

Quoi qu'il en soit, tandis que les grammairiens hésitent sur l'étymologie de cette première série, les juristes sont toujours très fermes pour l'expliquer par cette décomposition : vim dicere.

Le sens du
mot vis.

Raisons de
l'hésitation sur
le sens de
vim dicere.

Mais la doctrine est beaucoup moins ferme sur le sens à donner au mot vis. L'interprétation oscille perpétuellement entre les deux sens que peut avoir le mot. Vis en effet, si l'on prend un dictionnaire latin, signifie aussi bien force que violence. Il désigne la force en elle-même, mais il désigne aussi la violence, c'est-à-dire la force qui s'emploie dans une action violente contre quelqu'un.

Les auteurs sont hésitants à ce point de vue et même, pour la plupart, ils admettent sans les distinguer et concurremment les trois sens, et suivant les cas ils interprètent le mot vis dans tous ces sens.

1°- Vim dicere signifie pour eux "dire ou montrer la force". Ou bien encore, 2°- "dire la violence" au lieu de la faire, faire une sorte de violence rituelle qui manifeste la violence sans effectivement l'employer. 3°- D'autres enfin disent que vim dicere signifie "dénoncer la violence injuste", celle qui est faite par l'adversaire, violence qui est contraire au droit, qui est faite injuria.

Est-il possible de choisir entre ces trois sens ? Est-il possible de dire qu'il s'agit d'une manifestation de force, ou d'une manifestation de violence, ou encore d'une dénonciation d'une violence injustifiée ? Est-il possible, dans tous les cas, de choisir entre ces trois sens ?

Je dirai quelles sont les raisons de fond qui provoquent cette incertitude.

Le vrai sens

L'incertitude vient de l'incertitude même de la

de vis = force.

pensée des auteurs sur l'état dit de justice privée, sur l'état de force ou de violence qui a précédé le jugement. Pour nous, notre choix est fait : nous enseignerons d'une façon formelle que, dans cette série de mots, vis désigne la force et pas du tout la violence. Vim dicere ou dicare veut dire manifester la force. Le mot dicere a dû s'effacer assez vite devant dicare, parce que le premier envisage plus spécialement les paroles, le second a un sens plus large, et par conséquent ici plus exact. Il indique à la fois les paroles et les gestes par lesquels est faite la manifestation elle-même, et il s'agit dans les procédures, non seulement de dire, mais d'une façon plus générale de manifester la force.

Nous donnerons les raisons de ce choix, car ce sont des raisons qui tiennent à l'essentiel même du système que nous essayons de dégager. Nous enseignerons en effet, que l'intervention du juge est venue se substituer non pas à la violence, mais à un état de droit intermédiaire où la violence était déjà écartée et était remplacée par une manifestation rituelle de force créant le droit.

4°. Le sacramentum, procédure de transition entre la violence privée et la justice d'Etat.

4°. Enfin on pense trouver dans le sacramentum non seulement une preuve supplémentaire du système originnaire de la justice privée, mais trouver le processus lui-même suivant lequel les Romains sont passés de la violence privée à la justice d'Etat.

On sait, en effet, que le sacramentum débute par une double manifestation de force : la vindicatio et la contra vindicatio. Chaque partie tient en main un bâton, la festuca, qui est quasi hastae loco (Gaius, IV, 15), en quelque sorte à la place de la lance. Chacune des parties, à son tour, saisit l'objet d'une main et affirme son droit en même temps ; Hunc ego hominem meum esse aio.

La situation est donc celle-ci : chacune des parties, d'une main, a saisi l'objet et de l'autre main tient la festuca, la lance, qu'il place sur l'objet.

Lorsque la vindicatio et la contra vindicatio sont toutes les deux faites, il semblerait qu'au point de vue matériel cette situation ne pourrait être dénouée que par une bataille. Dans la procédure des actions de la loi, le magistrat tranche la situation en donnant l'ordre aux deux parties de lâcher l'objet : Mittite ambo hominem.

Nous n'irons pas plus loin ici dans l'examen du sacramentum. L'opinion dominante des romanistes, on peut même dire jusqu'à ces dernières années l'opinion unanime, voit dans ce début du sacramentum une figuration procédurale d'une bataille, de la bataille primi-

tive, et on pense y trouver le mécanisme grâce auquel on serait passé de la bataille à l'arbitrage du chef de la cité. Le véritable combat a été remplacé par un simulacre de combat figuré par les paroles et par les gestes. Et ce simulacre aurait pour but de lier le procès. Il aurait été imaginé pour permettre, et même pour forcer le magistrat à se saisir de la contestation.

Que vaut cette explication ? Je crois pouvoir montrer que l'on trouve dans les textes eux-mêmes la preuve directe que cette explication est fausse. Elle est contredite par les textes et ceux-ci nous permettent, à mon avis, de trouver une explication meilleure.

Les deux critiques générales à l'explication courante du sacramentum.

Mais avant de faire cette démonstration dans l'étendue du sacramentum, j'opposerai à cette explication deux critiques générales : elle est à la fois trop ingénieuse et trop matérielle. Elle est basée, en effet, sur une idée de fiction : le simulacre de combat. Nous rencontrerons d'autres exemples de ces explications par la fiction des institutions du droit le plus ancien. Pour la plupart, ces explications me paraissent à rejeter. Ce qu'elles montrent, c'est surtout l'ingéniosité des commentateurs modernes, mais au point de vue du droit ancien elles sont, la plupart du temps, inutiles et fausses.

Ensuite, cette explication purement matérielle et rationnelle des institutions anciennes me paraît trop superficielle, ne rendant pas compte de la véritable nature de ces institutions et des raisons de fond qui les ont fait établir. Les explications de cette sorte réduisent le formalisme du droit ancien à une conception purement mécanique et rationnelle, qui en méconnaît la véritable nature. Par ces explications, le formalisme est réduit à une imitation mesquine de la réalité et au fond, tout en lui donnant une certaine apparence de raison, le rendent incompréhensible.

Le véritable caractère du formalisme trait un droit essentiellement formaliste. Le formalisme, universel et profond de toute la vie romaine.

Le formalisme, en effet, domine tout le droit civil. Dans son ensemble, le droit des XII Tables est un droit essentiellement formaliste. Le formalisme, c'est cet état de droit dans lequel l'existence et la création des droits sur les choses et sur les personnes, c'est-à-dire des droits réels et des obligations sont liés à l'observation de formes déterminées par la coutume et par la loi.

De même que leur création, la défense des droits se fait suivant des formes consacrées.

Ces formes ne sont pas, comme une explication rationaliste pourrait le faire croire, de simples moyens de rendre les droits plus clairs et plus certains, en ménageant des moyens de preuve. Suivant l'explication qui a cours dans les manuels, le formalisme aurait

surtout pour utilité de marquer fortement le moment où l'on quitte le domaine de la conversation et des pourparlers, pour entrer dans le domaine du droit.

Et, d'autre part, le formalisme aurait eu pour deuxième utilité de ménager aux parties des moyens de prouver les droits qu'ils ont créés.

Ce n'est pas là l'explication véritable du formalisme. Le formalisme met en cause l'existence même du droit, et pas seulement sa preuve. L'importance de ces formes se manifeste en ce qu'elles doivent être rigoureusement suivies dans leurs détails les plus infimes. L'omission d'un seul de ces détails, une exécution inexacte de quelques-unes de ses parties, même les plus secondaires, empêche totalement le droit de naître.

Or le formalisme n'est pas un caractère particulier de la vie juridique. La vie romaine tout entière est enserrée dans un formalisme aussi rigoureux. Tous les actes de la vie d'un Romain sont ainsi accomplis sous l'empire de rites qu'il doit observer avec la plus rigoureuse exactitude. Notamment, le formalisme conduit toute la vie religieuse de la cité: les sacrifices, les prières, les invocations doivent être accomplis suivant un rite de paroles et de gestes qui doivent être minutieusement suivis.

Formalisme et
animisme.

Ce formalisme est donc un trait à la fois universel et profond de la vie romaine. Il est le produit non pas d'une simple comédie judiciaire, mais des croyances religieuses les plus anciennes. Si l'on veut chercher à l'expliquer, il faut le confronter avec la croyance qui forme le fond le plus ancien de la religion romaine, croyance qui est d'ailleurs commune à tous les peuples primitifs. C'est l'animisme, cette première explication des phénomènes de la vie, que l'on considère comme étant produite par des puissances mystérieuses, par des puissances divines. Les Romains n'ont pas l'idée de lois naturelles, c'est-à-dire de la succession des phénomènes suivant des règles fixes que l'on peut connaître, pour pouvoir prévoir le phénomène. Au contraire, ces puissances divines agissent sur les événements et sur les actions des hommes. Ce sont elles qui, à chaque instant de la vie, dirigent les actes des humains.

Or, il est un moyen pour les hommes, au lieu d'être aveuglément soumis à ces puissances, de les commander et de les utiliser à leur profit. Les hommes peuvent agir à leur tour sur les puissances divines par la magie, les incantations, les formules magiques, prononcées comme il le faut, mettent ces puissances au service de ceux qui connaissent la formule et les

L'explication
religieuse et
magique du
droit.

forcent à agir dans le sens que l'on veut.

La magis primitive est l'une des grandes sources d'où est sortie, à l'aide d'une série de transformations, la religion, et de la religion est sorti le droit.

Ce sont surtout les sociologues qui ont étudié ce caractère magique de la religion et du droit. Les juristes sont encore restés très étrangers à ce genre d'études. On ne peut guère citer que "Hagerstrom" (*Der römische Obligationsbegriff* 1927) et avant lui Huvelin (*Les tablettes magiques et le droit romain*).

C'est qu'en effet le droit a été si complètement sécularisé dès le début de son existence, que son caractère religieux a presque entièrement disparu des institutions que nous connaissons.

Cependant, de l'avis de tous, l'origine religieuse du droit est une chose certaine. Ce qui est moins facile, ce qui est même la plupart du temps impossible, c'est de retrouver dans le détail des institutions le caractère primitivement religieux de chacune d'elles.

Néanmoins, l'explication religieuse, et même magique du droit, me paraît être celle qui rend le mieux compte du caractère fondamental du formalisme primitif. Ce n'est pas un hasard qui a fait que les formules juridiques ont été mises, au début du droit romain, sous la garde et sous le contrôle du collège des pontifes, comme l'étaient les formules religieuses elles-mêmes. C'est que tous ces rites sont de même nature et de même origine.

Or, entre le moment supposé de la bataille, de la violence appliquée, et le moment plus récent où s'est substitué l'arbitrage du chef de la cité, il me paraît que les textes montrent l'existence d'une phase intermédiaire. Cette phase intermédiaire peut être retrouvée dans la procédure postérieure. Il semble que l'on peut discerner, dans les formes mêmes de la procédure, un premier effort pour écarter la violence au profit d'une règle de droit. Ce n'est pas encore le recours à l'arbitrage, à l'examen et au jugement d'une autorité supérieure, même humaine, mais c'est un recours dans le cadre des croyances religieuses, à la force mystérieuse et sacrée des formules, à la force divine du rite.

C'est là, pour moi, l'explication véritable et profonde du formalisme : le rite suivi exactement à sa vertu propre de pouvoir créateur du droit. Très vraisemblablement, c'est parce qu'il fait appel à la puissance mystérieuse et divine qu'il protège et sanctionne le droit.

Ce droit primitif se crée par des manifestations

de force proclamée dans les paroles et appuyée par les gestes. Ce n'est pas la manifestation d'une force matérielle, mais la manifestation d'une force rituelle, et très probablement d'une force primitivement magique. Nous sommes invinciblement attirés vers cette explication magique.

Les manifestations rituelles de force.

Ces rites sont accomplis par ceux qui veulent manifester leur droit. Cette manifestation ne distingue pas, comme nous le verrons, même dans le droit plus évolué, entre la création du droit et l'affirmation d'un droit déjà existant. Nous retrouverons cette manifestation de force rituelle dans la mancipation, dans le sacramentum et dans la manus injectio.

Puis quand deux personnes s'opposent et sur le même objet manifestent qu'elles ont le même droit, par conséquent émettent deux prétentions contradictoires et inconciliables, la difficulté est tranchée non pas par un juge, - on ne conçoit pas encore ce que c'est qu'un juge, - mais par l'intervention d'un autre membre du groupe qui fait en faveur de l'un des adversaires, lui aussi, une manifestation rituelle de force.

Nous retrouverons ces manifestations rituelles dans l'action du vindex, de l'adsertor libertatis et de l'auctor. Cette dernière manifestation est, par hypothèse, d'une efficacité supérieure à la précédente et c'est elle qui fonde le droit.

En dernier ressort, quand cette intervention n'a pu avoir lieu, on a recours à la divinité elle-même qui tranche directement, par une manifestation de sa volonté et détermine suivant les rites, celui à qui appartient le droit, et c'est là, à mon avis, la signification primitive du sacramentum.

Le système juridique des manifestations rituelles de force. Comment on peut le dégager par la méthode organique.

Il se dégagera de cette étude un système archaïque, très primitif, mais assez complet, un véritable système juridique. Pour essayer de le dégager, nous emploierons cette méthode que Bonfante (Histoire du droit romain, I, p. II) appelle la méthode organique ou naturalistique. Elle consiste à interroger les institutions que l'on connaît et à leur demander à elles-mêmes le secret de leur origine et de leurs phases les plus obscures.

L'emploi de cette méthode demande un effort d'imagination. Elle nécessite de nombreuses hypothèses, aussi est-elle dangereuse. Elle expose ceux qui s'en servent au reproche de témérité et d'arbitraire. J'essaierai de faire pardonner l'audace de ces imaginations par la rigueur de la méthode, en m'efforçant de maintenir continuellement le contact avec les bases soli-

des ou vraisemblables qui doivent servir de tremplin à cette imagination. De cette façon, on pourra, à chaque instant, contrôler l'explication et ses prémices et juger de son caractère de crédibilité.

Il faudra également marquer fortement la limite qu'il est interdit de dépasser. Lorsqu'on arrive au terme où l'hypothèse n'a plus aucun point d'appui sur des faits connus, on doit s'arrêter. Aller plus loin serait contraire à la règle scientifique. Nous ne pourrions alors que marquer notre ignorance, mais c'est déjà un résultat que de la délimiter.

§ 2 - Les formules créatrices du droit dans

la mancipation, le sacramentum et la manus injectio.

L'unité et la communauté de fond; ces 3 institutions.

On admet généralement que la mancipatio est un acte juridique du très ancien droit coutumier. Il n'y a aucune raison de penser que la mancipatio n'est pas largement antérieure à la fondation de Rome, car ce n'est pas une forme uniquement romaine. Elle est connue et pratiquée par les peuplades latines de même race et de même origine que les Romains.

Il y a d'autre part, entre la mancipatio, le sacramentum et la manus injectio une communauté d'origine, une unité fondamentale, qui révèle de façon certaine que ces trois actes formels appartiennent au même moment du développement juridique.

Il serait impossible de rechercher, et ce serait d'ailleurs une oeuvre vaine, si l'un de ces actes est plus ancien ou plus nouveau que l'autre. Ils sont tous les trois l'expression d'un même état social.

La partie commune de leur rituel, la main mise et les certa verba.

Cette unité apparaît particulièrement dans la partie du rituel qui est commune à ces trois actes solennels. Cette partie commune, ce sont les formes par quoi ils débudent, et dans les trois cas c'est une partie essentielle.

Vous connaissez ces formes. Le rituel consiste en des paroles prononcées, des certa verba, qui affirment le droit tandis que le geste de la main le réalise. Il est impossible de trouver un rituel plus simple et qui représente plus clairement une manifestation de puissance sur la personne ou sur la chose objet de l'acte juridique.

Le geste de la main, c'est la mainmise. Il est identique dans la mancipatio et dans la manus injectio, où il apparaît à ce point important qu'il donne son nom à l'acte tout entier : manu capere, mancipare,

manum injicere, manus injectip.

Dans le sacramentum, le geste est redoublé : une main saisit l'objet, l'autre pose la festuca quasi hastae loco, sur le même objet. C'est que, par hypothèse, le droit qui vient d'être affirmé sera contes-té. Le geste redoublé signifie donc à la fois main-mise et défense. C'est une affirmation de puissance sur l'objet et une affirmation de force qui fonde cette puissance. Suivant le nom qui lui est donné, c'est la vindicatio.

Il ne faut pas d'ailleurs, dans cette partie de la procédure, séparer les paroles des gestes. Les pa-roles qui accompagnent les gestes nous retiendront d'avantage.

La formule
vindicatoire
dans la manci-
pato et le
sacramentum.

La formule est la même, vous le savez suffisam-ment, pour la mancipatio et pour le sacramentum. M. Henri Lévy-Bruhl, dans l'article intitulé "La formu-le vindicatoire" republié dans un volume : "Quelques problèmes du très ancien droit" (p.95) a eu le mérite d'attirer l'attention sur cette anomalie, et pour la première fois il a tenté de résoudre la difficulté, sans se contenter, comme on l'avait fait jusque là, de conciliations purement verbales. C'est lui qui donne ce nom de formule vindicatoire. L'expression ne se trouve pas dans les textes, mais elle est commode et juste.

La formule nous est donnée par Gaius pour la man-cipatio I,II9, et pour le sacramentum IV,II6. Elle est donnée en termes identiques dans les deux cas : Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio. Dans le droit civil constitué tel que nous le connaissons, le but de cette formule est d'affirmer le droit de propriété, le dominium ex jure quiritium. Or, dans la mancipatio la formule affirme une propriété qui n'existe pas encore et qui est créée par l'acte lui-même, une propriété en train de se constituer. C'est donc une affirmation à la fois pour le présent et pour le futur, mais qui ne regarde pas le passé.

Au contraire, dans le sacramentum, chacun des deux plaideurs affirme une propriété préexistante et il la maintient contre l'autre plaideur, parce que précisément elle existe dans le passé. C'est donc une affirmation pour le passé. Comment la même formule peut-elle donc, en terme identiques, servir à ex-primer deux situations radicalement opposées ?

Identité des
termes et op-
position des si-
tuations.

Henri Lévy-Bruhl fait très justement remarquer que la suite du dialogue dans le sacramentum contred-it l'idée que les parties ont l'intention de s'ap-puyer sur l'affirmation d'un droit préexistant pour faire reconnaître sa légitimité.

Les termes de la formule vindicatoire dans le sacramentum, sont les suivants, dans leur intégralité: "Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui..." "Moi j'affirme que cet homme est mien d'après le droit des quirites, suivant sa cause et comme je l'ai dit, voici que je t'ai imposé la vindicte".

Le premier répond alors: "postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris: je demande si tu diras oui ou non pour quelle cause tu as fait la vindicatio".

Et l'autre répond: "jus feci sicut vindictam imposui" que je traduis littéralement: "j'ai fait le droit comme j'ai imposé la vindicte".

Il y a une corrélation trop évidente entre sicut dixi vindictam imposui et jus feci sicut vindictam imposui.

Ces formules ont besoin d'être expliquées, notamment le sens de vindicta qui a d'autant plus besoin d'être établi qu'il est, à ce qu'il me semble, la victime d'un contre-sens quasi-universel. Nous donnerons cette explication en étudiant le sacramentum. Nous nous contenterons de voir ici que, dans notre interprétation, lorsqu'on demande au plaideur de motiver sa revendication, il n'invoque pas la cause antérieure de sa propriété: achat, héritage ou délaï de possession, il se contente de dire qu'il a créé le droit en imposant la vindicte. Il invoque donc sa manifestation de geste et de paroles et il déclare que cette manifestation a créé son droit.

Si cette analyse est exacte, la formule vindicatoire avait le même sens dans la mancipatio et dans le sacramentum, au moins originairement, pour ceux qui ont créé cette formule. Dans l'un et dans l'autre cas, la formule est orientée vers le présent et vers l'avenir. D'après le sens littéral même, dans le sacramentum, la formule n'affirme qu'une propriété présente et qui vient d'être réalisée par la vindicatio elle-même. Quant au passé, elle le néglige complètement.

Mais si l'on raisonne au point de vue de la propriété, la contradiction subsiste dans le fond des choses. Elle est constatée, elle n'est pas résolue. La notion juridique de la propriété est essentiellement une notion objective, je veux dire que cette notion est constituée par rapport à la chose objet du droit de propriété, plutôt que par rapport au propriétaire. La propriété est fondée sur la reconnaissance de la valeur économique des choses objets de propriété. Cette valeur existe avec la chose, indépendamment

Identité origininaire de sens de la formule vindicatoire dans la mancipatio et dans le sacramentum.

de son propriétaire actuel et c'est cette valeur objective qui se transmet avec la chose de propriétaire à propriétaire. Si embryonnaire que soit la notion, du moment qu'elle a été dégagée, un propriétaire fera toujours la différence entre l'exercice du droit et la défense de son droit et il voudra défendre le droit précisément parce qu'il l'a acquis dans le passé et parce qu'il est menacé d'être dépouillé.

Comment se fait-il qu'il se donne l'apparence de créer son droit au moment où il va le défendre, alors que le passé est son seul titre véritable à conserver la chose ?

On conçoit que pour ces formules la force de l'habitude et du rituel ait pu faire continuer à les prononcer, alors qu'elles ne s'adaptaient plus exactement à une situation nouvelle. Mais on ne concevrait pas qu'elles aient été inventées dans une situation qui ne correspondrait pas à leur sens littéral.

La solution de cette énigme peut être, à mon avis, très simplement trouvée dans les résultats acquis par la belle étude de M. de Visscher : *Mancipium et res Mancipi*, publiée en 1936 dans la revue Italienne "Studia et documenta historiae et juris".

Je n'analyserai pas cette étude, je me contenterai d'en indiquer les résultats qui nous intéressent.

La *mancipatio*, d'après M. de Visscher, n'a pas été conçue comme le mode d'acquisition du droit de propriété. Elle l'est devenue quand la notion de *dominium* s'est dégagée de l'analyse juridique, mais elle a été d'abord le mode de création du *mancipium*.

Le *mancipium* est une puissance appartenant au père de famille et portant à la fois sur les personnes et sur les choses. Il porte sur la personne du citoyen libre, en général fils de famille, vendu par son père. Ce citoyen est placé in *mancipio*, c'est-à-dire sous le pouvoir du père de famille qui a fait la *mancipatio*. Il porte aussi sur la femme lorsque la femme a été mariée par *coemptio*, elle est placée, disent les textes, in *manu mancipioque mariti*.

Ce *mancipium* porte aussi sur les *res Mancipi*: ce sont les choses qui sont susceptibles d'être soumises à un pouvoir de commandement, les choses dont la caractéristique est de pouvoir être commandées et d'obéir. C'est à cause de cela qu'on les appelle des *res Mancipi*, c'est-à-dire des choses du *mancipium*. Ce sont les esclaves, les boeufs, les chevaux, les mulets et les ânes. Ces animaux sont ceux qui dorso colloque domantur, qui peuvent être domptés - mot à mot - par le cou et par le dos, qui peuvent être attelés ou montés. Ce sont par conséquent les animaux

La fonction origininaire de la *mancipatio* comme mode d'acquisition du *mancipium* et sa fonction dérivée pour l'acquisition du *dominium* quand cette notion est dégagée. Le *mancipium*, sa nature et ses objets.

dont la maîtrise et l'utilisation augmentent la puissance du père de famille.

Le mancipium porte enfin sur le fundus, c'est-à-dire sur le territoire sur lequel s'exerce cette autorité.

Mancipium et potestas. La création du sacramentum en fonction de la notion de potestas et son extension à la notion plus récente de dominium.

Le mancipium originaire fait partie du groupe des potestates. La patria potestas, la manus et le mancipium sont les puissances qui donnent au père de famille romain son caractère de chef, son caractère de pater. Ce sont elles qui lui donnent l'autorité, avec son caractère de souveraineté.

La notion économique de propriété, qui correspond à l'idée de richesse et non plus seulement à l'idée de puissance est plus nouvelle. Elle est issue d'un développement juridique postérieur.

Si, comme nous le pensons, la mancipatio et le sacramentum portent la trace d'une origine commune, si elles sont nées dans le même milieu social et sous l'empire des mêmes conceptions, le sacramentum a été lui aussi, conçu originairement en fonction des potestates. Le sacramentum n'a pas été créé dans le but unique de protéger le mancipium, son domaine s'étend également à la patria potestas, à la manus, à la tutelle comme au mancipium. Il protège également toutes les puissances domestiques, et ce n'est pas, comme le dit Girard, parce que les règles de la propriété ont été utilisées pour la création et la défense des puissances, mais c'est parce que le sacramentum comme la mancipatio a été imaginé originairement pour les puissances.

Lorsque l'institution juridique du dominium a été dégagée, de même que la mancipatio a été utilisée pour son transfert, le sacramentum a été utilisé pour sa défense. Mais la contradiction entre le sens réel de l'institution dans ce dernier état et le sens apparent des formules est la trace très claire des difficultés rencontrées pour opérer cette adaptation.

Caractère subjectif de la notion de potestas; son antériorité sur celle de dominium son orientation vers le présent et l'avenir.

Or la potestas est une notion plus simple, plus primitive que le dominium. C'est une notion subjective, construite en fonction du titulaire du droit. Comme son nom l'indique étymologiquement, la potestas est une qualité de la personne, c'est l'état du potis, de celui qui est puissant (Voir Ernout et Meillet, Dictionnaire étymologique de la langue française, au mot potis. D'après ces auteurs, le radical pot-, de la langue indo-européenne, désigne le chef d'un groupe de toutes dimensions et notamment le chef de famille. Ce radical a donné en latin le mot potis, qui est peu usité, car il a été supplanté, dans son sens général, par un mot plus nouveau : dominus. Le domi-

nus est à Rome celui qui a la potestas et le dominium.

Cette puissance, le père de famille la tient de lui-même, elle est étrangère à l'idée de transfert, idée qui domine la propriété. Cela est d'autant plus vrai que, comme le montrent les formules elles-mêmes, la puissance a son origine dans la force réelle ou figurée. C'est donc une puissance nouvelle qui est acquise chaque fois que l'on fait une mancipation. Ce n'est pas la puissance de l'aliénateur qui est transférée, car en ce qui concerne les personnes in mancipio et in manu la puissance qui est créée par la mancipatio n'est même pas une puissance de même nature que celle qui est abandonnée. C'est une autre puissance: la puissance ancienne est la patria potestas, la puissance nouvelle créée, c'est le mancipium et la manus. C'est ce qui explique la forme même de la mancipatio qui consiste en une déclaration unilatérale du créateur de la puissance.

D'autre part, la puissance est une notion orientée tout entière vers le présent et l'avenir. La puissance passée n'est qu'une ombre vaine, sans utilité et sans profit. En effet, si elle est fondée sur la force, peu importe le passé, c'est la mainmise actuelle, présente, qui la justifie. Nous disons que la puissance est une création continue, un perpétuel devenir.

Manifestation
dans les trois
actes d'une
puissance ac-
tuelle par la
mainmise.

Si nous revenons maintenant aux trois formules de la mancipation, du sacramentum et de la manus injectio, à la lumière de cette idée, le sens original et primitif va s'éclaircir très simplement et très lumineusement. La même formule servira à affirmer la puissance dans la mancipatio et dans le sacramentum, patria potestas, manus et mancipium. Hunc ego hominem esse aio. Dans le premier cas, il s'agit de la créer avec le consentement ou mieux sous l'autorité de celui qui l'avait avant, dans le deuxième cas, il s'agit de la défendre. Deux personnes, contradictoirement, viennent affirmer qu'elles possèdent la même puissance sur la même chose. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, c'est la puissance actuelle qu'il s'agit d'affirmer. Elle est affirmée, elle est réalisée par une manifestation de force présente, par une mainmise actuelle, et cette mainmise ne distingue pas encore la création de la défense. C'est donc la vérité litérale qui est exprimée par la formule, lorsqu'elle dit : jus feci sicut vindictam imposui : J'ai fait mon droit de la manière que j'ai imposé la vindicte.

Il faut en effet un judex, gardien raisonnable de conceptions juridiques évoluées, pour pouvoir trouver, dans l'examen du passé, la justification du droit

actuel. Dans le droit archaïque que nous essayons de dégager, cette justification, c'est la mainmise elle-même.

La manus injectio débute, elle aussi, par une manifestation de force, qui met le débiteur sous la main du créancier. C'est la manus injectio iudicati, qui est la seule qui nous ait été conservée : Gaius, IV, 21 : "Quod tu mihi iudicatus (sive damnatus) es sestertium X milia, quandoque non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum injicio ; Puisque tu as été l'objet d'un jugement ou d'une damnatio envers moi pour 10.000 sesterces, et puisque tu n'as pas payé, je mets la main sur toi pour 10.000 sesterces.

Ce n'est pas le lieu d'examiner les problèmes que pose la manus injectio. Je ferai seulement remarquer que, dans cette formule, tout ce qui a trait au jugement est une addition datant de la procédure d'arbitrage, puisqu'elle suppose un jugement. Mais nous verrons que ce n'est pas le seul cas de manus injectio, qu'elle a existé avant jugement et il semble que les rédacteurs de la formule ont constaté leur impuissance de dire en un seul mot quel était le droit affirmé par la manus injectio.

Car, en somme, les paroles se contentent d'exprimer le geste qui les accompagne, la mainmise et cette mainmise met le saisi au pouvoir du saisissant sans qu'il puisse résister personnellement. Le saisi ne peut rien objecter, il n'a qu'à suivre et à obéir, la manifestation de force l'a soumis sans réplique au pouvoir du saisissant, qu'il s'agisse de soumettre des personnes ou des choses au pouvoir d'une personne. Ces formules ont donc un caractère et un effet non douteux. Ce sont des formules rituelles composées des paroles et des gestes. Elles expriment la force. Et même si la signification des gestes et des paroles n'était pas assez claire, leur nom indiquerait sans détour qu'elles sont l'expression de la force : vindicare, vindicare, vindicta, manum injicere, manum capere.

Réalisation
du Droit par
une manifesta-
tion de force
rituelle.

Mais dans tout ce que nous avons vu jusqu'ici, il ne s'agit pas d'une force matérielle, il ne s'agit pas de la force brutale, de la violence. La force est contenue, elle est exprimée dans le rite. C'est une force rituelle qui réalise le droit. Elle le réalise sans qu'il y ait d'opposition, avec la collaboration de tous dans la mancipatio, mais elle la réalise aussi dans les deux autres cas. Dans la manus injectio, elle soumet le saisi sans qu'il puisse résister. Dans le sacramentum, cette réalisation n'est pas suffisante, puisqu'il n'y a pas un seul droit qui est manifesté.

té, mais deux droits contradictoires. La réalisation est donc le préliminaire d'une contestation, mais il faut que le droit soit réalisé pour que la contradiction puisse avoir lieu et puisse être tranchée. Et cette réalisation, d'après la nature même du droit fondé sur la force, est une réalisation pour le présent, qui ne s'occupe pas du passé.

On peut donc dire que les formules sont bien créatrices du droit par leur pouvoir propre, par la vertu du rite, à une époque où l'on ne distingue pas encore la création du droit nouveau de l'affirmation du droit préexistant.

§ 3 - Les fondateurs de droit : vindex, adsertor

libertatis, auctor, praedes litis et vindiciarum, sacramentum.

Ce paragraphe sera plus court que les précédents, car nous aborderons immédiatement dans les chapitres suivants la manus injectio et le vindex, qui apportent les preuves les plus topiques du système que nous entendons soutenir. Il suffira donc de l'indiquer dans ses grandes lignes.

C'est ici qu'apparaîtra le plus fâcheusement le danger d'exposer à l'avance des résultats qui devraient seulement se dégager de l'étude des formes. Ce paragraphe s'expose à la fois au danger d'être obscur et de paraître arbitraire.

La défense des droits assurée dans le régime juridique primitif, par des rites analogues à ceux précédant leur création.

Il ne suffit pas, pour qu'il y ait un véritable système juridique, que la coutume ou la loi proposent aux particuliers les formes dans lesquelles ils auront le pouvoir de créer le droit, mais il faut avant tout que la coutume ou la loi organisent la défense des droits lorsqu'ils sont injustement attaqués.

Si cette défense n'est pas organisée contre l'injustice, il est impossible de parler de droit. Nous l'avons suffisamment dit : la cité a trouvé la solution définitive lorsqu'elle a organisé l'arbitrage du magistrat, mais auparavant il semble que le droit primitif avait trouvé une solution, assez précaire d'ailleurs et imparfaite, dans des rites semblables à ceux qui procédaient à la création des droits. Les droits créés par leurs bénéficiaires dans des manifestations rituelles étaient défendus dans d'autres manifestations rituelles analogues, accomplies par le groupe de ceux que j'appelle les fondateurs ou les défenseurs du droit.

le vindex, l'adsertor libertatis, l'auctor.

C'est un groupe plein de mystère. Ces personnages ont subsisté jusque dans le jus civile. Grâce à cette persistance nous connaissons leurs noms, c'est à peu près tout ce que nous savons de certain sur eux. Mais ils viennent, à n'en pas douter, du droit antérieur, d'un droit plus archaïque que le jus civile. Ils sont une survivance, si près de leur fin dès l'origine du droit civil, ou si défigurés que les interprètes modernes, malgré leur curiosité légitime n'ont pas réussi à en découvrir la nature.

Si on essaie en effet, comme on l'a fait jusqu'ici de les faire rentrer dans les catégories du droit que nous connaissons, on ne peut y parvenir. Ils restent des énigmes insolubles. Ils sont tous en effet des défenseurs d'un droit attaqué, mais si on essaie d'y voir, comme on l'a fait en suivant les règles du droit moderne, soit des représentants, soit des cautions, soit des garants, il n'est pas possible de reconnaître en eux les règles habituelles de la représentation, du cautionnement ou de la garantie.

L'intervention
libre de ces
personnages
dans la défense
sans obligation
civile préexis-
tante.

Un trait commun qui les unit, c'est que lorsqu'ils interviennent dans la défense de l'opprimé, ils interviennent librement. On ne peut trouver à mon avis, comme origine de leur intervention, une obligation juridique. Ils ne sont pas liés par une promesse, ils ne peuvent pas être contraints par une voie de droit. Ils remplissent sans doute un devoir social, un devoir sacré, mais ce devoir est sur un autre plan que le plan de l'obligation civile. Il peut être comparé au devoir du magistrat de dire le droit. Dire le droit est le devoir de son office, mais ce devoir apparaît comme une prérogative à l'exercice de laquelle il ne peut être juridiquement contraint.

Cette situation est évidente pour le vindex et pour l'adsertor. Tout le monde l'admet. Mais elle est aussi vraie pour l'auctor, du moins dans la forme qui correspond au droit primitif.

L'auctor, c'est-à-dire le vendeur, reste muet dans la mancipatio. Quoi qu'on dise, on peut voir dans ce silence un acquiescement, on ne peut y voir un mode de contracter une obligation, et quand il intervient dans la revendication, il est interrogé par l'adversaire : Quando in jure te conspicio, postulo anne far auctori. Puisque je t'aperçois devant le magistrat, je demande si oui ou non tu es l'auctor. Ce n'est pas de cette façon qu'on contraint un obligé à exécuter son obligation.

De même, bien que sur ce point les auteurs soient en sens contraire, sauf un auteur italien, Costa, les praedes

litis et vindiciarum ne font aucune promesse, du moins nous ne trouvons pas dans les textes l'existence de cette promesse. L'intervention des *praedes* est marquée comme celle de l'auctor, par l'interrogation du magistrat interrogeant les personnes qui accompagnent les plaideurs. Il leur demande s'ils sont *praedes*, et chacun répond : "*Praes sum: je suis le praes*". Ces interrogations ne sont pas des promesses, elles constatent un état, l'état d'auctor, l'état de *praes*.

Il ne s'agit donc pas, à notre avis, de personnes engagées vis-à-vis d'autres dans des liens d'obligation mais de membres du groupe exerçant une prérogative, un droit qui leur appartient comme étant attaché à la personne ; l'auctoritas est l'état d'auctor, disent les grammairiens, la qualité de l'auctor. C'est un droit de même sorte que la potestas et également attaché à la personnalité : c'est le droit de soutenir et de faire triompher par l'intervention de leur personnalité le droit créé par une autre personne du groupe et contesté à cette autre personne.

C'est dans le mécanisme de la *manus injectio* et du *vindex* que cet état ancien apparaît avec le plus de clarté. On voit en effet, à titre pur, dénué de détours, le jeu des formules et leur efficacité. On voit aussi comment le juge a accepté ce jeu, tel qu'il a été formé dans le droit antérieur. C'est ce droit qui est jugé par lui dans ses conséquences.

La *manus injectio iudicati* comprend en effet deux actes, avant que l'intervention du juge en ait ajouté un troisième.

Dans le premier acte, le rite de mainmise soumet de façon absolue le débiteur à son créancier : le débiteur est saisi et dominé par l'action rituelle des formules. Il n'a plus qu'une possibilité : payer ou subir son destin. Mais il a une dernière espérance, c'est l'intervention du *vindex*. Un autre membre du groupe peut faire lui aussi une manifestation de force s'opposant à celle du créancier. Le *vindex* est celui qui *endo eo vindicit*.

Cette manifestation de force est de même nature que la première mais elle a une efficacité supérieure : elle annule totalement l'effet de la première manifestation. Son effet est absolu et définitif en ce qui concerne le débiteur. Celui-ci, il y a un instant, était perdu sans ressources. Dès que le *vindex* est intervenu, il est définitivement libéré, il ne doit plus rien. Quelle que soit la suite des choses, dans le jus civile il reste définitivement libéré. Il n'y a pas de situation qui puisse exprimer avec plus de clarté cette force du rite.

C'est dans cet état de droit que le juge intervient. Il prend, à mon avis, la situation telle qu'elle a été créée par la coutume, il l'accepte pleinement, mais il veut l'arbitrer. C'est pourquoi celui qui va être jugé, ce n'est pas le débiteur, c'est le vindex. Il recherchera si le vindex a bien rempli son office suivant le droit, s'il a fait oeuvre de justice ou, au contraire, s'il a voulu empêcher la justice de triompher et s'il a voulu faire une oeuvre injustifiée de force.

La protection de chaque membre du groupe assurée par un autre membre du groupe qui en est le fondateur Auctor et vindex.

Voilà, à mon avis, ce que nous prouvera l'étude circonstanciée des formes de la manus injectio et des textes que nous pouvons réunir sur le vindex. C'est une étude extrêmement révélatrice, c'est elle qui nous permet de pénétrer dans ce domaine mystérieux, dans cette phase intermédiaire du développement du droit romain qui est entre le règne de la violence et le règne de la justice d'Etat. La violence est remplacée par une manifestation rituelle, dans laquelle cherche à s'exprimer la justice privée. Et nous voyons ainsi comment celui envers qui un autre membre du groupe a une dette peut se faire justice lui-même, mais nous voyons aussi comment chaque membre du groupe peut être protégé contre l'abus de ce droit de justice privée. Le vindex est le soutien, le fondateur efficace du droit, qui protège celui qui serait injustement attaqué.

L'adsertor libertatis nous donne un autre exemple, moins saisissant, mais aussi clair, du même genre. Cet exemple a été conservé dans les procès de liberté qui sont faits au moyen du sacramentum.

Le saisissant, ici, ne prétend pas que celui qu'il a saisi et qu'il a traîné devant le magistrat, est un homme libre, mais débiteur. Il prétend qu'il est son esclave. C'est ce qu'il affirme en disant lui aussi : Hunc ego hominem meum esse aio. Celui qui est l'objet de cette manifestation rituelle de force est dominé; il ne peut pas se défendre. Nous dirons que par la vertu du rituel il est esclave, même si en fait il ne l'était pas auparavant. La formule a créé le droit.

Mais si un autre membre du groupe vient se faire l'adsertor de sa liberté et, comme le disent souvent les textes, le vindex de sa liberté, alors ce vindex prononcera à son tour une formule rituelle manifestant une force opposée à celle du premier et supérieure, et à partir de ce moment il est libre, quel qu'ait été son état antérieur.

Vindiciae sunt pro libertate. Cette situation, créée par la force du rituel, ne paraît fournir l'explication de cette règle qui cause encore tant de tourment aux interprètes du droit, la règle d'après laquelle, dans les procès de liberté, les vindiciae

de cette formule.

sont secundum libertatem. (Pomponius, D.I.2.2.24).

Cette règle signifie que la possession intérieure de l'esclave ou du prétendu esclave doit être attribuée jusqu'à la fin du procès, entre la vindictio et le jugement, à l'adsertor, et pendant la durée de ce procès, l'esclave est considéré comme libre, il peut valablement accomplir tous les actes juridiques d'un homme libre.

C'est que, ici encore, le juge, venant se superposer au droit des formules l'a accepté tel qu'il était. Par la vertu des formules, l'esclave est rendu, temporairement tout au moins, libre.

Nous voyons ainsi comment la liberté de chaque membre du groupe est protégée et garantie par un autre membre de ce groupe qui est le fondateur. De nombreux textes d'historiens que nous examinerons font à ce point de vue un rapprochement très précieux entre le vindex et l'auctor et ils disent d'un personnage qu'il est le vindex et l'auctor de la liberté d'un autre.

Le rôle de l'auctor dans le domaine des biens.

Ce que nous venons de voir nous permet de conjecturer que dans le domaine des biens, l'auctor jouait un rôle analogue. La présence nécessaire du vendeur dans la mancipatio montre quel est celui sur qui est fondé le mancipium qui vient d'être créé. L'aliénateur est le fondateur du droit, il est en est l'auctor. Son rôle reste passif tant que le droit n'est pas contesté, il n'a pas à intervenir dans la jouissance paisible du bien, dans l'usus et bien entendu, il ne doit pas troubler ce qu'il doit protéger.

Mais il se peut que cette jouissance soit contestée. Contre l'adversaire il faut défendre le droit. C'est alors que dans la procédure d'arbitrage que nous connaissons s'organise le sacramentum.

Le sacramentum débute, comme nous l'avons dit, par une manifestation rituelle de force, la vindictio, par laquelle celui qui est attaqué manifeste son droit. Mais la situation est plus compliquée que les précédentes, car à cette manifestation de force qui réalise le droit va s'opposer une manifestation de force rigoureusement semblable, réalisant, elle aussi, un droit contradictoire et rigoureusement le même.

l'intervention de l'auctor, le moment où il se produit son résultat.

C'est alors, à mon avis, qu'intervient l'auctor. Celui qui défend son droit est venu devant le magistrat accompagné de son auctor, qui se tient à côté de lui. Nous savons par le témoignage de Valerius Probus Textes de droit romain de Girard, 8ème éd. p. 216) et de Cicéron, que l'intervention de l'auctor se fait par ce dialogue : Quando in iure te conspicio, postulo a te far auctor. Le mot far fait difficulté, n'est pas très sûr :

il est interprété en fias, ou fuas. L'auctor répond : Auctor fio! "Puisque je t'aperçois devant le magistrat je te demande, oui ou non, si tu es l'auctor?", l'autre répond ; "Je suis l'auctor".

Il ne me paraît pas douteux que cette interrogation est faite par l'adversaire, et non pas, comme le dit Girard, par celui qui fournit l'auctor. Il me paraît vraisemblable que ce dialogue a lieu immédiatement après que l'acquéreur attaqué a prononcé sa vindictio. La réponse de l'auctor vient la soutenir et la fonder.

Dans la procédure que nous connaissons, le rite continue : l'adversaire prononce à son tour la vindictio, car depuis l'intervention du juge il faut bien que le procès soit organisé, parce que c'est devant le juge que toutes les parties, auctor et adversaire, viennent apporter la preuve qu'en faisant la vindictio elles ont fait le droit.

Mais dans les temps antérieurs, je pense que l'intervention de l'auctor, sa simple affirmation qu'il était auctor, faisait triompher celui qui pouvait invoquer son auctoritas. On n'allait pas plus loin : le droit affirmé par l'acquéreur, fondé par l'auctor était le droit véritable et l'emportait.

Je fonde cette hypothèse, car c'est une hypothèse, sur ce qui me paraît être la nature primitive de l'auctor, et sur le sens étymologique des mots qui désignent auctor et auctoritas, et aussi sur le rapprochement avec le vindex et l'adsertor libertatis, dans un même état de droit, où ils paraissent être des personnages contemporains, et de même nature. De même que les textes ont rapproché l'adsertor du vindex, il y en a un assez grand nombre qui rapprochent le vindex de l'auctor.

Enfin, pour continuer jusqu'au bout cette description rapide. il se peut que dans l'affirmation de leur droit aucun des deux adversaires ne puisse être soutenu par un auctor. Alors on arrive nécessairement à une contestation qui, avant le juge, ne peut pas être tranchée par des moyens humains.

La suite du sacramentum nous apprend quelle a dû être la solution, et c'est ici qu'apparaît le caractère religieux primitif du droit. Dans la procédure que nous connaissons, le sacramentum est une espèce de pari : Quando te injuria vindicavisti quingenta aeris sacramento te provooco : Puisque tu as fait la vindictio sans droit, je te provoque au sacramentum de 500 as. Et l'autre répond : Et ego te : et toi aussi je te provoque. Le juge avait à décider lequel des deux paris était justum, lequel était injustum.

C'est la figure dernière du droit sécularisé,

La provocation au sacramentum moyen de solliciter l'auctoritas divina à défaut de celui d'un membre du groupe.

mais cette figure cache un autre sens primitif. L'opinion encore dominante chez les juristes voit dans le sacramentum un serment. Cependant le nom technique du serment est *jusjurandum*, et les philologues sont beaucoup moins affirmatifs. Ils font dériver, avec Varron (*Lingua latina*, 5, 180) *sacramentum* de *sacer*. *Sacer* : ce qui appartient aux dieux. *Sacramentum* a *sacro*, dit Varron.

Nous verrons les indices qui peuvent nous faire croire, suivant l'opinion qui tend à s'établir chez les auteurs les plus nouveaux, que cette partie de la procédure qui donne son nom à tout le reste cache un ancien sacrifice offert aux dieux, ou deux sacrifices offerts par l'une et par l'autre partie sur la provocation de l'adversaire, et ces sacrifices, interprétés suivant les règles des augures, disaient celui dont le droit était *justum*.

Cette conjecture a été lancée par M. Henri Lévy-Bruhl. A défaut de l'*auctoritas* d'un autre membre du groupe, il fallait recourir à l'*auctoritas divina* qui donnait son signe. Elle était interprétée par le représentant terrestre du dieu, le chef du groupe, le roi et le magistrat et c'est sans doute, suivant d'ailleurs l'opinion générale des auteurs, par ce détour, que le chef de la cité a été saisi de la contestation. L'origine religieuse de sa juridiction se trouve dans son rôle de représentant du dieu et de sacrificateur, qui s'est développé par la suite en arbitre.

Il semble que l'on peut interpréter dans un sens analogue les *praedes*. Ces *praedes* sont ceux qui permettent d'attendre la décision du dieu et qui, ensuite, la font exécuter. Ils deviennent, dans la procédure régulière, les garants des *vindiciae*, de la possession intérimaire et de la restitution.

Et ainsi, à travers l'étude des principales actions de la loi, la *manus injectio* et le *sacramentum*, nous verrons peu à peu se révéler le système ancien qui est comme nous l'avons dit, un système archaïque et rudimentaire, mais un système assez complet qui, après avoir assuré la création des droits des membres des groupes, assure leur protection et la protection de leur liberté et assure aussi la protection de leur droit de puissance sur les personnes et sur les choses.

Quel était le fondement de tout ce système? Sur quelles bases était-il établi? qu'est-ce qui en assurait un fonctionnement régulier, et un fonctionnement conforme à la justice? C'est là que nous devons nous arrêter dans nos hypothèses et marquer notre ignorance. En tout cas, pour que ce système puisse convenablement fonctionner, il faut que le groupe qui y soit soumis

les conditions de fonctionnement du régime primitif, leur transformation et le rôle des chefs de la cité.

soit un groupe étroit, comme étaient ces petits groupes réunis autour de l'Arx, de la citadelle qui se trouvait sur chacune des collines sur lesquelles Rome a été fondée.

Ces groupes, ces tribus étaient composés de gens peu nombreux, réunis en famille ou en gentes, qui se connaissaient tous et qui vivaient de la même vie. On peut penser que dans les temps primitifs les membres du groupe étaient tous dans une condition assez égale, qu'il n'y avait ni riches, ni pauvres.

Il faut, en outre, que dans ces groupes étroits règne une solidarité puissante, une surveillance constante de chacun des membres sur les autres. Cette solidarité primitive, tout nous l'indique dans l'état postérieur ; les *mores majorum* sont des commandements impérieux et placés sous la surveillance de tous. Les censeurs représentent, dans l'état évolué, ce pouvoir de surveillance autrefois collectif et c'est lui qui intervient jusque dans les cas les plus secrets, les plus individuels de la conscience privée, dans l'organisation intérieure de la famille.

Cette solidarité s'organise autour de fortes croyances religieuses. Si le rituel enchaîne celui contre qui il est employé, c'est qu'il enchaîne aussi celui qui l'emploie. Il n'est inoffensif ni pour l'un ni pour l'autre. Il est redoutable, au contraire, aussi bien pour celui qui en bénéficie que pour celui sur lequel il porte. S'il était employé à tort, le bénéficiaire s'exposerait à la vengeance des dieux, et cette vengeance des dieux est mise en oeuvre par la surveillance jalouse de tout le groupe.

Le terme extrême de cette vengeance est de le soumettre à la vengeance du groupe, à la *sacratio* qui le met hors de la loi du groupe et livre à tous le soin de le tuer pour exécuter la vengeance divine.

Quand les groupes s'augmentent, soit que l'un d'eux domine les autres, soit que des étrangers, — et il semble bien que pour la Rome que nous connaissons ces étrangers furent les Etrusques, — soumettent les peuplades indépendantes et les organisent en une grande cité, ce système archaïque devient de plus en plus insuffisant.

La surveillance collective de chacun des membres est une chose impossible. L'inégalité s'établit avec le développement des richesses et du commerce. Il y a désormais dans la grande cité des riches et des pauvres, des puissants et des humbles. D'autant plus que la création de la grande cité et le développement du commerce amènent l'afflux d'étrangers, les futurs plébéiens, et ceux-ci, lorsqu'ils cessent

d'être liés aux membres de la cité par les liens de clientèle et d'hospitalité sont des individus, je veux dire qu'ils ne font pas partie de ces groupes familiaux qui défendent et qui protègent leurs membres.

Le système primitif ne prévoit pas que l'on puisse chercher à tromper et que l'on puisse être sans protection privée. Il est basé sur la solidité des croyances religieuses, sur l'honnêteté et le respect des dieux. C'est une barrière fragile dans une grande cité, qui admet des gens sans famille et des étrangers. C'est pourquoi elle a dû être remplacée, et c'est l'office des chefs de la cité, dont le pouvoir augmente d'autant plus que diminue celui des groupes privés qui la composent.

Chapitre VIII.

IN JUS VOCATIO - MANUS INJECTIO.

Raisons de ce rapprochement. Ce n'est pas artificiellement que nous réunissons ces deux procédures, car d'abord elles sont toutes deux des procédures d'exécution, mais il y a un trait plus profond qui les réunit: nous verrons qu'elles comportent toutes deux une manus injectio au sens technique du mot, et parce qu'elles comportent cette manus injectio, elles comportent également toutes les deux le vindex.

Nous étudierons ce vindex dans un chapitre spécial, suivant immédiatement celui-ci. Nous verrons, et c'est encore un autre trait commun, que ces deux procédures laissent le champ libre à la justice privée. La loi fixe seulement, d'une façon minutieuse, les conditions dans lesquelles cette justice privée doit s'exercer.

§ I- In jus vocatio.

Texte de la
loi des XII
Tables.
Corrections,
Archaïsmes.

Les textes relatifs à l'in jus vocatio sont placés au début de la loi des XII Tables. Ils sont, avec ceux de la manus injectio, les textes qui nous ont été le plus complètement conservés :

I.I. : Si in jus vocat, ito, ni it, antestamino : igitur em capito. 2. Si calvitur pedemve struit, manum endo facito. 3. Si morbus aevitasve vitium escit, qui in jus vocabit, jumentum dato. Si nolat, arceram ne sternito.

I.I. : Si le demandeur appelle le défendeur en justice, que celui-ci y aille. S'il n'y va pas, que le demandeur prenne des témoins, en conséquence qu'il le saisisse. 2- Si le défendeur cherche à ruser ou à s'enfuir, que le demandeur fasse manus injectio. 3. Si le défendeur est empêché par la maladie ou par l'âge, que celui qui l'appelle en justice fournisse une bête de somme. Si le demandeur ne le veut pas, qu'il ne prépare pas un chariot couvert.

Ce texte, dans l'état où il nous a été livré, a besoin d'être corrigé. Il nous est donné par un commentateur d'Horace, Porphyre (Livre I, Satire 9, vers 76). Horace se met en scène; il est la proie d'un fâcheux qui l'assomme de ses bavardages sur la Voie Sacrée, près du Forum, au lieu de se rendre devant le magistrat, près de qui il est convoqué. Horace est délinquant de lui par son adversaire, qui accourt, furieux du retard, et qui veut prendre le poète à témoin. Le vers 76 dit : Licet antestari : M'est-il permis de te prendre à témoin ?

Puis défendeur et demandeur s'en vont, en continuant la dispute. Horace dit : Rapi in jus : il l'enlève pour aller devant le magistrat.

Le commentateur donne alors le texte de l'in jus vocatio de la loi des XII Tables. Les premières paroles sont très mutilées, elles sont ainsi dans le manuscrit : Si in jus vocationi tantestaminigitur en capito.

C'est Jacques Godefroy qui, dans la première édition scientifique des XII Tables reconstituées, corrige et met vocat ni it antestamino. Ito et qui in, jus vocabit, sont des additions des modernes.

On peut remarquer, au point de vue de la langue, une série d'archaïsmes. Festus dit que em est pour eum, c'est une vieille forme. Un autre archaïsme se trouve dans escit pour erit. Les auteurs modernes font remar-

quer que l'interversion constante du sujet, sans indication, est un signe de l'antiquité du texte. Enfin les grammairiens latins discutent sur les termes *struit*, *calvitur*, *jumentum* et *arcerà*. Le sens ne leur paraît pas très fixé.

Emploi de *certa verba*, sans indication de la cause de l'*in jus vocatio*.

Nous ferons remarquer que cette procédure est faite *certis verbis*, et que dans les auteurs, notamment dans Plaute, il semble bien que l'appelant doit dire *in jus te voco*; pour que les paroles soient *certa*, il n'est pas nécessaire qu'elles soient compliquées ni longues.

Il n'est pas nécessaire, semble-t-il, dans l'*in jus vocatio*, d'indiquer la cause de l'appel. On s'expliquera devant le juge. Cela résulte de Plaute : *Persa* (le Persan) IV, 9, 8 : *Saturio Age, ambula in jus, leno Dordalus : Quid me in jus vocas ? Saturio ; Illeud apud praetorem dicam : sed ego in jus voco. Dordalus : Nonne antestaris ? Saturion ! allons, viens en justice, proxénète. Dor. Pourquoi m'appelles-tu en justice ? Sat. Cela je le dirais devant le prêteur, mais moi j'appelle en justice. Dor. Ne vas-tu pas prendre de témoins ?*

Nous allons voir en étudiant de près le texte des XII Tables combien l'hypothèse que nous cherchons à vérifier, l'hypothèse des formules rituelles, manifestation efficace de force, va éclairer simplement et complètement ce premier texte.

La gradation de l'appel en justice jusqu'à l'acte de résistance de l'appelé et le *manum endo jacito*, la manifestation rituelle de force et l'entrée en jeu de la M.I.

La loi règle minutieusement la gradation de l'appel en justice. Elle donne d'abord un conseil : si on appelle en justice, qu'on y aille. Mais elle prévoit aussitôt que le conseil ne sera pas suivi. Si l'appelé ne vient pas volontairement, que l'autre prenne des témoins et qu'il le saisisse. Et nous voilà au début de la procédure contentieuse. On prend les assistants à témoin de la non obéissance. Ce sont sans doute des témoins qu'on a amenés, et nous voyons dès le début de la procédure comment ces procédures anciennes sont accomplies par l'intéressé lui-même, personnellement, mais comment, d'autre part, il est entouré de parents et d'amis qui lui servent de répondants, de cautions, de défenseurs. Et l'appelant saisit alors l'adversaire matériellement : *em capito*.

La loi prévoit la résistance de celui qui est saisi, une résistance par ruse, ou même par violence : *Si calvitur pedemve struit*.

Gaius, D. 5, 16, 23, 3 explique que *calvitur* veut dire ruser, tromper, pour retarder et pour frustrer. Festus : De verborum significatione, au mot *struere*, cite la phrase toute entière : *Si calvitur*, etc.. Il dit que les Romains employaient le verbe *struere* dans

le sens d'ajouter et d'augmenter et quant à ce mot des XII Tables : Si calvitur, etc.. les uns pensent que cela veut dire : se rejeter en arrière, d'autres : aller d'un autre côté, d'autres pensent au sens de fuir; d'autres enfin au sens de ralentir la marche, comme lorsqu'un individu met à peine un pied devant l'autre, marche lentement et s'arrête.

Nous nous trouvons, en somme, en face d'expressions hors d'usage, dont on ne connaît plus bien le sens précis, mais on comprend très bien ce que cela veut dire : c'est une résistance ou surnoise, ou violente.

Dans ce cas, dit la loi, s'il y a résistance : manum endo jacito : qu'il mette la main sur lui. J'ai traduit : qu'il fasse manus injectio sur l'appelé. Je vois entre *endo jacito* et *manum endo jacito*, une gradation, même une complète transformation de la procédure. Si l'intimé ne vient pas volontairement, comme le conseille la loi, en prenant les assistants à témoin, l'appelant pourra saisir l'adversaire. C'est un geste matériel. Mais si cet adversaire esquisse une résistance, alors on lui oppose la formule et les gestes rituels.

Nous sommes en face d'une manifestation rituelle de force, cette manifestation rituelle, c'est la manus injectio qui entre en jeu, et l'on peut remarquer que cette manifestation apparaît là comme suffisamment efficace, car la loi des XII Tables, qui pourtant, il y a un instant, prévoyait la résistance, ne considère plus qu'elle soit possible après *manum endo jacito*.

Il a fallu remonter en des temps très postérieurs dans la procédure formulaire, à un moment où la procédure avait complètement changé de signification, pour que le prêteur prévoie une résistance et permette une action *in factum* contre celui qui n'a pas obéi à l'*in jus vocatio*. Gaius, IV, 46 : *Ceterae quoque formulae quae sub titulo de in jus vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit neque Vindicem dederit* : Les autres actions qui sont proposées sous le titre de l'appel en justice, sont des actions *in factum*, comme par exemple celle contre celui qui, appelé en justice, ne serait pas venu, ou n'aurait pas fourni de vindex.

Je conclus du fait que cette sanction est beaucoup plus tardive, et d'une toute autre nature, que le besoin ne s'en faisait pas sentir au moment des XII Tables. Et l'on voit comment l'hypothèse que nous avons adoptée éclaire le premier texte des XII Tables que nous commentons : l'*in jus vocatus* est dominé par la

manifestation rituelle de force de la manus injectio et il ne lui est pas possible de s'y soustraire.

Critique de l'opinion générale des romanistes refusant de voir dans cet acte une M.I. parce que extra judiciaire.

L'opinion dominante chez les interprètes du droit romain, depuis Bethmann-Hollweg : *Der römische Civilprozess*, T.I., 1864, p. 106 et ss.) voit les choses sous un jour très différent. Cet ouvrage de Bethmann-Hollweg est le travail fondamental sur la procédure, bien qu'il ait considérablement vieilli. Bethmann-Hollweg, et après lui à peu près tous les auteurs, ne veulent pas voir dans le manum endo jacito une manus injectio au sens technique du terme, c'est-à-dire un acte formaliste de paroles et de gestes. L'expression, dit Bethmann-Hollweg, veut dire seulement que l'appelant doit mettre la main sur le débiteur et employer la force pour conduire devant le magistrat celui qui résiste.

Dans cette interprétation, on a quelque difficulté à distinguer le sens de *em capito* de *manum endo jacito*, si dans les deux cas il s'agit seulement d'un acte matériel, car mettre la main sur, équivaut à le saisir. Et surtout, ce dont personne ne s'est avisé, on ne voit pas pourquoi la résistance de celui qui est saisi devant témoins est prévue par la loi, tandis que cette résistance devrait cesser quand on lui met la main dessus.

La description de Girard, à ce point de vue, n'est qu'une conciliation verbale, qui néglige le problème et ne suit même pas fidèlement le texte (Manuel, 8^e éd. P. 1032, note 2) : "Celui qui veut intenter un procès à un autre le somme de le suivre, alors le sommé est obligé de le suivre, s'il résiste, le demandeur prend les assistants à témoin, puis il le saisit et il l'entraîne de force en cas de résistance".

Cette traduction souffre de difficulté, car *manum injicere* ne veut pas dire entraîner de force, mais veut dire : mettre la main sur. La méprise que consacre ici l'interprétation me paraît venir du mauvais point de départ de la discussion. Bethmann-Hollweg repoussait l'opinion de Puchta (*Institutiones*, II, § 60) qui voyait ici une véritable *manus injectio iudicati*, il l'expliquait en disant que celui qui résiste étant un contumace doit être considéré comme étant *pro damnato*. Le saisissant fait alors contre lui la *manus injectio iudicati*, avec toutes ses suites, c'est-à-dire qu'il était saisi non plus pour être jugé parce qu'il avait résisté, mais pour être emmené par le créancier dans sa prison domestique, bien entendu après le passage devant le magistrat, mais le magistrat qui n'organisait pas de procès.

C'est une conséquence inadmissible, qui n'a laissé aucune trace dans le droit postérieur, et qu'on a

repoussée avec raison. Mais par ailleurs on a admis, sans plus ample informé, que seule la manus injectio judicati était une action de la loi parce qu'elle est la seule à être nommée par Gaius. On a admis, en outre, là encore sans plus de critique, que puisqu'il s'agissait d'une action de la loi, la mainmise proprement dite devait être faite devant le magistrat, comme l'action toute entière.

Or ici, et bien évidemment, la mainmise est faite hors de la présence du magistrat. D'où, conclusion, ce n'est pas une manus injectio.

M.I. judicati
et M.I. vocati,
leur caractè-
re de legis
actio bien que
faites toutes
deux en dehors
de la présence
du magistrat.

Pour nous, nous serions d'accord avec l'opinion régnante, si elle se contentait de dire qu'il ne s'agit pas ici d'une manus injectio judicati. La manus injectio de l'in jus vocatio que nous appellerons la manus injectio vocati, n'est pas la manus injectio judicati. Mais nous disons, d'accord en cela avec les auteurs récents, que la liste de Gaius des actions de la loi n'est pas une liste complète. On peut lege agere, disent les textes, par exemple pour faire une in jure cessio, pour faire un affranchissement, une société, et il n'est pas prouvé que ces actes soient faits dans l'une des cinq formes énumérées par Gaius.

Nous avons dit aussi, conformément à l'opinion émise par M. Giffard, dans ses Leçons de procédure civile, que le damnum infectum, la perquisitio lance licioque étaient aussi des actions de la loi, et nous y avons ajouté l'in jus vocatio.

Il ne faut pas dire que le caractère essentiel de l'action de la loi est la présence du magistrat dans l'accomplissement de toutes les formalités, car même parmi les actions de la loi énumérées par Gaius, il y en a une, la pignoris capio, qui se fait hors de la présence du magistrat, et ceci est la preuve que cette règle que l'on prétend établir n'est qu'un faux semblant.

Mais nous donnerons une raison encore plus importante : nous dirons que dans la manus injectio judicati, la mainmise proprement dite, par des paroles et des gestes solennels, n'a pas lieu devant le magistrat. C'est la suite de l'action qui se passe devant le magistrat, ce n'est pas la mainmise. Et c'est par une méprise vraiment singulière, par une idée préconçue, aveugle, que l'opinion unanime des auteurs enseigne le contraire, car la loi des XII Tables elle-même apporte la preuve formelle que la manus injectio précède la venue in jus des deux adversaires. Dans la manus injectio judicati la loi dit : postdeinde manus injectio esto, in jus ducito.

Dans les deux cas, le but est le même : forcer

le saisi à venir devant le juge.

Il y a enfin, à mon avis, une autre preuve topique qu'il s'agit bien d'une manus injectio dans les deux cas, c'est que dans l'une comme dans l'autre hypothèse, l'effet obligatoire de la manus injectio ne peut être écarté que par l'intervention du même personnage : le vindex. La présence du vindex, dans les deux hypothèses, montre clairement, à mon avis, que nous sommes en présence de deux actes de même nature.

Le vindex de l'in jus vocatio soulève encore plus de difficultés que celui de la manus injectio judicati. Ces difficultés supplémentaires tiennent sans doute à ce que les deux manus injectiones ont le même but immédiat (forcer le saisi à venir devant le magistrat) mais que l'un est un personnage déjà connu du juge (le juge ne veut plus s'en occuper, car il est judicatus) l'autre, le vocatus, est un personnage qu'il ne connaît pas encore (et celui-là, au contraire, il veut le juge).

Conclusion

sur le caractère du manum endo jacito de la loi des XII Tables.

Nous concluons donc que la loi des XII Tables, en disant manum endo jacito, a bien prévu un acte formel de manus injectio, et non pas seulement un acte matériel d'appréhension. C'est une action de la loi, comme d'ailleurs toute l'in jus vocatio, c'est-à-dire un acte formaliste prévu par la loi des XII Tables, et organisé certis verbis, d'après cette loi le débiteur est saisi et il est contraint par le rite à obéir et à venir devant le magistrat.

Les auteurs récents, tout en maintenant la distinction entre la manus injectio judiciaire et la manus injectio extra-judiciaire, tout en disant qu'il n'y a qu'une seule action de la loi, la manus injectio judicati, ont une très nette tendance à appeler manus injectio celle qui conclut l'in jus vocatio. Voir par exemple Sohm, Institutionen des römischen Rechts, 17^e éd., p. 665. De même Taubenschlag, dans l'Encyclopédie de Pauly Wissowa, au mot manus injectio, Taubenschlag, en particulier, distingue trois sortes de manus injectiones, deux extra-judiciaires, parmi lesquelles il place celle de l'in jus vocatio et la manus injectio judiciaire, qui est la manus injectio judicati.

Excuses que

peut invoquer l'in jus vocatus.

La fin de la description prévoit que le vocatus pourrait invoquer comme excuse l'âge ou la maladie qui l'empêche de se rendre in jus. Le demandeur doit alors lui fournir un moyen de transport, jumentum, c'est-à-dire une bête de somme. D'après Aulu-Gelle, ce pourrait être aussi un chariot non couvert. Mais là s'arrête son obligation. La loi des XII Tables précise que s'il veut aller plus loin dans l'humanité, il offrira

une arcera, c'est-à-dire un chariot couvert, une litière, mais il n'y est pas obligé.

Conditions
de validité de
l'I.J. vocatio
quant au temps
et quant aux
personnes.

Il nous reste pour en terminer avec l'in jus vocatio à dire les conditions dans lesquelles elle peut être faite. Ces conditions sont déterminées par la loi, ou plutôt par la coutume.

1°- L'in jus vocatio ne peut avoir lieu que les jours judiciaires, les jours où le consul, et plus tard le préteur, siège au Forum, car l'in jus vocatus doit être amené immédiatement devant lui. Ce sont donc les jours où il n'est pas occupé à une cérémonie religieuse, à une réunion des comices qui sont appelés jours néfastes.

2°- Les magistrats qui ont l'imperium et le droit de coercitio, c'est-à-dire le droit de faire conduire un citoyen en prison par leurs licteurs, ne peuvent pas être l'objet d'une in jus vocatio forcée. Ce sont les consuls, les préteurs, les préfets, les proconsuls et les tribuns du peuple qui eux n'ont pas l'imperium mais la coercitio parce que, dit la loi, ils ont soit l'imperium, soit la potestas (D.IV,6,26,2). Ils peuvent d'ailleurs répondre volontairement.

3°- Un citoyen occupé à un service public ou religieux ne peut pas être détourné de cet office par une in jus vocatio, ce qui comprend les magistrats n'ayant pas l'imperium, lorsqu'ils remplissent leur office, le juge en train de juger, les magistrats du culte faisant un sacrifice, et même un simple citoyen lorsqu'il est occupé à un sacrifice ou à des funérailles, qui sont éminemment un service religieux, ou même à un mariage qui, lui aussi, est un rite religieux. Les deux époux notamment, pendant la deductio in domum mariti, ne peuvent pas être arrêtés par l'in jus vocatio.

4°- Celui qui est dans sa maison ou sur son fonds, ne peut pas être saisi : D. 39,24,5 : " Verecunde autem praetorem denuntiari jubere, non extrahi de domo sua. Le préteur ordonne par convenance que l'on puisse être interpellé mais non pas tiré hors de sa maison.

5°- Le père et la mère, le patron et la patronne ne peuvent pas être appelés en justice sans la permission du préteur (D.2,4,4,1) et généralement cette prohibition protège tous ceux à qui est due la reverentia (D.2,4,13).

6°- Enfin une matrone appelée en justice ne peut pas être touchée. Valère-Maxime, 2,1,5 : In jus vocanti matronam corpus ejus attingere non permiserunt : on n'a pas permis que celui qui appelle en justice une matrone touche son corps.

J'ai essayé d'expliquer cette règle par le souvenir de très anciens tabous de sang, qui interdisent

aux femmes mariées tout contact, même le plus accidentel, avec un étranger, car ce contact pouvait avoir une influence mystérieuse, magique, ayant pour danger de souiller le sang de la famille.

Toutes ces exceptions sont, on peut le voir, très favorables à l'idée que la manus injectio vocati met le vocatus sous le pouvoir du saisissant. L'in jus vocatio sera donc impossible toutes les fois que celui que l'on voudrait saisir possède lui-même un pouvoir; et un pouvoir supérieur sur l'appelant.

L'in jus vocatio sera de même écartée toutes les fois que la création de ce pouvoir serait contraire à la reverentia, au respect et à la déférence qui est due à certaines personnes.

Impossibilité de résistance de l'I.J. vocatus. Intervention d'un vindex pour le libérer.

Quoi qu'il en soit, que ce soit, comme je le pense, par la force rituelle des formules, que ce soit comme l'indique l'opinion traditionnelle, avec moins de vraisemblance, par la force matérielle du saisissant, l'in jus vocatus est contraint et la loi n'envisage même pas qu'il puisse personnellement résister.

Mais ce qu'il ne peut pas faire par lui-même, un autre peut le faire pour lui : c'est le vindex qui le délivre. Nous étudierons, avec le vindex de la manus injectio judicati, les problèmes que pose l'intervention de ce vindex dans l'in jus vocatio et nous abordons maintenant la manus injectio judicati.

§ 2 - La manus injectio judicati.

Nous venons de voir le premier acte du drame judiciaire. C'est, à notre avis, une manus injectio, dès le début le créancier saisit et domine son adversaire. Mais cette mainmise est provisoire; elle a pour but d'obtenir le jugement.

Laissant de côté la partie centrale, c'est-à-dire ce jugement, nous allons tout de suite au dernier acte : la mainmise définitive sur le débiteur condamné, mainmise qui doit le conduire jusqu'au bout de son triste destin.

Les textes.

La manus injectio judicati est relativement assez bien connue. Elle nous est expliquée par Gaius, IV.21.25, par Aulu-Gelle, 20.1.42 à 45, 15.3.11. Aulu-Gelle nous donne, dans ces deux chapitres, le texte de la loi des XII Tables et il le commente. Enfin, le ch. 61 de la Lex Coloniae Genetivae Juliae, de l'an 710, contient la description de la manus injectio (Voir Girard, Texte, 8e éd. p. 91) Nous suivrons dans

notre commentaire l'ordre des XII Tables.

1.XII T.III.1.

Délai de 30
jours accordé
au judicatus.

1^o Table III, loi 1: Aeris confessi rebusque jure judicatis XXX dies justi sunt.

Le fond de cette loi est clair et ne souffre aucune difficulté. La loi dit en substance qu'un délai de 30 jours est accordé à partir du moment où la dette a été avouée, ou à partir du moment où la dette a été jugée. Le confessus, celui qui avoue, est assimilé au judicatus, celui qui a été condamné. Il s'agit, comme le montre M. Giffard dans sa thèse, de celui qui a avoué in jure, le confessus in jure.

Au débiteur qui avoue et qui est condamné, on donne un délai légal de 30 jours, pendant lesquels il peut s'ingénier à trouver un moyen de se délivrer, en particulier à payer.

Mais il est un peu plus difficile de rendre compte grammaticalement de la phrase et de la traduire. Aeris confessi est un génitif: de la dette avouée. Rebusque jure judicatis est un datif, ou ablatif: aux choses jugées, ou par les choses jugées; ou encore un ablatif absolu: les choses étant jugées.

Plusieurs philologues, notamment Hörn, Zur Geschichte der absolutem Participial-Konstruktionem in Latein, 1918, p. 88, voit dans ce terme un génitif absolu suivi d'un ablatif absolu: la dette ayant été confessée, les choses ayant été jugées selon le droit, il y a un délai légal de 30 jours. Le génitif absolu est grec, l'ablatif absolu est latin. Pour les uns, il y a contamination de la syntaxe latine par la syntaxe grecque. Pour les autres, ils voient là un exemple strictement latin de génitif absolu.

A cela on objecte que ce serait un exemple unique dans l'histoire de la langue, que de voir superposer à la même époque, et dans le même texte, un ablatif absolu à un génitif absolu. Hägerström, professeur à Upsal, dans les Symbolae philologicae, offre à un autre professeur d'Upsal, pour ses 80 ans, en 1932, commente cette loi. Il propose de changer rebus judicatis en reis judicatis, et d'y voir, non pas l'affaire jugée, mais le défendeur condamné.

En effet, avant de citer la loi des XII Tables, Aulu-Gelle la commente et il reproduit la phrase des XII Tables, qu'il explique ensuite sous cette forme: Confessi igitur aeris hac debiti judicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa quam dissolverent. On peut traduire: au sujet de la dette avouée - génitif de relation - et en faveur de ceux qui sont jugés pour dette - datif indiquant l'avantage - 30 jours sont donnés pour que le débiteur se procure l'agent pour payer.

Mais un autre philologue, Gino Funaioli : Observations critiques sur la loi des XII Tables, lui répond en 1934, dans les Atti del congresso internazionale di diritto romano (I.p.74) qu'à deux reprises Aulu-Gelle donnant le texte dans le Livre 20.I.42.I., Livre 15.I3.II, dit *Rebus judicatis*.

Il y aurait donc deux fois la même faute, ce qui est invraisemblable, d'autant plus que la correction de *rebus* en *reis* n'est pas facile au point de vue paléographique. Le *b*, de toute façon, ne peut pas être pris pour un *i*, tandis que le contraire serait d'avantage possible.

De plus la correction ne sert à rien. Le passage du nom de chose : *rebus judicatis*, à un nom de personne ne lève pas la difficulté grammaticale du génitif suivi d'un datif. D'ailleurs, ajoute-t-il, cette difficulté n'a pas arrêté Aulu-Gelle, qui, non seulement en citant la loi, laisse les deux cas, mais qui même, dans son commentaire, les reproduit. Il pense qu'il s'agit, dans l'un et dans l'autre cas, d'un génitif et d'un datif possessifs gouvernés par le même verbe *esse* suivant la règle de la grammaire : *hec domus patris mei* ou *patri meo est*, et il traduit : A la dette avouée et à l'affaire jugée suivant le droit, 30 jours légaux sont donnés. Le datif est une expression plus vive que le génitif. Le délai est donné, comme le dit Aulu-Gelle à qui a avoué ou a été condamné, pour chercher à se procurer de l'argent.

2°- La mainmise, les paroles de la M.I. d'après Gaius.

2°- *Post deinde manus injectio esto.* In *jus dicitur* : Qu'ensuite il y ait mainmise, que le demandeur conduise le défendeur devant le magistrat.

Gaius complète ce que nous savons par Aulu-Gelle en nous donnant les paroles de la *manus injectio judicati*. Ces paroles ne se trouvaient pas, bien entendu, dans la loi des XII Tables, mais elles ont été *legi accomodatae*, composées d'après cette loi : Gaius, 4.21 : "Per *manus injectionem* aequa de his *rebus* agebatur de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est veluti *judicati lege XII tabularum*. Quae actio talis erat : qui agebat, sic dicebat : Quod tu mihi *judicatus* sive *damnatus* es *sestertium X milia*, quando non solvisti, ob eam rem ego tibi *sestertium X milium* *judicati* *manum* *injicio*, et simul aliquam partem corporis ejus *prehendebat* : On agissait par *manus injectio* également pour les affaires au sujet desquelles une loi avait prescrit d'agir ainsi, par exemple dans le cas de la chose jugée d'après la loi des XII Tables. Voici en quoi consistait cette action : celui qui agissait ainsi disait : Puisque tu as été l'objet d'un jugement ou d'une *damnatio* envers moi pour dix mille sesterces, et

puisque tu n'as pas payé, à cause de cela je mets la main sur toi pour ce qui a été jugé de dix mille sesterces. Et en même temps il l'appréhendait par quelque partie de son corps.

Je laisse de côté, pour le moment, la difficulté soulevée par le petit membre de phrase sive damnatus ajouté à la formule de manus injectio. Nous avons remarqué que les rédacteurs de cette formule n'ont pas qualifié le droit qui était créé. Ils se contentent de qualifier le geste lui-même. Je mets la main sur toi en vertu du judicatum. Ils affirment la prise de possession et ils ne disent pas, comme dans les autres formules : Cet homme est mien. C'est que, d'une part le judicatus n'a pas changé de condition. Il reste libre jusqu'à son exécution, tout en étant sous le pouvoir du saisissant.

D'autre part, la manus injectio peut servir dans d'autres cas que le judicatus. Gaius ne nous indique la modification de la formule que pour la manus injectio pro judicato, et pour la manus injectio pura. Il ne nous donne malheureusement pas la formule de la manus injectio vocati. C'est ce qui permet aux interprètes de nier son existence. On peut voir pourtant combien la rédaction de cette formule, dans le judicatum, permettrait facilement de reconstituer l'autre formule d'une façon simple et satisfaisante. On pourrait dire en effet sur ce modèle : Quod tu a me in jus vocatus es, quando non venisti, ob eam rem ego tibi vocati manum injicio : Parce que je t'ai appelé devant le magistrat, puisque tu n'es pas venu, à cause de cela je mets la main sur toi pour l'appel.

C'est assurément un squelette de formule que j'imagine, sous toutes réserves, mais qui est satisfaisant. Il est inspiré par le passage de Gaius (IV.46) qui, parlant des actions in factum données par le préteur au début de l'in jus vocatio dit qu'il y en a une donnée adversus eum qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit.

Nous avons dit que l'in jus vocatio, si l'on en croit Flaute, n'indiquait pas la cause de l'appel. Ici la manus injectio est causée, mais sa cause n'est pas la dette, elle est le refus de venir.

Nous touchons maintenant au point central des difficultés, à leur cause originelle, aussi bien dans l'explication de l'in jus vocatio que dans l'explication de la manus injectio judicati, et aussi bien des difficultés lorsqu'il s'agit de la procédure proprement dite que lorsqu'il s'agit de déterminer la vraie nature du vindex.

La formule de

Comme Gaius a dit que la manus injectio est une

la M.I. était-elle prononcée in jus? Réfutation de l'opinion générale que la M.I. étant une L.A. doit se passer toute entière devant le magistrat.

action de la loi, on ne met pas un instant en doute qu'elle doit se passer toute entière devant le prêteur. L'opinion unanime des auteurs est donc que la formule de manus injectio donnée par Galus devait être prononcée in jure.

Cette opinion se heurte au texte lui-même de la loi des XII Tables, dont les propres paroles données par Aulu-Gelle, 20.1.45, sont: post deinde M.I. esto, in jus ducito. Un latiniste non prévenu comprendra sans hésiter: Après le délai de trente jours, le créancier met la main sur son débiteur et, l'ayant saisi, il le conduit devant le magistrat.

La force du préjugé est telle qu'on accepte sans hésiter l'explication de Karlowa, Der römische rührsche Civilprozess zur Zeit der legis Actionen, 1872, p. 156. Karlowa la donne d'ailleurs dans une courte phrase, et sans explication: La loi des XII Tables dit-il, veut dire qu'après le délai commence la procédure proprement dite de la manus injectio, et elle décrit ensuite cette procédure qui commence par la conduite en justice.

Cette explication fait autorité. Vous la trouverez dans tous les manuels, plus ou moins clairement expliqués, et notamment dans Girard (p. 1042, note 3). Cette explication est aussi peu naturelle que possible. Elle amène à supposer, comme on le fait déjà d'ailleurs pour l'in jus vocatio, que le défendeur se préoccupe d'amener son débiteur en justice n'importe comment, comment le peut matériellement, de gré ou de force, et le problème de cet appel en justice se repose pour la manus injectio comme pour l'in jus vocatio.

Il est singulier de penser que ces procédures dont la fin dernière et le but essentiel est d'amener le débiteur devant le magistrat, ne se préoccupent pas précisément de donner au créancier un moyen efficace d'amener ce débiteur, et assurément le judicatus viendra encore moins de bon gré que le vocatus. Il ne pourra plus s'expliquer: il n'a qu'à suivre. S'il s'agit d'une simple force matérielle, comment la loi n'a-t-elle pas prévu et empêché la résistance? Comment faut-il en arriver jusqu'au prêteur et à ses actions in factum dans la procédure formulaire, pour voir surgir ce danger?

En outre dans la description minutieuse qui suit depuis le moment où le débiteur est conduit devant le magistrat jusqu'au moment où il est enchaîné dans la prison domestique de son créancier, où il vit d'une livre de farine par jour, il n'y a pas un mot dans la suite de la description des XII Tables indiquant la formalité, pourtant essentielle, où le créancier met

la main sur son débiteur.

On peut remarquer enfin que la loi emploie le même terme pour le débiteur amené devant le magistrat, *in jus ducto*, et pour le même débiteur amené dans la maison du créancier : *secum ducto*. Il n'est pas dit pour le premier : *in jus vocat*. C'est que, apparemment, il est dans la même situation, dans les deux cas, il est saisi et il est conduit. Ce terme indique qu'il ne peut pas faire autrement que d'obéir. C'est donc que la main-mise est accomplie.

Maria, dans sa thèse (Le vindex, p. 21, note 5) est impressionné par le texte si clair et il l'interprète comme je viens de le faire. Mais il est aussitôt, lui aussi, dominé par la force de l'opinion traditionnelle et il en est réduit à supposer, d'une façon tout à fait arbitraire, que la *manus injectio* extra-judiciaire était répétée *in jus*. Il n'y a pas à s'arrêter à cette opinion.

Le silence de
Gaius. 4, 21.

Y aurait-il donc, pour expliquer cette unanimité surprenante, un texte formel, qui viendrait contredire la loi des XII Tables? Assurément non. On invoque seulement la description de la *manus injectio* par Gaius (IV. 21) pour affirmer que le prononcé de la formule avait lieu *in jus*. Mais dans ce § 21, Gaius ne dit pas un mot du magistrat.

Je ne tirerai pas argument de ce silence, qui d'ailleurs est assez surprenant, pour prétendre que la *manus injectio* était tout entière une procédure extra-judiciaire. Mais je n'en tirerai pas non plus argument pour dire que même la mainmise proprement dite était faite devant le magistrat.

Interprètes
de Gaius, 4. 29.

Mais on indique encore et surtout le § 29. Suivant Gaius, IV. 29, relativement à la *pignoris capio* : *Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse : quibusdam autem contra placebat, primum quod pignoris capio extra jus peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud praetorem praesente adversario praetera quod nefasto quoque die, id est quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.* Pour toutes ces causes le gage était pris avec des paroles fixées à l'avance et à cause de cela la plupart des juriconsultes étaient d'avis que cette action était, elle aussi, une action de la loi; quelques-uns, au contraire, étaient d'avis opposé, d'abord parce que la prise de gage se faisait en dehors du droit, c'est-à-dire qu'elle n'avait pas lieu devant le prêteur et, la plupart du temps elle se passait hors de la présence de l'adversaire

tandis que généralement on ne pouvait se servir des autres actions autrement que devant le prêteur et en présence de l'adversaire; en outre parce que le gage pouvait être pris en un jour néfaste, c'est-à-dire en un jour où il n'était pas permis d'intenter une action de la loi.

Les auteurs voient dans ce texte à peu près uniquement la phrase: les autres actions - celles dont Gaius vient de parler - ne pouvaient pas être employées autrement qu'auprès du prêteur et en présence de l'adversaire. On en conclut que cette phrase apporte la preuve que la formule donnée par Gaius était prononcée *in jus, apud praetorem*.

Je tire de ce texte une première conclusion: les jurisconsultes classiques, qui écrivaient très longtemps après les XII Tables, longtemps aussi après la fin de la procédure des actions de la loi, étaient dans la même incertitude que les modernes sur les caractéristiques essentielles de ces actions, sur ce qui constituait le *lege agere*.

Mais je vois aussi que pour la plupart d'entre eux, il suffisait que la *pignoris capio* se fasse *certis verbis* et qu'elle ait été introduite par les XII Tables pour qu'elle puisse être qualifiée d'action de la loi, bien qu'elle ait lieu hors de la présence du magistrat et hors de la présence de l'adversaire.

Enfin, en ce qui concerne la phrase de Gaius sur laquelle on s'appuie, on néglige l'atténuation apportée par *alioquin*. Gaius dit que, en général, les autres actions ne peuvent pas être employées autrement que devant le prêteur. Même si la mainmise proprement dite est faite hors de sa présence, le but de la *manus injectio* est d'amener l'adversaire devant lui. Même si elle commence par le prononcé des paroles qui nous ont été conservées par Gaius, hors de sa présence, son but est d'amener devant le magistrat. On ne peut donc pas dire que ce soit une action qui ne se fasse pas *apud praetorem*.

A la vérité, la position prise par les auteurs modernes, malgré la faiblesse de son point d'appui, vient de ce qu'ils n'ont pas discerné la véritable nature et le but de cette procédure. Ils partent de cette conception assez vague que les actions de la loi tirent leur origine de la violence privée et ils admettent sans plus d'examen, que cette violence persiste comme le témoin atterré d'un autre âge et que c'est par une violence privée que chacun aura à se préoccuper de mettre à la disposition du magistrat le personnage objet de son action. Ils ne s'inquiètent ni de l'invraisemblance, ni de la faiblesse de ce début, ni

de ce que leur interprétation rend inutile et incompréhensible la formule elle-même.

Pour nous, nous suivrons le seul texte clair en cette matière, qui est celui des XII Tables: post deinde manus injectio esto, in jus ducito. Au lieu d'y trouver des difficultés, nous y verrons une confirmation précieuse de notre conception.

Comme ce texte nous l'indique, la procédure débute par la mainmise. Cette mainmise a pour but et pour résultat de soumettre par une manifestation rituelle de force le judicatus resté libre pendant trente jours. Depuis que l'arbitrage de l'Etat est créé, ce débiteur saisi, au lieu d'être amené directement dans la maison du créancier, doit être conduit devant le juge.

Voilà l'ordre indiqué par les XII Tables, et c'est d'ailleurs un ordre logique. Ce premier acte de la manus injectio n'est pas un acte de procédure contentieuse; il n'organise pas un différend; c'est un acte d'exécution. La formule l'indique expressément. Nous avons fait remarquer que le saisissant n'affirme aucun droit susceptible d'être jugé. Il dit simplement ce qu'il fait, qu'il met la main sur son débiteur pour 10.000 sesterces. Il n'y a pas à juger si cela est exact; le magistrat le sait, le judicatum a été obtenu d'après ses propres instructions trente jours auparavant. Aussi, sans plus d'examen, le magistrat abandonne-t-il le judicatus à son sort.

Pourquoi la procédure exige-t-elle que ce judicatus soit conduit in jus ? Parce que ce que ne peut plus faire le judicatus, un autre peut l'exécuter et le délivrer. L'intervention du vindex, si elle a lieu, fait rebondir l'affaire. C'est pourquoi cette intervention doit se produire devant le magistrat, parce que c'est cette intervention qu'il va juger et il désire savoir si elle est faite selon la justice ou sans droit. C'est dans l'éventualité de cette intervention que, malgré le caractère désespéré et définitif de sa situation personnelle, le judicatus doit être amené in jus.

3. Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito. Voici la traduction que j'en donne: à moins qu'il n'exécute le jugement, ou que quelqu'un fasse la vindictio (étymologiquement: dise la force) sur lui en justice, que le créancier l'emmène avec lui.

Ce texte a été très discuté. Gradenwitz: Zür don Zwölf Tafeln (Mélanges Girard, Tome I, p. 505) pense que ni judicatum facit est une addition postérieure, que la phrase n'existait pas dans les XII Tables.

Le premier acte de la procédure, la mainmise sur le judicatus; son caractère non contentieux, mesure d'exécution pour amener le judicatus in jus où pourra se produire l'intervention du vindex.

XII T. III, 3,
Observation
sur le texte.
In jure est-il
une glose ?

La *Lex Coloniae Genetivae Juliae* fait la même addition, mais en renversant l'ordre: *Ni vindicem dabit judicatumve faciet*. Ce terme de *judicatur facere* est moderne. Au contraire, *endo eo* est un archaïsme très certain. *Judicatum facere* est l'expression technique de la procédure formulaire : exécuter le jugement. D'autre part, le paiement peut être fait à tout moment avant ou après la *manus injectio*. Au contraire, un *vindex* ne peut être donné qu'*in jus* et à ce moment, Gradenwitz pense que cette addition a été apportée à la loi des XII Tables au moment de l'introduction de la procédure formulaire.

Nous ne prendrons pas parti dans cette discussion qui ne change rien d'ailleurs, quelle que soit la solution qu'on adopte à notre point de vue.

Une discussion plus vive a été menée au sujet de la deuxième partie. Après quelques hésitations, venant de manuscrits fautifs, le texte a été fixé par Cujas : *endo eo in jure vindicit*. *Endo* est une forme archaïque, pour *in*. Cujas (*Observationes*, 3.39) traduit *in eo vindicit*, ce qui veut dire *in re vindicare* : faire la revendication sur la chose à revendiquer, ici : faire la revendication sur le débiteur et il cite un exemple de cette même forme dans Aulu-Gelle (20.10.7.9). Mais Mommsen (*Rheinisches Museum*, 15.464) objecte que Aulu-Gelle distingue quand la chose est amenée elle-même en justice, ou quand elle est représentée par un symbole, et dans le cas où elle est toute entière, le *not vindicare* demande l'accusatif : *vindicare rem, pas in re*. Il pense donc que *in eo* est la suite de *in jus ducito* : qu'il l'amène en justice, si quelqu'un revendique à cet endroit, c'est-à-dire en justice : *in jure* serait alors une glose explicative, qui indiquerait c'est-à-dire en justice. C'est pourquoi dans le texte de Girard, qui admet cette interprétation, on a mis *in jure* entre crochets, pour indiquer le caractère de glose de ces paroles.

Bruns, au contraire, dans ses *Fontes*, admet l'interprétation de Cujas et ne met pas de crochets. Pour ma part, je me rallie nettement à l'interprétation de Bruns, d'autant plus que *vindicat*, plus près du sens primitif que *vindicat*, n'a pas le sens nouveau de revendiquer quelque chose, mais le sens ancien de faire la *vindicatio*, c'est-à-dire la manifestation de force, sur quelque chose ou sur quelqu'un.

Paul-Frédéric Girard aurait d'autant moins dû se rallier à l'opinion de Mommsen qu'il écrit, assez tendancieusement d'ailleurs : *vim dicit*, en deux mots alors que le texte ne porte que *vindicat*.

Alternative dans laquelle se trouve le *judicatus* devant le magistrat : payer ou être délivré par l'intervention d'un *vindex*.

Thème des XII T. sur le rôle du magistrat. Son rôle d'après Aulu-Gelle et Varron.

Nous conserverons donc ce texte tel qu'il est : *endo eo in jure vindicet, et nous pensons que la loi dit qu'ayant été saisi par la manus injectio, le débiteur saisi est amené devant le magistrat et que là il faut, ou bien qu'il paie, ou bien que quelqu'un, intervenant pour lui le délivre, qui prononce une formule de vindicatio sur lui devant le magistrat et ce personnage est le vindex, que nous étudierons dans un chapitre spécial. Il n'y a pas d'autre alternative, avons-nous dit : le juge refuse d'entendre le *judicatus* lui-même et de remettre en question le *judicatum*.*

La loi est muette sur le rôle du magistrat devant qui se passent ces faits. Mais, dans le commentaire qu'il donne de la loi, Aulu Gelle (20.I.42) dit: *Post deinde nisi dissolverant ad praetorem vocabantur, et ab eo, quibus erant judicati, addicebantur, nervo aut compedibus vinciebantur. Sic enim sunt, opiner, verba legis : aeris confessi...etc* : A la suite du délai de 30 jours, a moins qu'ils n'aient payé, les débiteurs sont appelés devant le préteur et ils sont adjugés par lui à ceux qui avaient contre eux un jugement. Ils étaient liés avec des entraves ou avec des chaînes. Telles sont à mon avis, les paroles de la loi : La dette confessée....etc.

Il y a controverse entre les auteurs modernes pour savoir si dès l'époque des XII Tables le magistrat prononçait l'*addictio*. C'est en effet le rôle essentiel du magistrat de prononcer les paroles sacramentelles : *do, dico, addico*.

Varron : De lingua latina, 6.30 : *"Dies nefasti per quos dies nefas fari praetorem : do, dico, addico. Itaque non potest agi. Necesse est aliquo uti verbo cum lege agitur : Les jours néfastes sont ceux pendant lesquels il n'est pas permis au préteur de dire : je donne, je dis, j'adjuge. C'est pourquoi on ne peut pas plaider. Il est nécessaire d'user de quelqu'un de ces mots lorsqu'on plaide par action de la loi"*.

Do, c'est donner un juge; *dico*, c'est dire à qui seront attribuées les *vindiciae*, c'est-à-dire la possession provisoire des choses en litige, et enfin, *addico*, c'est l'attribution de la personne ou de la chose à celui qui la réclame quand il n'y a pas de contestation.

Il résulte de ce texte que le rôle du magistrat aussi bien sous la procédure des actions de la loi que dans la procédure formulaire, était caractérisé par le prononcé de l'une de ces trois paroles.

En était-il déjà de même au moment des actions de la loi des XII T. de la loi? Il ne manque pas de bons arguments pour le mentionner - vire, encore ici, la loi des XII Tables dans la lettre elle l'*addictio*? de son texte et pour dire que si la loi ne parle pas

d'*addictio*, c'est que cette formalité n'était pas encore prévue par elle. Il ne peut s'agir en effet d'un oubli d'Aulu-Gelle dans les paroles de la loi, encore moins d'une omission volontaire, car le commentaire, comme nous l'avons vu, précède immédiatement la loi et en se plaçant au point de vue du droit qu'il connaît, Aulu-Gelle parle de l'*addictio*. S'il ne la nomme pas ensuite dans les paroles de la loi, c'est qu'elle n'y figurait pas.

Elle ne figure pas non plus dans la *Lex Coloniae Genetivae*. Or, à son époque, (710 ab U.C.) l'*addictio* était déjà créée depuis longtemps. Je ne vois pas, comme on le dit d'habitude, une preuve par analogie que l'*addictio* ait pu exister à l'époque de la loi des XII Tables sans que la loi en parle. Je vois au contraire dans cette omission de la *Lex Coloniae*, une preuve de la force de la tradition. La loi des XII Tables ne parlant pas de l'*addictio*, la *Lex Coloniae Juliae Genetivae*, suivant littéralement son modèle, ne parle pas davantage de cette *addictio*, quoiqu'elle existât de son temps.

Mais la loi des XII Tables n'avait pas les mêmes raisons de suivre un modèle. C'est pourquoi le fait qu'elle n'en parle pas me paraît une preuve assez forte de l'inexistence de l'*addictio* de son temps.

On remarquera avec quel sans-gêne l'opinion traditionnelle traite le texte de la loi. Dans cette description minutieuse, où l'on n'oublie ni le poids des chaînes, ni la quantité de farine, on admet sans difficulté que les rédacteurs des XII Tables auraient précisément oublié les deux actes essentiels, ceux qui donnent à la procédure sa force et sa signification : la *manus injectio* prononcée *apud praetorem*, et l'*addictio* prononcée *a praetore*.

Pour nous, au contraire, d'après une interprétation qui tient davantage compte de la loi, nous voyons la suite des événements telle que la représente la suite des paroles : la *manus injectio* est faite là où on rencontre le débiteur, elle opère la saisie du débiteur, il est dominé par la vertu des formules. Aussi n'a-t-on pas prévu dès le début que le magistrat ait à l'adjudger. Le magistrat refuse de s'occuper de lui, mais s'il veut qu'on l'amène devant son tribunal, c'est pour provoquer le *vindex*.

A une époque ultérieure, quand le sens primitif des actions de la loi s'efface devant le rôle grandissant du juge, s'introduit l'*addictio*, par laquelle la mainmise apparaît comme consacrée par le juge et la saisie du débiteur comme émanant du magistrat. Ce n'est pas là le point de vue du droit primitif. Dans le droit

primitif, la saisie est un acte de justice privée.

XII T. III. II.

La situation du débiteur amené sans addictio la prison du créancier. Le poids des chaînes et le minimum de nourriture.

4. Vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne majore, aut si volet minore vincito. Si volet, suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras faris endo dies dato. Si volet, plus dato. Que le créancier l'emmène avec lui. Qu'il le lie avec des entraves ou avec des chaînes d'un poids de 15 livres, jamais moins, mais plus s'il le veut. Si le débiteur le veut, qu'il vive à ses frais. S'il ne vit pas à ses frais, que celui qui le tient enchaîné lui donne une livre d'épéautre par jour. S'il le veut, qu'il lui donne davantage.

Si le vindex n'est pas intervenu, le débiteur saisi est emmené par le créancier, sans que, nous l'avons dit, une addictio du magistrat soit nécessaire à l'époque des XII Tables.

La loi règle son sort avec minutie : il est enchaîné avec un nervus, pièce de bois percée de trous où on introduit les pieds. Ou avec des compedes, fers qui sont mis aux pieds. Le texte d'Aulu-Gelle dit que ces chaînes doivent avoir un poids d'au moins 15 livres, mais que si le créancier le veut, elles peuvent être plus lourdes.

On pense que ce texte a subi une interversion et d'habitude on le corrige en mettant minore à la place de majore, et inversement, et l'on dit : 15 livres au plus, moins si le créancier le veut. On voit alors dans cette mesure des XII Tables une mesure d'humanité : la loi fixe le maximum du poids des chaînes.

Mais Jobbé-Duval (Les morts malfaisants, p. 256) voit au contraire dans ces chaînes, non pas une simple mesure de précaution pour que le débiteur ne s'enfuie pas, mais un premier supplice, un premier châtiment infligé au débiteur et la loi aurait fixé alors non pas un maximum, mais un minimum de chaînes pour éviter les protestations des autres créanciers.

Le débiteur enchaîné peut se nourrir à ses frais. Sa famille peut donc lui apporter sa nourriture. S'il est abandonné, celui qui le tient enchaîné lui doit une livre de farine par jour. C'est la ration d'un esclave. Mais, ajoute la loi, s'il le veut, il peut lui donner davantage.

Cette deuxième interprétation rend la première vraisemblable. Il semble bien, en effet, que la loi prévoit les réclamations que pourraient faire les autres créanciers et permet cependant au créancier saisissant de lui donner davantage.

XII T. III. 5.

d'après Aulu-Gelle. Condi-

5. Aulu-Gelle, 20.1.46.47. Aulu-Gelle, après avoir cité les paroles mêmes des XII Tables, qui régissent l'obligation pour le créancier de nourrir le dé-

tion juridique du débiteur pendant qu'il est chez le créancier. Possibilité d'une composition avec celui-ci.

biteur à ses frais, explique la suite de la loi, sans en citer les paroles : "Erat autem jus interea paciscendi; ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae judicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant : On avait encore le droit de transiger pendant le délai. S'il n'intervenait pas de pacte, les débiteurs étaient maintenus dans les chaînes pendant 60 jours au cours desquels on les conduisait au comitium, devant le préteur, à trois jours de marchés successifs, et on proclamait pour quelle somme ils avaient été jugés. Mais après le troisième jour de marché ils payaient de leur tête leur dette, ou bien ils étaient vendus à l'étranger, au-delà du Tibre.

Pendant qu'ils sont enchaînés, les saisis sont encore de condition libre, ils ne sont pas esclaves, car ils peuvent se nourrir de leurs biens et ils peuvent encore composer, c'est-à-dire prendre un arrangement avec leur débiteur, soit par une promesse garantie par la caution de leurs parents ou de leurs amis qu'ils paieront, soit par une promesse d'un certain temps de travail, pendant lequel ils seront, eux et leurs enfants, in mancipio du créancier. Et c'est pour obtenir que quelques-uns de leurs parents ou de leurs amis les aident, que la loi exige qu'ils soient conduits à trois marchés successifs.

La conduite à trois marchés successifs.
Son but.

Ils y étaient conduits enchaînés, dans le comitium, près du préteur, et là une proclamation à voix haute de leur dette était faite par le créancier. C'est un spectacle qui soulevait l'indignation des Romains de l'époque historique. Les grandes guerres du V^e et du VI^e ab. U.C. qui comportaient pour le citoyen romain l'obligation de s'équiper à ses frais, d'abandonner ses terres pendant de longues années, ont ruiné les classes moyennes d'agriculteurs, qui faisaient la solidité et la grandeur de l'Etat romain. Ils étaient obligés d'emprunter aux riches, à leur retour, pour reprendre leur exploitation agricole. Ils étaient perdus et leur destin aboutissait à ce triste spectacle qui indignait si fort leurs anciens compagnons d'armes. Les historiens nous donnent de nombreux exemples de mouvements sociaux en faveur des débiteurs et de votes de loi allégeant leur situation.

La vente ou la mise à mort après les trois nundinae.

Nundinae vient de novem, novem dinae, novem dies. Tous les neuf jours avait lieu un marché à Rome. Or, il suffit de faire un petit calcul pour voir que trois nundinae faisaient tout au plus 27 jours. Après trois nundinae, dit Aulu-Gelle, ils sont tués ou vendus. Nous

ne voyons pas là le délai de 60 jours pendant lesquels ils doivent être tenus dans les fers.

Aulu-Gelle ne paraît pas avoir aperçu la contradiction entre le début et la fin de sa phrase.

La mise à mort du débiteur est complétée par une disposition célèbre, pour le cas où il y aurait plusieurs créanciers.

XII. T. III.6
Le partes se-
canto.

6 " Tertiis nundinis partes secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto.: Au troisième marché, que les créanciers le coupent en morceaux. Si on le coupe en plus ou moins de morceaux, que cela ne porte pas préjudice."

Cette disposition a toujours révolté les âmes sensibles, et malgré l'apparente clarté de la loi, elle a été contestée. On en a tenté plusieurs autres explications. L'opinion traditionnelle, représentée par le plus grand nombre d'auteurs, prend la disposition au pied de la lettre et pense qu'il s'agit du partage matériel du corps du débiteur entre les créanciers. Un créancier unique peut tuer le débiteur, plusieurs créanciers se partagent son corps, et la loi ajoute même que s'ils font plus de morceaux qu'ils ne sont nombreux, ils n'en encourent pas de responsabilité.

Les partisans
de l'interpréta-
tion littérale.

A la vérité, c'est un droit incontestablement barbare. Il n'est pas plus barbare, cependant, que la loi du talion. Cette interprétation est notamment celle de Savigny : *Vermischte Schriften*, II, p. 420; Mommsen : *Römische Geschichte* (I. 160), Bethmann-Hollweg (*Civilprozess*, I. 220); Ihering (*Esprit du droit romain*, II. 147). C'est aussi l'avis des auteurs de manuels (Girard et MM. Giffard et Monier).

Cet avis s'appuie non seulement sur l'interprétation littérale de la loi, mais encore sur l'interprétation qu'en donnaient les auteurs latins eux-mêmes. Aulu-Gelle et surtout le jurisconsulte qu'il fait parler, Sextus Caecilius, comprennent, sans hésiter, la loi comme parlant du dépeçage du corps à partager, ce qui est jugé par son interlocuteur comme très monstrueux, *immanissimum*. Kohler, *Shakespeare vor dem forum der Jurisprudenz* (1883 p. 7) cite des exemples de droit comparé, notamment de droit scandinave, qui prévoient des dispositions analogues de dépeçage du débiteur. Enfin, Jobbé-Duval (*Les morts mal-faisants*, p. 243 et ss.) montre par de nombreux exemples que cette peine avait probablement une origine religieuse. Le débiteur était poursuivi par la vengeance du créancier non seulement jusqu'à la mort mais même après la mort. Il était privé de sépulture et par conséquent ne pouvait pas trouver de repos même dans la mort, à moins que les parents ne rachètent son ca-

d'avre en payant les dettes. Par ce dépeçage, chaque créancier s'assure que le corps du débiteur ne sera pas enterré, que leur vengeance continuera à s'exercer.

Ce droit barbare, qui n'est pas d'ailleurs plus barbare que n'importe quel droit primitif, choquait déjà les Romains de l'époque classique. Aulu-Gelle, (Nuits attiques, 20.40) fait dire à l'interlocuteur de Sextus Caecilius : Que peut-on voir de plus barbare, de plus révoltant que l'action de se partager les lambeaux du corps d'un débiteur pauvre, comme on divise aujourd'hui les biens pour les vendre en détail? Sextus Caecilius répond d'ailleurs faiblement en faisant l'apologie de la loi : "Si la loi des XII Tables a prononcé la peine de mort et le partage du corps, c'est pour mieux assurer le respect de la foi promise, de la fides. On a entouré la peine de cet appareil de cruauté pour n'avoir jamais à y recourir. Qu'un homme dans l'antiquité ait été dépecé, c'est ce que je n'ai jamais lu ou entendu dire."

On peut retenir de cette apologie non pas que la loi n'ait jamais été appliquée, ce qui est hors de question, mais que depuis très longtemps elle a été adoucie et que cette pratique est tombée de plus en plus en désuétude. C'est ce qui explique très simplement pourquoi ni Tite-Live, ni Denys d'Halicarnasse ne parlent de cette disposition de la loi. Dans l'exposé des réclamations véhémentes de la plèbe contre le sort rigoureux des débiteurs, les tribuns, qui font de foudroyants réquisitoires contre la rapacité des créanciers ne parlent ni de la mort, ni du dépeçage du corps. C'est que ce droit n'était pas en usage de leur temps.

Les auteurs qui repoussent l'interprétation littérale de la loi des XII Tables partent de l'hypothèse que cette interprétation est inadmissible. Par exemple Schwegler: *Römische Geschichte*, 3.39 ; *Karlows Civil prozess*, p.104; Schulin, *Römiches Recht*, p.535; surtout Max Radin : *Secare partes*, *American journal of philology*, Baltimore, 43, de 1922, P. 40 et ss.

Ces auteurs cherchent donc une explication du texte. Ils s'appuient sur ce fait que les auteurs littéraires et les historiens ne parlent pas avant Aulu-Gelle de ce dépeçage, que ce silence serait singulier si la loi avait toujours été interprétée littéralement. Ce sont les auteurs de basse-époque, non juristes, Aulu-Gelle, Tertullien et Saint-Cyprien, qui se sont trompés dans leur interprétation.

Il ne faudrait donc pas prendre au pied de la lettre les termes des XII Tables. *Capite* a un sens juridique, non matériel. Il faudrait dire que le dé-

L'interprétation non littérale-la perte de la personnalité et le partage des biens du débiteur.

bitteur paie la dette non pas de sa tête mais de son caput, c'est-à-dire de sa personnalité civile. Il perd sa personnalité juridique et tombe en esclavage.

A cela, on peut répondre que l'expression pour désigner la peine capitale est courante chez les Romains et qu'ici elle ferait double emploi avec la vente trans-tibérienne. Aulu-Gelle a indiqué avec aut, ou bien.

De même, pour ces auteurs, le partes secanto serait non pas le partage du corps, mais le partage des biens entre les créanciers. La loi aurait réglé la possibilité pour eux d'un partage inégal et non proportionné à leur créance. Mais par le fait qu'il perd sa liberté, les biens du débiteur appartiennent déjà aux créanciers. Ceci est une interprétation difficile.

L'interprétation de M. Lévy-Bruhl, malédiction magique contre le débiteur.

M. Lévy-Bruhl, dans son volume : "Quelques problèmes du très ancien droit romain" (p. 152) a tenté une autre explication, plus originale. Il admet, lui aussi, que caput veut dire personnalité, mais en utilisant les données de Jobbé-Duval qu'il s'agit d'une peine religieuse, il faudrait voir dans la fameuse phrase partes secanto, une formule de malédiction prononcée en public, au troisième marché, par le ou les créanciers. Le débiteur serait voué aux dieux infernaux, aux esprits, diis manibus et les sujets de la phrase seraient non par les créanciers, mais les démons : Que les esprits infernaux le coupent en morceaux. Il s'agirait d'une lacération d'un caractère mystique et non matériel. Dans la formule de malédiction, on dévouerait aux divinités infernales les diverses parties du corps de l'adversaire.

Je ne développe pas davantage cette interprétation. Si ingénieuse qu'elle soit, elle est trop arbitraire pour que nous puissions l'accepter. En définitive, il est plus sûr de s'en tenir à l'interprétation littérale et de voir dans cette partie des XII Tables le *carmen horrendum* qui pousse jusqu'au delà de l'extrême misère, jusqu'au delà de la mort, le triste sort du débiteur insolvable abandonné de ses parents, de ses amis à la vengeance des créanciers et des dieux.

Les cas de manus injectio. La M. I. contre le confessus et le judicatus. Conjecture de P.F. Girard sur les cas de damnatio sanctionnés par M. I.

Il nous reste, pour en terminer avec la manus injectio, à étudier les différents cas de manus injectio. Nous devons ici un peu dépasser le cadre que nous nous sommes imposé, c'est-à-dire le cadre des XII Tables. Nous avons vu que les XII Tables ne prévoient que deux hypothèses de manus injectio judicati, l'aveu et le jugement. Mais Gaius, [IV.21] dit dans la formule prononcée par le saisissant : Quod tu mihi judicatus sive damnatus. Paul-Frédéric Girard (Manuel, p. 1042 et 1043) pense, sur la foi de ce texte, qu'il y avait une

damnatio assimilée à un *judicatum* et, à l'occasion de cette damnatio, la loi des XII Tables ouvrirait la *manus injectio iudicati* sans jugement.

Les actes qui comporteraient une damnatio seraient :

1°- Le *nexum*, l'engagement per *aes et libram* du débiteur d'une somme d'argent. La prononciation d'une damnatio dans la formule de *nexum* par le créancier est une conjecture.

2°- Le *legs per damnationem*, qui comporte en effet la formule *damnas esto*.

3°- Il y a une damnatio contre celui qui a commis le délit de la loi *Aquilia*.

Faut-il accepter cette interprétation? A mon avis, les indices recueillis ne sont pas suffisants pour qu'on puisse affirmer son exactitude. Les mots *sive damnatus* ne se trouvent pas dans la Loi des XII Tables et même la fin de la formule de *Gaius* porte *iudicati manum injicio*. Il se pourrait donc, comme l'a supposé M. Giffard, que *sive damnatus* soit une glose postérieure.

Gaius montre par la suite que quand des lois postérieures ont voulu étendre les cas de *manus injectio*, on les a appelées *manus injectio pro iudicato*, comme s'il y avait eu jugement: 4.22 : *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus injectionem in quosdam dederunt* : Ensuite quelques lois, dans certains autres cas ont donné la *manus injectio pro iudicato*.

Ce nom est l'indice que l'on parlait de la *manus injectio iudicati*. Par exemple la loi *Pubilia* de *sponsu* donne au sponsor qui a payé pour le débiteur principal un recours au double sanctionné par une *manus injectio*. La loi *Furia* a pris une mesure analogue et un grand nombre d'autres lois en ont fait autant : *complures alias leges*, dit *Gaius*.

Après quoi, dit *Gaius*, apparaissent de nouvelles *manus injectiones* établies par d'autres lois, qui sont appelées *plurae*. Dans celle-ci le débiteur peut être à lui-même son propre *vindex*. Il peut se défendre lui-même. Peut-être est-il exposé au double s'il résiste.

Cet adoucissement est étendu par la loi *Vallia* à toutes les *manus injectiones*, sauf deux : la *manus injectio iudicati* et la *manus injectio depensi*, qui est *pro iudicato*.

Chapitre VIII.

LE VINDEX.

Le mystère du vindex.

Rejet des explications proposées, représentant, caution, sorte de juge.

Dans le chapitre précédent nous avons décrit jusqu'à son terme la procédure d'exécution du débiteur. Nous avons dit qu'à son point culminant, lorsque le débiteur saisi est conduit devant le magistrat, l'intervention du vindex peut arrêter radicalement le cours de la procédure.

Ce personnage, le vindex, le vengeur, le libérateur, est très célèbre dans la littérature extra-juridique. On croit le connaître, et on croit savoir ce qu'il est. Mais pour les auteurs juridiques, sa vraie nature est un mystère dont on n'a pas encore réussi à résoudre l'énigme.

Au point de vue logique et rationnel, il prend la place du débiteur, il agit dans son intérêt, ce serait donc un représentant judiciaire. C'est ainsi qu'il apparaît à une époque rationnelle, qui a perdu le sens de ses origines. Déjà un auteur du IV^e siècle après J.C., Boèce, le voit sous ce jour: Boèce sur Cicéron, Topiques, 2, 10: Vindex igitur est qui alterius causam suscipit vindicandam velut quos nunc procuratores vocamus: Le vindex est donc celui qui entreprend de défendre la cause d'un autre, comme ceux qu'aujourd'hui nous appelons procureurs.

Ce point de vue est celui de toute la littérature juridique moderne jusqu'aux trois quarts du XIX^e siècle. Mais aussitôt qu'on a voulu apporter quelque attention au problème historique du vindex, on a facilement reconnu que cette conception trop simple ne pouvait pas être maintenue.

Le judicatus reste libre jusqu'à la mort, ou jusqu'à la vente trans Tiberim. Le vindex est un tiers par rapport à lui. Or, on le sait, le droit ancien ne permet pas de plaider par représentant. Le principe de la non représentation dans les actes juridiques qui vient du formalisme primitif, l'interdit.

Gaius, 4, 82: "cum olim quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non licebat praeterquam ex certis causis: Autrefois, au temps où

les actions de la loi étaient en usage, il n'était pas permis de plaider pour le compte d'autrui, sauf dans certains cas déterminés".

Parmi ces certae causae ne se trouve pas le vindex. Les auteurs nouveaux, et parmi eux Maria, dans sa thèse sur le vindex (1895) ont attaqué cette opinion traditionnelle. Elle n'est plus admise par personne.

D'autres auteurs, notamment, Corodeanu : Sur la fonction du vindex (1919), l'explique comme une caution, un garant. Cette explication n'est pas plus heureuse que la première. Il faut faire abstraction de toutes les règles habituelles du cautionnement et de la garantie pour y voir une caution. Le vindex n'a rien promis à personne, il ne s'est engagé ni vis à vis du saisi, ni vis à vis du saisissant, ni même vis à vis du juge.

Enfin le dernier en date des auteurs, Rudolph Dull: Von vindex zum judex, Sav. Stift. 1935, p. 98 et ss. 1936, p. 9 et ss., voit dans le vindex comme une sorte de pré-figure du juge, qui tranche et qui dit le droit, en ayant pour cela une sorte de fonction publique, un pouvoir tiré de la collectivité.

Cette explication, par quelques côtés, est plus satisfaisante que les autres, mais le vindex n'est pas un juge. Il n'examine pas les prétentions rivales. C'est un défenseur et surtout, autant qu'on peut le reconnaître, il n'a aucun caractère public. C'est un simple particulier, comme le saisi et le saisissant.

Voilà ce que nous disent les textes. Pour essayer d'en déterminer la nature, il faut se libérer des règles du jus civile. Le vindex n'est pas un personnage du droit civil. Rien dans le droit civil n'est à sa mesure. Il fait partie, comme la manus injectio elle-même, du droit antérieur, du droit pré-historique. Aussi, pour rendre compte du Vindex, il nous faudra dénombrer avec précision et rigueur les règles certaines que l'on peut tirer des textes que nous possédons sur lui, et il faudra chercher leur explication dans notre hypothèse sur son caractère original.

- 1^{er} : Les textes sur le vindex.
- 2 : Intervention du vindex, son rôle.
- 3 : Effets de cette intervention.
- 4 : Le vindex de la manus injectio vocati.

§ 1 : Les textes sur le vindex.

Ils sont peu nombreux et ils ne sont pas toujours très explicites. Aussi sont-ils d'autant plus précieux. Il est utile d'en faire le dénombrement. Nous trouvons d'abord des fragments des XII Tables.

XII Tables.

1°- Celui qui est tiré d'Aulu-Gelle : 20.I.45, décrivant la manus injectio : *Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito.*

2°- Nous trouvons encore dans Aulu-Gelle, 17.I.4, un autre fragment des XII Tables: *Adsiduo vindex adsiduus esto, proletario civi qui volet vindex esto : A celui qui est censitaire il faut un vindex censitaire, au citoyen prolétaire soit vindex qui veut.*

Lex Coloniae Genetivae, ch. 61.

3°- La Lex Coloniae Juliae Genetivae, Chapitre 61 (Voir Girard, Textes, 9e éd. p. 91 et ss.) Cette loi est gravée sur des tables de bronze qui ont été découvertes à Osuna en Andalousie, en 70 et 74, sur l'emplacement de l'ancienne ville d'Urso. Il reste

quatre tables sur l'ensemble, qui devait en contenir au moins neuf. Une est entière et il n'y a plus que des fragments des trois autres. C'est une *lex data*, faite en vertu d'une loi proposée par Antoine, du vivant de César, en 710/44 et en vertu d'un *sénatus-consulte* et d'un *plébiscite*. C'est un statut municipal, la loi constitutive d'une colonie de citoyens en cet endroit et qui est l'ancêtre de la ville d'Urso. Elle avait pour nom : *Colonia Genetiva Julia*, du nom de famille du fondateur, qui est César de la Gens Julia. Les tables qui nous ont été conservées ne sont pas les tables originales, mais une modernisation de ces tables, de la fin du Ier siècle.

Le chapitre 61 donne des indications précieuses sur la manus injectio : *"Cui quis ita manum injicere jussus erit, judicati jure manus injectio esto itque ei sine fraude sua facere licito. Vindex arbitrato II viri quive jure dicundo praeit locuples esto. Ni vindicem dabit judicatumve faciet, secum ducito.*

Jure cicili vinctum habeto. Si quis in eo vim faciet, ast ejus vincitur, dupli damnas esto colonisque ejus coloniae viginti millia sestertium dare damnas esto, ejusque pecuniae cui volet petitio, II, viro quive jure dicando praeit exactio judicatioque esto : Si quelqu'un a reçu l'ordre de faire manus injectio relativement à une autre personne, qu'il soit fait contre celui-ci manus injectio en vertu du jugement,

suivant le droit et que celui qui en a reçu l'ordre puisse y procéder sans que cela lui porte préjudice. Que le vindex soit solvable d'après l'appréciation du duumvir ou de celui qui possèdera la juridiction. Si le défenseur ne fournit pas de vindex ou n'exécute pas le jugement, que le demandeur l'emmène avec lui, qu'il le tienne enchaîné conformément au droit civil. Si quelqu'un fait relativement à lui la violence et s'il est vaincu dans cette violence; qu'il soit tenu du double et qu'il soit tenu de payer aux colons de cette colonie une somme de vingt mille sesterces et que le droit d'agir en paiement de cette somme appartienne à qui voudra et que le recouvrement et le jugement de cette créance appartienne au duumvir ou à celui qui le remplacera dans l'exercice de la juridiction."

Gaius, 4.21

4°- Gaius, 4.21, ajoute après la formule de la manus injectio que nous avons vue : "et simul aliquam partem corporis ejus prehendebat. Nec licebat judicatio manum sibi depellere et pro se lege agere; sed vindicem dabat qui pro se causam agere solebat; qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur. : En même temps le créancier saisissait quelque partie du corps de son adversaire. Le condamné ne pouvait écarter la mainmise sur lui et plaider par l'action de la loi pour lui-même (pro se : pour soi-même. Mais il donnait un vindex qui, d'après l'usage, plaçait par l'action de la loi pour lui-même (pro se : pour soi-même, vindex). S'il ne fournissait pas de vindex, il était conduit dans sa maison par le poursuivant et il était mis dans les fers."

Lex Rubria

de Gallia Cisal-
pina, ch. 21.

Pour le vindex de l'in jus vocatio, il y a deux textes :

5°- Loi Rubria, 21 : "in eum qui ita vadimonium Roman in decreto ejus qui ibei jure dicundo praeiit, non promissertit aut vindicem locupletam ita non dederit; En outre, celui qui n'aurait pas promis le vadimonium pour Rome d'après le décret de celui qui préside en cet endroit à la juridiction ou n'aurait pas donné de vindex solvable."

6°- Gaius, IV.46 : "Coeterae quoque formulae quae sub titulo de in jus vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit; item contra eum qui vi exemerit eum qui in jus vocatur. D'autres formules qui sont proposées dans ce titre de l'appel en justice sont rédigées en fait, par exemple contre celui qui, appelé devant le magistrat, ne se serait pas venu ou n'aurait pas fourni de vindex. De même contre celui qui aurait délivré par la violence celui qui est appelé en justice".

On peut encore ajouter :

Festus.

7°- Festus, V° vindex, p. 574 : "Vindex ab eo quod vindicat quo minus is qui prensus ut ab aliquo teneatur : Vindex de ce qu'il fait la vindicatio pour que celui qui est pris par quelqu'un ne soit pas obligé".

Voilà les textes sur lesquels il nous faut bâtir la théorie du vindex et suppléer par l'imagination conduite suivant les règles de la prudence et de l'audace, à tout ce que nous ne savons plus.

§ 2 - Intervention du vindex in jure.

Forme et nature de cette intervention.

Méthode de reconstitution.

Pour la reconstitution que nous allons tenter, nous suivrons rigoureusement la méthode que nous avons employée jusqu'ici. Nous oublierons les règles du droit civil historique. Nous n'essaierons pas de faire rentrer de force le vindex dans les conceptions du jus civile, car c'est cet essai qui a fait radicalement échouer tous les efforts antérieurs pour comprendre sa nature et en rendre compte.

D'autre part, c'est entièrement libéré de toutes les théories émises jusqu'ici par la littérature juridique que nous allons nous tenir rigoureusement aux textes. Nous n'essaierons pas de les corriger, de les interpréter pour leur faire dire ce qu'ils ne veulent pas dire. Nous chercherons, au contraire, à déterminer leur sens, même si ce sens paraît à première vue invraisemblable. Nous ne nous laisserons pas arrêter par un caractère apparent d'invraisemblance.

L'intervention du vindex in jure: paroles et gestes dont elle s'accompagne.

Il n'est pas besoin d'insister sur ce point préliminaire que l'intervention du vindex doit avoir lieu in jure, devant le magistrat, tandis que d'après notre interprétation la manus injectio a lieu là où on rencontre le débiteur. L'intervention du vindex a lieu in jure, et c'est pour ménager cette intervention que le débiteur est conduit, ductus, devant le magistrat.

Nous avons vu que, celle que soit la façon dont on interprétait *inde eo in jure*, l'affirmation formelle de la loi des XII Tables est que cette intervention se produit devant le magistrat.

L'intervention du vindex se fait, comme dans toutes ces procédures primitives, par des paroles accompagnées de gestes. Etudions, les unes après les autres, ces manifestations rituelles.

I- Significa-

1°- La vindicatio.- On ne nous a pas conservé

des paroles
prononcées.
Le terme vin-
dex; son ac-
tion; indivere
vindicare
Le vindicatio
du vindex et
celle du reven-
diquant.

les paroles du vindex, comme les paroles du saisissant dans la manus injectio, comme les paroles du revendi-quant dans le sacramentum, mais la façon dont l'action du vindex est qualifiée nous permet d'en déterminer la signification.

Nous avons comme guide d'abord son nom : vindex, qui est semblable et de même nature que judex. Le judex est celui qui dit le droit, le jus, le vindex est celui qui dit la vis.

Puis nous avons deux textes qui qualifient l'action : les XII Tables, qui endo eo in jure vindicit; et Festus : vindex, ab eo quod vindicit quo minus is qui prensus est ab aliquo, teneatur.

Soit dans la forme ancienne vindicare, dont l'unique exemple est celui des XII Tables, soit dans la forme plus moderne vindicare, l'acte accompli par le vindex est une vindicatio. On sait que la vindicatio est aussi l'acte accompli par le revendiquant au début du sacramentum.

Gaius (IV, 15) après avoir cité les paroles : Hunc ego hominem.... ecce tibi vindictam imposui, dit : cum uterque vindicasset. Et un peu plus loin il dit encore : qui prior vindicaverat (Cet acte et celui du vindex ont donc été jugés synonymes, puisqu'ils portent le même nom.

Il y a pourtant entre eux une différence considérable. Le revendiquant affirme son droit sur l'objet en litige et il le réclame comme sien. Le vindex, au contraire, ne prétend pas que l'homme libre, quoique débiteur, qui est devant lui, lui appartienne, il ne le revendique pas. Les gestes qui accompagnent les paroles nous montrent, de la façon la plus claire, qu'il entend seulement le libérer.

Par conséquent, le sens second qu'a pris vindicatio dans la procédure du sacramentum, je veux dire dans la procédure arbitrale du judex, ne peut pas être appliqué au vindex. Ce sens est le sens actif du verbe : vindicare rem : revendiquer une chose.

Les paroles du vindex devaient donc être différentes de celles du revendiquant. C'est d'ailleurs arbitrairement, quoique avec vraisemblance, qu'on suppose parfois qu'elles étaient celles-ci : Hunc ego hominem liberum esse aio.

Ce qui va donc réunir les deux notions, c'est le sens étymologique, le sens primitif de vindicare. Mais il faut alors retrouver le même sens dans les deux cas.

Discussions
sur la tradi-
tion de vis

Cette constatation va nous permettre de trancher la controverse, ou plus exactement la confusion qui règne encore dans la littérature juridique sur la

et de vim dicere.

traduction que l'on doit faire de vis. Comme je l'ai fait remarquer déjà, les auteurs oscillent perpétuellement entre les deux significations que l'on peut donner du mot vis : force ou violence, et lorsqu'ils traduisent par violence, tantôt ils désignent par là la violence qui est faite par le saisissant, tantôt la violence qui est dite par le vindex. Parfois même ils acceptent ensemble ces deux notions, pourtant contradictoires.

Une opinion qui, à ma connaissance, a pour père Mommsen (Röm. Gesch. I, p. 153) suivi entre autres par Maria (Vindex, p. 107), traduit vis par violence, et même par violence illégale du saisissant. Le vindex dit que la manus injectio a été faite à tort, qu'elle est un acte de violence injustifiée. Le vindex serait ici celui qui vim esse dicit.

Cette interprétation ingénieuse ne peut pas être retenue, à cause de l'analogie que nous avons admise avec la vindicatio du sacramentum, car, après avoir prononcé la formule vindicatoire, le revendiquant ajoute : ecce tibi vindictam imposui, et cette vindicte, dont nous aurons à déterminer le sens, (c'est pour nous le geste et les paroles qui précèdent) c'est la vindicatio. Cette vindicte fait le droit.

Le revendiquant continue : jus feci sicut vindictam imposui, que je traduis : j'ai fait, j'ai réalisé le droit, de même que je t'ai imposé la vindicte.

Mais vindicare ne peut donc vouloir dire ici : dénoncer la violence injustifiée, cela veut dire : dire la vis qui crée le droit.

Une opinion beaucoup plus répandue, c'est même l'opinion générale, interprète vim dicere dans le sens de dire la violence, au lieu de la faire. Vindicat, c'est la violence simulée, une fiction de violence représentant et stylisant devant la justice l'ancienne violence privée, la remplaçant par des paroles.

Cette explication par une fiction est liée à cette conception, pour ainsi dire universellement répandue, qui voit dans nos actions de la loi, en général, et spécialement dans le sacramentum, un simulacre de bataille remplaçant la bataille réelle primitive. Ce simulacre aurait pour but de saisir le juge de la contestation, de faire appel, en quelque sorte, à son rôle de pacificateur, pour le forcer à juger.

Cette idée, canonisée depuis Ihering, est, à mon avis, la source du trouble et de la confusion qui règne dans l'interprétation de nos formules. Nous cherchons ici, comme l'a si heureusement tenté M. Henri Lévy-Bruhl, à écarter de l'explication des institutions anciennes ces fictions qui sont la marque de

la trop grande ingéniosité des modernes. Nous verrons en étudiant le sacramentum, que non seulement la fiction de lutte ne s'impose pas mais qu'elle est responsable de contre-sens caractérisés dans l'interprétation des textes du sacramentum. Nous allons voir, en étudiant les gestes du vindex, que ce simulacre de combat s'impose encore moins dans la manus injectio.

Vis, force créatrice de droit-force rituelle dont la manifestation libère le débiteur.

Reste alors notre interprétation personnelle: la vis qui est invoquée ici, ce n'est pas la violence, c'est la force, la force créatrice de droit. Vim dicere ou dicare, c'est manifester la force créatrice de la puissance et cette force n'est pas une force matérielle, bien qu'elle pût tirer originellement de la force matérielle sa justification, mais c'est une force rituelle, c'est-à-dire une force résultant des paroles et des gestes.

Cette manifestation rituelle de puissance a pour effet de libérer le débiteur qui venait d'être dominé par la manifestation rituelle analogue du créancier. Cette manifestation de force est faite sur la personne du débiteur, ce qui explique littéralement, de la façon la plus complète, endo eo, pris, comme le disait Gújas, dans le sens de in iudicato. Nous disons donc: in iudicato, in iure vindicis, le vindex fait la vindicatio sur le iudicatus et devant le magistrat.

Le vim facere de la lex Coloniae Genetivae.

Notre étude de la vindicatio du vindex ne serait pas complète si nous n'examinions pas à ce point de vue le texte de la Lex Coloniae Genetivae Juliae et le sens de l'expression que nous y trouvons: vim facere.

On a voulu voir dans cette désignation l'action du vindex et un équivalent de vindicare. Cette interprétation, même si elle était exacte, pourrait à la rigueur s'accepter sans détruire notre interprétation générale, mais à mon avis elle peut être réfutée.

La loi décrit la manus injectio: Ni vindicem dabit iudicatumve faciet secum ducito. Jure civili vin-tum habeto: À moins que le saisi ne donne un vindex ou n'exécute le jugement, que le saisissant le conduise chez lui. Qu'il le tienne enchaîné suivant le droit civil.

La loi continue: Si quis in eo vim faciet ast ejus vincitur, dupli damnas esto colonisque ejus coloniae sestercium viginti millia dare damnas esto ejusque pecuniae cui volet petitio, Il viro quive jure dicundo praerit, exactio iudicatioque esto.

Discussion sur le sens de celui qui in eo vim facit.

Cette phrase est difficile à traduire et son interprétation reste incertaine. Une opinion qui a pour elle l'autorité de Mommsen (Ephemeris épigraph. V, 3, 1877, p. 109 et 110 suivi par Voigt, XII Tafeln, I

p. 577; Girard, Textes, p. 84) voit dans celui qui in eo vim facit, le vindex. La Lex Coloniae Genetivae Juliae aurait employé cette périphrase par imitation de la loi des XII Tables ; aut quis endo eo in jure vindicit. Mais facere, d'après Mommsen, aurait marqué le caractère injuste de l'action du vindex. C'est pourquoi le mot facere est employé à la place de dicere, car, au lieu de dire la force, il aurait employé la violence : ast ejus vincitur marque sa défaite juridique. Il aurait été jugé par le magistrat avoir agi à tort.

Vous remarquerez à ce propos combien on a tort de s'imaginer que dans la pensée même de son créateur cette interprétation a un caractère de certitude. C'est nous, en réalité, qui la canonisons de toute l'autorité du maître.

Ici, Mommsen traduit : in eo vim faciet : il dira la violence sur le débiteur, dans le sens de : il fait une vindicatio injuste sur le débiteur. Et il invoque, pour cette traduction, l'exemple : endo eo in jure vindicit. Pour que cet exemple soit bien choisi, il faut traduire alors : il fait la vindicatio sur le débiteur.

Mais nous avons vu précisément que Mommsen repoussait dans une autre partie de son oeuvre, cette traduction : endo eo, pour lui, ne peut pas vouloir dire vindicare in re, c'est-à-dire in judicato. Il explique que endo eo voulait dire : in jure, et que le second in jure est une glose explicative, et Girard admet cette interprétation, puisque dans ses Textes, il met entre crochets in jure, comme étant une glose à supprimer.

Quoi qu'il en soit, le vindex injuste, d'après cette interprétation, aurait été condamné au double et on verrait ici la preuve directe de cette responsabilité au double, qui, en effet, comme nous le disons, paraît bien être celle du vindex. En plus la loi prévoierait une amende politique de vingt mille sesterces, au profit des habitants de la colonie.

Cette interprétation, malgré l'autorité de Mommsen, qui l'a fait admettre, me paraît forcée et peu vraisemblable. Je me rallierai à l'opinion divergente d'Exner, Z.R.G. XIII, 1879, p. 323) qui voit dans : qui in eo vim faciet ast ejus vincitur : celui qui fait une violence sur la personne du débiteur saisi mais qui a été vaincu de cette violence. C'est donc celui qui a fait une tentative d'arracher par la violence le débiteur au créancier.

Cette traduction, en soi, est plus naturelle. En effet, à deux reprises, le vindex est nommé par

La résistance
à la manus in-
jectio. La ré-
pression de la
tentative de
l'enlèvement
du judicatus.

son nom dans le texte, l'imitation des XII Tables est visible dans les phrases précédentes par l'interversion constante du sujet. Comment se fait-il que la loi emploierait ici une périphrase pour désigner le vindex, après l'avoir déjà nommé deux fois?

Wlassak (Röm. Prozess G.I. p.192) fait remarquer que si la phrase commence par un sujet : si quis, c'est parce qu'elle n'est plus, comme la précédente, empruntée aux XII Tables, mais c'est une phrase nouvelle. D'autre part : ast ejus vincitur est une défaite juridique, une reconnaissance de l'illégitimité de l'intervention. Comment précéderait-elle le procès dans lequel le vindex serait condamné au double? Car c'est dans ce procès que l'on pourra juger de la légitimité ou de l'illégitimité de l'intervention du vindex.

Enfin on ne voit pas comment l'intervention du vindex pourrait motiver une amende de 20.000 sesterces en faveur des habitants de la colonie, car, même injuste, l'intervention du vindex ne peut pas léser l'ensemble des habitants de la colonie. Intervenir, même à tort, est un droit que le vindex tire de la loi, qui ne peut motiver une action publique, car elle est réduite dans la procédure des XII Tables à un intérêt strictement privé. Il faudrait donc supposer, comme le fait d'ailleurs Mommsen, que, dans la loi, il s'agit d'un cas tout spécial de manus injectio qui intéresserait les habitants de la colonie. Or cette supposition est totalement arbitraire.

Nous dirons au contraire, que la loi coloniaire a prévu et punit la violence exercée sans droit contre le saisissant. Elle réprime cette violence par une amende qui s'élève à la peine du double et à vingt mille sesterces, et elle réprime cette violence à l'aide d'une action publique, car elle lèse l'ordre public.

Nous avions fait remarquer que la loi des XII Tables n'a pas prévu de résistance après la manus injectio. Cette résistance par la violence a été, au contraire, prévue par le préteur dans son edit pour l'in jus vocatio et, comme je vous l'ai montré, pour la manus injectio vocati. Vous connaissez le texte : Gaius, IV, 46: Ceterae quoque formulae quae sub titulo de in jus vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit; item contra eum qui vi exemerit eum qui in jus vocatur : Les autres actions, qui sont proposées sous le titre de l'appel en justice, sont des actions in factum, comme celle qui est donnée contre celui qui, appelé en justice, n'est pas venu et n'a pas fourni de vindex; de même

contre celui qui aurait enlevé par la violence celui qui est appelé en justice.

Voilà, à mon avis, le modèle de la disposition ajoutée à la loi coloniaire, bien plus que la loi des XII Tables elle-même qui ne prévoyait pas ce cas. Ces mesures contre la violence ne sont que la suite de toutes les mesures prises contre la violence à partir du moment où les troubles civils qui ont suivi la dictature de Sylla ont donné l'occasion à cette législation répressive.

A cette interprétation, Girard (Textes, p. 91) fait une objection. Il dit que s'il s'agissait de l'enlèvement par la violence du débiteur au saisissant ce serait non seulement un vol, mais un vol manifeste. L'enlèvement du judicatus des mains de celui qui l'a saisi est en effet considéré comme un vol : Gaius, III, 199 : *Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit...sive etiam judicatus....subreptus fuerit*: Parfois, en effet, on peut commettre le vol des hommes libres... ou encore lorsque le judicatus a été enlevé. Si en plus le judicatus est enlevé par la violence, ce serait un vol manifeste, or la peine du vol manifeste est le quadruple, non le double.

Je crois qu'à cette objection on peut répondre d'abord, comme le fait Maria, que ce que prévoit la loi n'est pas l'enlèvement du judicatus, mais la tentative d'enlèvement. Dans ce délit qualifié par la *Lex Coloniae Genetivae*, nous ne nous trouvons pas dans le cas de *furtum*. Il n'y a pas *contrectatio fraudulosa*, il n'y a pas eu vol manifeste, il y a eu violence. Dire que ces deux cas ne peuvent pas être prévus séparément, ce serait oublier toute la législation de la violence qui, depuis Sylla, est venue se superposer, sans faire double emploi, à la législation du vol prévue par les XII Tables. Par conséquent, cette disposition de la *Lex Coloniae Genetivae* n'est pas plus contradictoire et inutile que les dispositions prises par l'interdit *unde vi*, ou par les autres cas de violence.

La condamnation au double et la condamnation à vingt mille sesterces envers les colons et les actions pour les obtenir.

Je me demande s'il n'y aurait pas encore une autre réponse, que je propose ici dubitativement. La loi dit en effet: Que celui qui a fait violence au saisi et qui a été vaincu de cette violence soit condamné au double et qu'il soit condamné envers les colons de cette colonie à vingt mille sesterces: *ejusque pecuniae cui volet petitio*: et la réclamation de cet argent sera à qui le veut.

On dit d'habitude que la première condamnation au double est en faveur du saisissant violenté, la deuxième condamnation à vingt mille sesterces en faveur des colons, ce qui est plausible. Mais on pense

aussi que dans la dernière phrase, qui fait de cette action créée par la loi une action publique, la pecunia visée ne s'applique qu'aux vingt mille sesterces et non pas au double.

Je pense que cette restriction n'est pas justifiée.

Elle ne repose sur rien, car la pecunia, dont la petitio est à qui la veut, est aussi bien le double que les vingt mille sesterces. On ne voit pas pourquoi ce ne serait pas les deux actions créées par la loi qui seraient toutes les deux des actions publiques et la loi viendrait ainsi assurer, de cette façon, la répression du délit de la manière la plus effective. Cette manière, on le sait pour les lois sur la violence, c'est l'action publique et c'est la peine du double.

On peut donc envisager un cumul d'actions. C'est la règle de toutes les actions délictuelles qu'elles sont cumulatives. S'il y a vol, il y aurait l'actio furti au profit du saisissant, mais en plus la violence, en soi, fait naître une action publique au double qui ne se confond pas avec l'action privée. Elle appartient au saisissant d'abord, pendant un certain délai, et aux colons, puis s'ils ne l'ont pas exercée à qui la veut. C'est une action publique à la fois au double et aux vingt mille sesterces.

Quoi qu'il en soit, à mon avis, vim facere ne peut pas avoir le même sens que vim dicere, c'est même le contraire.

Vim dicere, c'est accomplir un acte juridique par les paroles, c'est une manifestation rituelle de puissance qui exclut la violence réalisée. Au contraire, facere, c'est la réalisation de la vis. Vim facere, c'est accomplir un acte de force, c'est-à-dire réaliser une violence, et ceci ne peut pas être l'acte du vindex, qui est un acte juridique.

Le geste libé-
ratoire du
vindex, depel-
lere manum.

2°- Les gestes du vindex. Nous avons donc déterminé ce qu'est la vindicatio faite par le vindex : une manifestation rituelle, de même nature que celle du revendiquant, car elle porte le même nom, c'est une manifestation de puissance qui est faite certis verbis.

Suivant les règles de ces procédures, les certa verba sont accompagnées de gestes. Nous pouvons savoir d'une manière très précise, par Gaius, quels étaient les gestes du vindex : Gaius, IV, 24, nous a dit que le saisissant, en même temps qu'il disait dans la manus injectio : Tibi injicio manum : Je mets la main sur toi, saisissait son débiteur par quelque partie du corps : simul aliquam partem corporis ejus

prehendebat..C'est ce qui explique pourquoi la loi des XII Tables dit très exactement : *in jus dicito* : il le conduit devant le magistrat; il le conduit, car il le tient et les deux adversaires arrivent ainsi devant le magistrat.

Gaius ajoute : *nec licebat iudicato manum sibi depellere* : et il n'était pas permis au *iudicatus* d'ôter la main de soi.

Un peu plus loin, Gaius (IV,25) nous dit: *Sed postea lege Vallia, excepto iudicato et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus cum quibus per manus iniectionem agebatur, permisum est sibi manum depellere*: Par la suite, en vertu de la loi Vallia, à l'exception du *iudicatus* et de celui pour qui une caution avait payé, il était permis à tous ceux contre qui on agissait par *mainmise*, d'ôter la main de soi.

Ceci nous indique, d'une façon exacte et précise le geste qui accompagnait les paroles de la *vindicatio*. Le *vindex iudicato manum depellit* : le *vindex* ôte, écarte la main du saisissant qui tenait le *iudicatus*. C'est un geste de libération et on remarquera ici qu'il n'y a place à aucun simulacre de bataille, que nous prenions la *manus injectio* depuis son début jusqu'à ce geste du *vindex* qui, pour nous, en marque la fin, nous sommes en présence d'un rituel comportant des gestes successifs, dont chacun produit son effet sans qu'il y ait opposition, sans qu'il y ait contradiction ou simulacre. De même que le saisi n'a pas pu s'opposer au geste de *mainmise*, le saisissant ne s'opposera pas au geste de libération, il le subira. Mais, comme dit Gaius, il pourra *lege agere*, plaider à cause de ce geste.

§ 3 : Effets de l'intervention du vindex.

Pour examiner ces effets de l'intervention du vindex, il faut distinguer ces effets à l'égard du débiteur et ces effets à l'égard du vindex.

1°- Effets à l'égard du débiteur. Ici, les textes nous donnent de sûrs renseignements. A partir du moment où le geste du vindex a écarté la main du saisissant, le débiteur ne doit plus rien. La manifestation rituelle a produit son effet libératoire absolu. Cet effet est non seulement absolu, mais il est définitif.

C'est ce que nous dit d'abord le texte de Festus : *Vindex ab eo quod vindicat quominus qui prius est ab aliquo teneatur*: Vindex, de ce qu'il fait

Assimilation
de l'interven-
tion du vindex
à l'exécution,
libération dé-
finitive à
l'égard du
créancier.

la vindicatio pour que celui qui est pris par un autre ne soit plus obligé.

Je donne à teneatur son sens juridique plein; n'être plus obligé.

Le même renseignement nous est fourni par les XII Tables et la loi de la colonie Julia .

XII Tables : ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit.

Lex Coloniae Juliae Genetivae: ni vindicem dabit judicatumve faciet.

La loi assimile l'exécution et l'intervention du vindex. L'exécution produit un effet libératoire total: qui exécute sa dette est libéré. L'intervention du vindex, puisqu'elle est assimilée à cette exécution, produira le même effet libératoire total: comme s'il avait payé , celui qui a fourni le vindex est désormais libéré de sa dette , il ne doit plus rien au créancier, il n'a plus aucun rapport avec lui, quelle que soit la suite de l'affaire.

Cet affranchissement définitif de tout rapport entre lui et son créancier s'oppose vigoureusement à l'effet de la manus injectio, qui est aussi radical et aussi définitif en ce qui concerne le débiteur: une fois sous la main du créancier, le débiteur était perdu sans remède, sans possibilité de résister personnellement, le juge l'abandonne et refuse de l'entendre. Il n'a qu'une seule possibilité de se libérer sans payer: donner le vindex, s'il en a un.

La constatation de ces deux faits, qui persistent sans changement dans le droit civil, est d'une importance capitale pour le système que je veux soutenir dans ce cours. Ce sont les points lumineux qui permettent de projeter sur tout le reste une lumière vraisemblable , ce sont les assises solides qui servent de base à toute l'interprétation, car on voit ici avec un caractère d'évidence le véritable jeu des manifestations rituelles de puissance dans leurs deux éléments essentiels. D'une part, la manus injectio est un exemple éclatant de réalisation d'un droit: réalisation du droit du créancier sur la personne de son débiteur. Le rite saisit, et saisit avec une efficacité totale. Puisque le rite affirme le droit. Le droit existe et maîtrise l'obligé.

Mais l'interprétation du vindex est un exemple non moins saisissant de l'activité du fondateur de droit. En employant également un rituel, le vindex protège la liberté du citoyen aussi efficacement que le premier l'attaquait. En l'affirmant suivant le rite, il la réalise de façon absolue et définitive.

Puisque le vindex affirme que le débiteur est libre

il est libre et le restera.

Il y a maintenant une question qui préoccupe les auteurs modernes. Le juge, en imposant son arbitrage, a établi la responsabilité du vindex. Il jugera l'intervention du vindex et il la condamnera s'il estime que cette intervention s'est produite à tort.

Le vindex condamné aura-t-il un recours contre l'ancien débiteur? Pourra-t-il lui réclamer le double qu'il a payé? Les auteurs qui restent toujours sous l'empire de l'idée alors même qu'ils l'ont abandonnée que le vindex est le représentant du saisi, ne mettent pas en doute l'existence de ce recours.

Mais ils sont beaucoup plus embarrassés pour dire comment il pouvait être exercé, car nos textes sont absolument muets sur un recours de cette sorte. Il n'y a aucun indice, aucun argument d'analogie, si faible soit-il, qui pourrait nous mettre sur la voie d'une solution et nous permettre d'entrevoir l'existence de ce recours.

Carence des
textes.

A notre avis, devant la carence des textes, il n'y a qu'une seule attitude qui soit scientifique, c'est de faire un aveu d'ignorance. Nous ne savons rien, parce que les textes ne disent rien.

Vraisemblance
de l'absence
de ce recours.

Mais, ceci dit, il nous sera permis de faire un deuxième aveu : nous ajoutons qu'il n'est pas nécessaire le moins du monde de supposer l'existence de ce recours, et si les textes ne disent rien, c'est très probablement parce qu'il n'y avait rien. Libérons-nous de l'idée que le vindex est un représentant ou une caution. Il n'est pas sur le même plan que le débiteur, sur un plan de relations d'affaires, de garantie d'intérêts pécuniaires. Quand il est intervenu, il ne pouvait avoir aucune illusion sur la solvabilité du saisi : on ne se laisse pas couper en morceaux si on a la plus faible possibilité de payer.

S'il est donc intervenu, c'est sans penser que le saisi pouvait être solvable, c'est parce qu'il y était poussé par un devoir, un devoir de solidarité, un devoir de protection, soit devoir de famille, soit devoir de groupe. Il était de son devoir de soustraire un membre de son groupe, d'abord à la justice privée et ensuite à la justice de la cité.

Voilà quel est son rôle, il transforme la question; il dessaisit la justice, que ce soit la justice privée, que ce soit la justice civile. Sans doute agit-il parce qu'il est convaincu du bon droit de son protégé, mais il agit aussi parce qu'il lui doit sa protection. Il sera responsable de son geste. S'il a eu tort, il paiera suivant les temps sous une forme ou sous une autre. Mais étant donné qu'il a accompli

ce geste libérateur, il n'y a vraiment pas de raison pour qu'il replace le débiteur dans la situation qu'il a voulu changer. Ce n'est pas pour recommencer avec lui le même scénario de justice d'Etat qu'il l'a soustrait à cette juridiction.

Nous pouvons retrouver même dans notre droit moderne des situations sensiblement analogues, malgré la diminution de la solidarité familiale et le caractère de plus en plus tranché d'individualisme des situations sociales. Il y a encore, dans certaines familles, cet ancien sentiment de solidarité qui fait que des membres de la famille préfèrent personnellement se ruiner pour payer les dettes d'un des leurs, plutôt que de le laisser mettre en faillite. Ils estiment encore que la faillite peut déshonorer leur nom et les membres de toute la famille, et bien évidemment ils n'auront pas payé pour recommencer la même procédure et pour être finalement les propres artisans de cette faillite qu'ils ont voulu éviter.

Je crois donc parfaitement logique qu'il n'y ait aucun recours juridique du vindex contre le débiteur délivré. Ce n'est pas à dire qu'il n'y aura aucune sanction contre lui, mais ce seront des sanctions privées, sanctions de famille, sanctions de groupe, en tous cas ce ne sera plus un recours à la juridiction d'Etat.

2°- Effets pour le vindex. En libérant le débiteur, le vindex a exercé sa prérogative, son droit, il a rempli un devoir. Sans doute était-il convaincu qu'il agissait selon la justice, qu'il portait secours à un membre de son groupe injustement attaqué dans sa liberté, mais il a assumé une grave responsabilité. Que ce soit volontairement ou involontairement, il a pu se tromper. Comment cette responsabilité était-elle organisée avant l'établissement de l'arbitrage du magistrat ? Nous l'ignorons. Nous avons dit que c'est là le point à partir duquel nous ne pouvons faire que des suppositions gratuites.

Organisation
de la responsabilité
du vindex dans la loi
des XII Tables.

Mais dans la procédure civile des XII Tables, nous pouvons savoir comment fonctionnait cette responsabilité. C'est encore un des points sur lesquels nos textes nous donnent une réponse, très succincte, sans doute, mais très claire aussi, si du moins on veut comprendre notre texte simplement comme il s'exprime.

Gaius, IV, 21.
Interprétation
littérale du
texte.

Le voici : C'est le passage de Gaius (IV, 21):
Nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se
lege agere; sed vindicem dabat qui pro se causam age-
re solebat.

Ce texte n'offrirait pas de difficultés sensibles à un latiniste moyen, si du moins ce latiniste n'était pas en même temps un juriste, je veux dire s'il s'agissait d'un latiniste, qui voudrait traduire le texte en lui-même sans s'inquiéter des notions de droit qu'il veut y introduire. Il lui suffirait de se rappeler la règle bien connue du pronom réfléchi.

La grammaire nous dit que le pronom réfléchi "se" renvoie au sujet de la phrase : exemple : se diligit : il s'aime. Le pronom personnel non réfléchi "eum" renvoie à un mot qui n'est pas le sujet de la phrase : exemple : Pierre connaît les défauts de son ami, mais il l'aime, c'est-à-dire il aime son ami : eum diligit.

Si nous prenons alors le texte de Gaius, nous pensons qu'il dit : Il n'était pas permis au judicatus d'enlever de sa propre personne la main du saisissant et de plaider pour lui-même par une action de la loi, c'est-à-dire que quoique amené devant le magistrat, le débiteur ne pouvait pas se libérer de la main qui l'a saisi et invoquer la justice du magistrat pour discuter de son propre cas. Mais il donnait un vindex qui, suivant la coutume, plaidait pour lui-même (pour lui-même vindex). C'est-à-dire, si nous rétablissons l'ellipse : mais il donnait un vindex qui enlevait la main du saisissant de la personne du saisi et qui, suivant l'usage, pouvait invoquer la justice du magistrat pour faire juger son propre cas.

Différentes
interprétations
proposées par
les romanistes.

Est-ce que cette interprétation littérale peut donner un sens ? Si nous nous tournons vers la littérature juridique, nous nous trouvons en face de l'opinion à peu près unanime, qui répond : non, cela ne peut pas être le sens, car cela n'a pas de sens appréciable.

Pour les auteurs anciens : Zimmern, Puchta, Keller, Rudorff, etc.. le vindex est un représentant, donc, bien entendu, s'il plaide, il plaidera pour le compte du judicatus. Il ne peut être question qu'il plaide pour un autre. En tous cas, il ne plaide pas pour lui-même.

Chose curieuse, les auteurs qui ont écarté la représentation n'ont pas en même temps écarté la difficulté. Voyez par exemple : Maria (Vindex, p.91, note 71); il cite Gaius (IV,21) et il dit : "Grammaticalement "se" (dans : qui pro se causam agere solebat) pourrait aussi se rapporter au vindex, mais, d'après le sens le plus naturel de la phrase, "se" désigne le judicatus, et Gaius dit que pour le saisi intervenait un vindex, qui le défendait, ou qui plaidait à sa place".

Je me demande quelle autre formule aurait trouvé Maria, s'il avait admis que le vindex était un représentant.

Les auteurs suivants, voyant dans le vindex une caution, se trouvent en face de la même difficulté. Je vous fais grâce des systèmes compliqués inventés pour résoudre cette difficulté inextricable. Voyez par exemple Lenel (S.Z.S.ST., XXV, p. 397, Erman, Z.S.ST. XXVI, p. 563). Ces auteurs pensent que le texte des Institutes de Gaius a été pris par un étudiant au cours, et qu'il a été mal pris à cet endroit, qui est tout simplement incorrect !

Je cite encore, à titre de curiosité, la correction introduite dans le texte par Beseler (Beiträge, T. IV, p. II5, 1920). Dans ces volumes de Contributions, qui ne sont pas finis, Beseler propose des milliers de corrections de textes. C'est le plus intrépide des dénicheurs d'interpolations et il en trouve partout, dans Gaius comme dans le Digeste.

Il pose ici en principe que toute recherche qui voudrait comprendre pro se comme s'il y avait pro eo, ne peut aboutir à rien, et c'est aussi mon avis. Pro se lege agere ne peut donc signifier que conduire soi-même son propre procès. Mais alors il corrige solebat en volebat, et il comprend : il n'était pas permis au judicatus d'enlever la main de soi et de plaider pour soi-même, mais celui qui voulait plaider pour lui-même donnait un vindex. Ce vindex libère le judicatus de la contrainte, mais ce n'est pas lui qui plaide pour le judicatus. Le procès est fait après libération par le judicatus lui-même.

Nous disons avec l'auteur suivant, Juncker, que cela est ingénieux, mais absolument arbitraire. Dans le texte il y a solebat, et non pas volebat. C'est pourquoi Juncker, en 1927, dans les Mélanges Seckel (Gedächtnisschrift für Emile Seckel, p. 201, note 2) dit que ce texte est une énigme dont on ne pourra pas tirer grand chose tant qu'on ne saura pas exactement ce qu'est le vindex.

Le dernier auteur qui s'occupe du vindex, Düll (Z.S.St. 54, 1934, Von Vindex zum Judex, p. II0 note 2), cite dans une note de quatre lignes la controverse du procès et la littérature et indique les auteurs qui s'en sont occupés.

Quant à lui, il ne l'explique pas et il ne prend pas parti.

Le texte est désormais éliminé comme incompréhensible et inutilisable. Il est difficile, me semble-t-il, de trouver un exemple plus saisissant de la force avec laquelle un préjugé invincible, parce qu'il est

partagé par tous, peut en arriver à éliminer un texte embarrassant, que ce texte soit le plus simple et le plus clair du monde.

Le procès du vindex sur la justification de son intervention. Legis actio pouvant servir à mettre en mouvement ce nouveau procès.

Pour ma part, comme vous le pensez, je prendrai la voie résolument inverse. Il n'y a aucune raison matérielle d'accuser ce texte d'être incorrect. Il est donc arbitraire et de mauvaise méthode de vouloir en vertu d'une idée préconçue, qu'il ne dise pas ce qu'il dit.

Or il dit que le vindex, lorsqu'il a délivré le judicatus, plaide sa propre cause, son propre procès. Voilà le fait contre lequel il est vain de vouloir s'élever, le fait qu'il faut accepter et qu'il faut traduire par une explication. Toute hypothèse sur le vindex qui n'en tient pas compte est une hypothèse certainement fausse. Au contraire, l'hypothèse qui tend à l'expliquer en même temps que les autres textes est une hypothèse scientifiquement valable.

On pourra peut-être en trouver de meilleure. En attendant mieux, c'est la plus vraisemblable, et vous connaissez l'hypothèse par laquelle j'essaie d'éclairer et de relier les textes des XII Tables et des auteurs sur les actions de la loi. Ce passage de Gaius est un de ses principaux soutiens.

Dans ce droit rituel par lequel s'exerçait la justice privée avant le droit civil, au rite efficace de mainmise, qui saisissait le débiteur, s'opposait un rite non moins efficace, mis en oeuvre par le vindex, qui libérait le débiteur saisi.

Lorsque le magistrat de la cité a voulu soumettre ces rites à son arbitrage, et par là les a transformés en droit civil, il n'a pas modifié le droit ancien, il en a accepté les règles. Une série de constatations concordantes permettent de dire qu'il n'a pas voulu venir au secours du judicatus, il considère que sa situation est définitivement réglée par le jeu du droit ancien, comme d'ailleurs par le jeu de son droit civil. Mais il se trouve alors en face du vindex, qui joue le rôle essentiel et définitif, ne l'oublions pas, dans la libération du débiteur saisi.

Ce sera donc le vindex qu'il jugera dans ce nouveau procès, c'est sa propre cause que le vindex a à plaider, en apportant la preuve que son intervention était conforme à la justice. Et, bien entendu, il ne pourra prouver cela qu'en apportant la preuve que le débiteur ne devait pas, qu'il n'était pas débiteur.

C'est un second procès. Quant à savoir la façon dont ce procès était engagé, nous n'avons aucun indice qui nous permette de le dire avec certitude. Les anciens auteurs, partant de cette idée que le vindex

est un représentant ou une caution, pensaient que son intervention continuait seulement la manus injectio. C'était la manus injectio qui se poursuivait, avec cette transposition de personne, sans que l'on puisse bien voir d'ailleurs comment pratiquement elle était poursuivie.

En réalité, à notre avis, l'intervention du vindex arrête la manus injectio. Elle tombe, et elle tombe par la libération définitive du débiteur saisi. Rien n'empêche de penser qu'un nouveau procès puisse s'engager par les procédés ordinaires des jugements. Il est dû une certa pecunia, le judicatum, ou plutôt un multiple du judicatum. Ce sera donc un sacramentum in personam, puis une legis actio per condictionem, ou même peut-être une judicis postulatio qui pourra s'exercer.

Le montant de la condamnation contre le vindex.

Nous sommes un peu mieux éclairés sur le résultat du procès, sur le montant de la condamnation qui frappera le vindex, s'il est reconnu être intervenu à tort. Nous avons du moins un indice permettant une conjecture vraisemblable. La loi des XII Tables avait probablement prévu que le vindex serait condamné au double du judicatum. C'est ce que nous permet de supposer l'état du droit postérieur, c'est l'état de la procédure formulaire.

Dans cette procédure, il n'y a plus de manus injectio, il n'y a plus de vindex. La condamnation du défendeur fait naître au profit du demandeur l'action judicati, en vertu de laquelle la condamnation sera exécutée. Mais le défendeur peut résister à cette exécution. S'il veut contester l'action judicati, il le peut et il fera un nouveau procès. Mais alors il devra fournir une caution de payer si de nouveau il est condamné sur l'actio judicati. Cette caution est, comme vous le savez, une autre personne, qui vient promettre de payer à côté du débiteur principal; c'est la cautio judicatum solvi.

Filiation entre l'a. judicati et la cautio judicatum solvi; de l'époque formulaire et la M.I. judicati et le vindex.

Or cette action judicati et la caution judicatum solvi sont la transformation dans la procédure formulaire de l'ancienne manus injectio et de l'ancien vindex. Voici comment la filiation peut être établie : Gaius nous explique (IV, 25) qu'après la loi Vallia, excepté pour le cas de judicatum et de depensum, dans tous les autres cas où la loi avait donné une manus injectio, le saisi pouvait être à lui-même son propre vindex : *permissum est sibi manum depellere et pro se agere*; il a été permis d'écarter la main de soi-même et de plaider pour soi. Il n'y a donc que le judicatus et celui pro quo depensum est, c'est-à-dire celui pour le compte de qui une caution avait payé,

qui devaient continuer suivant l'antique loi à fournir un vindex, s'ils ne voulaient pas être emmenés par le créancier dans sa maison.

Ceci dura, ajoute Gaius, tant que les actions de la loi furent en usage. C'est pourquoi de notre temps (c'est-à-dire à l'époque de la procédure formulaire), celui que l'on poursuit en vertu de l'actio judicati ou depensi, est tenu de fournir la caution, de payer ce qui a été jugé : unde nostris temporibus is, cum quo judicati depensive agitur, judicatum solvi satisfacere cogitur".

La condamnation au double dans l'actio judicati suite de la condamnation au double du vindex intervenu à tort.

Nous avons là une filiation nettement établie : l'actio judicati et la satisfactio judicatum solvi remplacent la manus injectio et le vindex. On voit comment le droit civil a absorbé l'ancien personnage du droit préhistorique et l'a transformé, selon sa nature, en une caution.

Mais le résultat de l'action judicati, si l'on plaide sur elle, est une condamnation au double du premier judicatum. Ceci est attesté par Gaius (IV, 9 et I71), Paul (Sentences I, 19 § 1), Cicéron (Pro Flacco, 21). Voyez par exemple Paul, Sentences (I, 19 § 1) : Quaedam actiones si a reo infitientur, duplantur, velut judicati, depensi... Quelques actions, si elles sont niées par le défendeur, sont doublées, par exemple, l'actio judicati ou l'actio depensi.... On conclut légitimement de cette filiation que le vindex poursuivi pour être intervenu à tort, était condamné au double du judicatum, prononcé contre le saisi qui a été délivré par lui.

La plupart des auteurs ont trouvé une confirmation directe de cette condamnation au double dans la phrase de la lex Coloniae Genetivae : Si quis in eo vim faciet, est ejus vincitur, dupli damnas esto. Mais, à notre avis, il ne s'agit pas ici du vindex, mais de celui qui tente d'arracher par la violence le saisi des mains du saisissant. Ce n'est pas une raison pour contester la condamnation au double du vindex.

Appréciation de la solvabilité du vindex dans les XII Tables et dans la lex Coloniae Genetivae.

C'est à cause de cette responsabilité pécuniaire qu'on exige du vindex qu'il soit solvable : Loi des XII Tables : Adsiduo, vindex adsiduus esto; proletario jam civi qui volet vindex esto, que je traduis : Que pour un censitaire soit vindex un censitaire, que pour un citoyen prolétaire soit vindex qui le veut.

Lex Coloniae Genetivae Juliae : Vindex arbitrato II viri quive jure dicundo praerit locuples esto : Que le vindex soit solvable d'après le jugement du duumvir qui préside la juridiction.

Après quelques hésitations sur le sens de ce mot, on conclut généralement que l'adsiduus est le

citoyen qui est inscrit sur la liste du cens dans l'une des cinq classes où, depuis la réforme de Servius Tullius, les citoyens étaient répartis d'après leur fortune. Le prolétaire est au contraire le citoyen n'ayant aucune fortune, qui n'était pas par conséquent censitaire, ne payait pas d'impôt, ne votait pas et ne devait pas le service militaire.

La loi des XII Tables règle donc les conditions de solvabilité que doit fournir le citoyen pour pouvoir être vindex. Il fallait l'égalité des conditions entre vindex et débiteur : à un censitaire, un censitaire, et sans doute, quoique la loi ne le dise pas, de même classe ou d'une classe plus élevée. Au contraire, pour le prolétaire qui le veut, non pas sans doute que le magistrat doit accepter n'importe qui, mais pour l'appréciation de la solvabilité il ne sera pas tenu par les règles d'égalité de cens.

L'indication la plus précieuse qui nous est fournie par ces textes est que nous ne savons sans doute pas quels étaient les liens sociaux qui pouvaient déterminer quelqu'un à être le vindex d'une autre personne, liens de solidarité sociale ou familiale, patronat, clientèle, gentilité. Mais nous savons que le vindex est un simple citoyen, une personne agissant à titre privé, ce n'est ni un magistrat, ni un homme public.

La lex Genetivae Juliae marque une certaine évolution dans la constitution du vindex. La règle paraît être restée moins mathématique : le vindex doit être une personne solvable au jugement du magistrat.

Traditionnellement, le premier texte est mis dans la Table I et se rapporterait au vindex de l'injus vocatio, tandis que le second, celui de la lex Genetivae Juliae, vise bien le vindex de la manus iniectio judicati. La première règle est en effet donnée par Aulu-Gelle (Nuit Attiques, I6, IO, 8); il parle en même temps des vades et des subvades, par conséquent du début de la procédure, de l'organisation de l'instance, et non pas de son exécution. Il n'y a pas de raison majeure de changer cette traduction.

Fondement
juridique de
la responsabilité
du vindex.

Enfin il nous reste une dernière question à examiner : le vindex a une responsabilité qui atteint le double du judicatum. Quel est le fondement juridique de cette responsabilité ? Quel est le mécanisme juridique à l'aide duquel il est constitué débiteur ?

Ceux qui acceptent l'idée que le vindex est le représentant ou la caution du débiteur, pensent qu'il paie pour le compte de celui-ci. C'est la dette du judicatus qu'il acquitte. Le fondement de sa responsabilité est donc la responsabilité du judicatus lui-même.

Nous avons repoussé cette idée, nous avons dit

que pour considérer le vindex comme une caution, il ne fallait tenir compte d'aucune des règles ordinaires du cautionnement, car rien ne marque que le vindex ait promis quoi que ce soit pour le compte d'autrui. D'autre part, comme le dit Gaius, il plaide pour lui-même, c'est sa propre responsabilité qui est en jeu.

Une explication qui a eu une certaine faveur a été avancée par Girard (Manuel, 8^e éd. p. 1043, note 6), le fondement de la responsabilité du vindex serait une responsabilité délictuelle. Le vindex qui est intervenu à tort aurait commis un délit, il plaide sur le point de savoir s'il a commis un délit, c'est pourquoi il est condamné au double à titre de peine. Le seul appui direct que l'on peut trouver à cette conception est cette condamnation à un multiple, qui est une règle fréquente des actions délictuelles. C'est cette même constatation qui servait à Paul-Frédéric Girard pour dire que l'actio auctoritatis est, elle aussi, une action délictuelle. L'auctor qui n'a pas pu défendre son auctor contre l'éviction est condamné sur cette action à lui restituer le double du prix d'acquisition. C'est, dit Girard, parce qu'il a commis un délit en vendant un objet qui ne lui appartenait pas.

Dans l'un et l'autre cas, l'explication a quelque chose d'arbitraire et d'artificiel qui ne permet pas de l'admettre. D'ailleurs elle est actuellement généralement abandonnée. Je ferai à cette conception la même critique qu'à celle qui voit dans le vindex une caution. Il faut écarter les règles ordinaires du délit pour voir dans l'acte du vindex ou de l'auctor un délit. Les délits du très ancien droit sont des actes positifs, prévus et punis par une loi formelle : nulla poena sine lege. Ce sont des actes illicites, c'est-à-dire défendus par la loi parce qu'ils sont commis avec une intention dolosive.

Je sais bien que le très ancien droit ne recherche pas derrière l'acte matériel l'intention qui l'a fait commettre. La distinction formelle est du droit nouveau, plus raffiné. Mais c'est parce que les plus anciens délits civils, le furtum, l'injuria, le damnum injuria datum, portent en eux une marque tellement évidente de l'intention de nuire qu'il ne peut guère y avoir de doute ou de doublement possible. Au contraire, l'action du vindex, l'action de l'auctor sont des actions licites. Ils exercent un droit en accomplissant la prérogative de leur état. Ils sont responsables de cet acte, mais pourquoi cet acte se transformerait-il en délit?

D'autre part, si nous ne connaissons plus les règles de la responsabilité du vindex, nous connais-

sons un peu moins mal celles de l'auctor. L'action délictuelle est une action personnelle contre l'auteur du délit, qui persiste malgré sa *capitis diminutio*, mais qui s'éteint à sa mort. L'action auctoritatis est une responsabilité civile, qui subsiste contre les héritiers et qui suit toutes les règles des actions civiles.

Il faut donc ajouter à la première supposition, c'est-à-dire à cette idée que la responsabilité a été primitivement délictuelle au moment où elle a été créée, une deuxième supposition aussi arbitraire, à savoir qu'elle a cessé d'être considérée comme un délit et qu'elle a été traitée par la suite comme une obligation civile.

En réalité, si cette explication de Girard a obtenu quelque faveur, c'est parce qu'elle est liée à une conception beaucoup plus générale, que partageaient l'ensemble des romanistes de sa génération. Les auteurs de ce temps étaient très préoccupés de l'origine de l'obligation, et ils se demandaient comment cette notion était née et s'était imposée dans le droit. Une théorie alors professe que la notion d'obligation a été primitivement créée dans le domaine des délits : c'est le tort fait à quelqu'un qui a fait naître l'idée qu'on pouvait être obligé à réparer le tort causé pour éviter la vengeance.

Les auteurs sont généralement d'avis aujourd'hui qu'il n'y a pas de raison décisive de penser que dans le droit romain les obligations nées des délits soient plus anciennes en fait que les obligations nées des contrats, ou d'autres sources. En s'efforçant d'imbriquer, si j'ose dire, l'une dans l'autre les sources des obligations, Girard répondait à l'une de ces préoccupations d'unification qui hantaient l'esprit des auteurs juridiques du XIX^e siècle. C'est ainsi que, même encore dans les manuels généraux, civilistes et romanistes dépensent des trésors d'ingéniosité pour faire rentrer toutes les obligations dans la célèbre division quadripartite de Gaius, renforcée par Justinien, qui fait naître les obligations des contrats, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits. Ils sont ensuite bien obligés de reconnaître que la rigueur de leur construction a un certain caractère artificiel, car il y a des obligations qui ne se laissent pas réduire et qui ne peuvent entrer dans l'une de ces quatre catégories. Il faut dire, pour elles, qu'elles naissent *lege*, de par la loi.

C'est ce que nous dirons très simplement pour l'obligation du *vindex* : elle naît de ce fait que la loi l'a établie, et très probablement la loi des XII

Tables. C'est elle qui, en organisant les actions de la loi et la procédure d'arbitrage a consacré la responsabilité du vindex. Il n'est pas nécessaire de supposer, tout gratuitement d'ailleurs, que le législateur a cru devoir justifier sa mesure en invoquant un délit. Il a établi directement pour le vindex sa responsabilité, en faisant juger l'action du vindex comme il a établi la responsabilité de l'auctor, en créant contre lui l'action auctoritatis.

§ 4 - Le vindex de l'in jus vocatio.

Absence de textes. Hypothèses.

Nous sommes encore moins renseignés sur le vindex de l'in jus vocatio que sur le vindex de la manus injectio judicati. Si nous avons peu de textes sur celui-ci, ils nous donnent cependant quelques indications, grâce auxquelles nous avons pu établir un système cohérent de cette institution. Au contraire, les textes sur le vindex de l'in jus vocatio sont à ce point insuffisants que, non seulement nous ne savons rien de positif sur le fonctionnement de ce vindex, mais ils ont même permis, par leur insuffisance, de douter de son existence. C'est dire que l'idée que l'on se fait de ce vindex dépend, en dernière analyse, de l'idée que l'on se fait du vindex de la manus injectio judicati. Ces conclusions seront peu sûres, parce qu'elles reposent seulement sur des hypothèses et des analogies.

Le vindex de l'I.J.V. représentant judiciaire.

Les plus anciens auteurs : Zimmern; Keller, Bethmann-Hollweg, Rudorff, dans ce vindex comme dans l'autre un représentant judiciaire, qui prend la place du vocatus et qui fait pour lui le procès et en supportera les conséquences.

Identité de rôle du vindex dans la M.I. judicati et dans l'I.J. vocatio.

D'autres auteurs : Ihering, Puchta, Karlowa, assimilent complètement le vindex de l'in jus vocatio à celui de la manus injectio. Ce sont eux aussi, notamment Puchta, qui assimilent complètement la manus injectio vocati à la manus injectio judicati. Le vocatus qui résiste est assimilé au confessus, par conséquent au judicatus et la manus injectio dont parle la loi des XII Tables dans la Table I : Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito, c'est la manus injectio judicati. Le vocatus sera bien appelé devant le juge, mais non plus pour être jugé, puisque la résistance l'a fait assimiler au judicatus, mais pour être amené dans la prison domestique. Dès lors le vindex est le même dans les deux cas.

Cette conclusion excessive a amené des réactions

également excessives. Demelius (Z. Sav. Stift. II; 1881, p. I et ss.), Schlossmann (Z. Sav. Stift. XXIV, 1903, p. 279-288), ont nié l'existence du vindex de l'in jus vocatio.

Le vindex de l'I. J. V. garant de la comparution du défendeur devant le magistrat.

Lenel reprend la question dans la revue de Savigny (Z. Sav. Stift. II, 1881, p. 43) dans les trois éditions de son Edit perpétuel, et dans un article de la Z. Sav. Stift. (XXV, 1904, p. 252). Il soutient, avec un perpétuel changement, la thèse qui est généralement adoptée aujourd'hui : il y a un vindex dans vindex y remplit le rôle de la cautio judicio sisti, par suite ce qu'il garantit, c'est que le défendeur se présentera au jour dit devant le magistrat pour organiser le procès.

Examinons les textes et les systèmes et voyons si l'on peut en tirer quelque chose de positif.

1°- Preuve de l'existence du vindex.

1°- Existence du vindex de l'in jus vocatio. Lieu de son intervention.- L'existence matérielle du vindex de l'in jus vocatio me paraît prouvée par les textes que nous avons cités: Gaius (IV.46): Ceterae quoque formulae quae sub titulo de in jus vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit.

De même la loi Rubria : In eum qui ita vadimonium Roman ex decreto ejus qui ibi jure deicundo praerit non promississet aut vindicem locupletem ita non dederit : Contre celui qui n'aurait pas promis le vadimonium de venir à Rome d'après le décret de celui qui préside la juridiction en cet endroit, ou de la même façon, qu'il n'aurait pas fourni de vindex solvable.

Ainsi Gaius nous dit que l'Edit prévoyait une action in factum contre celui qui appelé en justice, ni n'était venu, ni n'avait fourni de vindex.

Lenel pense retrouver cet Edit dans le Titre VI du Livre II du Digeste, dont la rubrique est : In jus vocati ut eant, aut satis, vel cautum dent : les appelés en justice, qu'ils y viennent ou qu'ils fournissent caution. Le vindex est depuis longtemps supprimé à l'époque de Justinien. Ce titre est donc un titre interpolé de l'Edit et, d'après Lenel, l'Edit contenait : In jus vocati ut eant, aut vindicem dent. Dans le corps de ce titre, qui contient à peine quatre petits fragments, on aurait remplacé vindex par vades. Fidejussor judicio sistendi : ce fidejussor aurait remplacé le vindex dans la procédure formulaire. Ce serait une évolution parallèle à celle qu'aurait suivie le vindex de la manus injectio, parce que celui-ci a été remplacé sous la procédure formulaire par la

cautio judicatum solvi.

A mon avis, le témoignage de Gaius et celui de la loi Rubria suffisent pour affirmer l'existence du vindex. Quant à voir dans le titre du Digeste une simple interpolation du titre de l'Edit, cela me paraît douteux. Il me semble que la contamination est beaucoup plus forte que Lenel ne la conçoit entre ce texte du Digeste et celui qui, dans l'Edit du préteur, devait contenir les prescriptions relatives au vindex.

La fourniture du vindex in jure.

La question est en effet de savoir à quel moment est donné le vindex : est-ce immédiatement lorsque la manus injectio vocati est faite, là où l'on rencontre le débiteur ? Ou bien est-ce en présence du magistrat in jure ?

Je reconnais que, faute d'un texte probant, la question peut paraître douteuse. Mais tous les auteurs a priori, ne mettent pas en doute, au contraire, que le vindex de l'in jus vocatio doit intervenir immédiatement et hors de la présence du juge. Je pense qu'au contraire, comme le vindex de la manus injectio judicati, c'est in jure qu'il doit être donné.

La source de toutes les confusions et de toutes les erreurs que nous avons relevées, est la séparation tranchée, la différence complète que l'on veut établir entre la manus injectio judicati et la manus injectio vocati. L'une serait une action de la loi, et par conséquent devrait se passer tout entière devant le magistrat. On interprète ainsi, avec une rigueur excessive, son caractère d'action de la loi.

L'autre, au contraire, que l'on ne veut pas qualifier d'action de la loi, serait un acte extra-judiciaire, que l'on ne veut pas différencier d'un acte matériel de violence.

Si l'on admet, comme j'ai essayé de le prouver à l'aide des XII Tables, que dans la manus injectio judicati, la mainmise proprement dite se produit là où l'on rencontre le judicatus, on voit combien la nature de ces deux actes se rapproche singulièrement et s'éclaire. Les deux mainmises, se passent toutes les deux là où l'on rencontre le débiteur et ce sont toutes les deux le moyen efficace de mener ce débiteur devant le magistrat. Leur but est le même et elles ont chacune suivant leur nature, le même caractère.

Mais ces deux actes ne peuvent être arrêtés de la même façon que par l'intervention du vindex. De toute façon, cette intervention du vindex doit être jugée. C'est elle qui, dans les deux cas, relève de l'autorité du magistrat. Il me paraît donc que l'une comme l'autre ne peuvent intervenir que devant lui.

Si on s'en tenait à l'intitulé du Digeste, on

ne pourrait pas tirer cette conclusion : In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent, qui serait hypothétiquement le titre de l'Edit, par le remplacement pur et simple de aut vindicem dent. Il y aurait une alternative : ou bien venir, ou bien donner un vindex. Mais ce titre de Justinien ne donne pas le même sens, à mon avis, que la phrase de Gaius : in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit. Ce texte-ci ne prévoit pas d'alternative. Il prévoit que le vocatus n'a fait ni l'une, ni l'autre chose, ni il n'est venu, ni il n'a fourni de vindex. Ce n'est pas un futur, un souhait, c'est un passé. Il faut donc attendre que le rendez-vous qui lui a été donné devant le magistrat et que la date qui a été prise soient passés. A cette date seulement on saura qu'il n'est pas venu, et qu'il n'a pas non plus fourni de vindex.

Voilà l'hypothèse qui est prévue par Gaius. Il me paraît donc ici qu'il s'agit d'une in jus vocatio volontaire, qui, en fait, n'a pas été suivie de la contrainte de la manus injectio, car si le vocatus avait été saisi, il ne serait pas venu in jure, il y aurait été conduit : ductus.

Nous voyons donc dans l'intervention du prêteur et son action in factum un changement dans la procédure brutale du début : au lieu de ne donner à celui qui appelle quelqu'un en justice que la contrainte de la manus injectio, le prêteur lui donne un moyen de contrainte plus moderne qui est davantage dans l'esprit du droit prétorien, une action in factum. Par conséquent, dans sa forme actuelle, le titre du Digeste ne peut pas représenter l'état de l'Edit du prêteur, qui correspondrait davantage à la phrase de Gaius. Cet Edit du prêteur devait avoir un titre qui était quelque chose de semblable à ceci : *Adversus eos qui in jus vocati neque venerint, neque vindicem dederint*. On remarquera aussi que la filiation entre le vindex de l'in jus vocatio et le fidejussor *judicio sistendi causa datus*, qui l'aura remplacé dans le titre du Digeste (II.6) est beaucoup moins bien établie que la filiation du vindex de la manus injectio et la cautio *judicatum solvi*, car le fidejussor *judicio sisti*, permet la représentation devant le juge, in *judicio*, et non pas devant le magistrat in *jure*. Entre les deux, il y a eu le *vadimonium*. Les interpolations du Digeste sont donc beaucoup plus graves et ne peuvent donner une idée exacte de la procédure formulaire.

On peut ajouter que le vindex doit être solvable, locuples. Deux des quatre textes qui sont compris dans le titre le disent. Ce ne peut être que le magistrat qui doit apprécier la solvabilité et qui peut les

accepter.

Un texte que nous reverrons, Gaius, Commentaire des XII Tables, D.2,4,22 § I dit : Qui in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est : si quis ejus personam defendet : et si dum in jus venit, de re transactum fuerit : Celui qui est appelé en justice dans deux cas est relaxé : si quelqu'un le défend et si tandis qu'il vient en justice, on transige sur l'affaire. Lenel (Edit perpétuel, I, P.74) comprend ce "defendit" comme étant simplement le fait par le vindex de mettre obstacle à l'in jus vocatio. Mais Naber, Mnemosyne (N.S.2I, p.371) pense avec beaucoup plus de raison qu'il doit s'agir ici d'une defensio au sens technique du mot, c'est-à-dire par conséquent une intervention judiciaire. Elle doit donc avoir lieu devant le magistrat.

Enfin, le second texte de la Loi Rubria met sur le même pied celui qui n'a pas fourni le vadimonium de venir à Rome, ordonné par décret du juge, et celui qui n'a pas fourni de vindex. Mais le vadimonium est une promesse qui est faite en justice. Le vindex doit donc lui aussi être donné devant le magistrat. Ces indices, ajoutés aux vraisemblances générales, me font penser que le vindex était donné devant le magistrat.

2°- Incertitude sur l'effet de l'intervention du vindex. Les systèmes successifs de Lenel.

2°- Effets de l'intervention de vindex. La même incertitude règne au sujet de l'effet produit par cette intervention. D'après le système de Lenel, le vindex aurait délivré le vocatus et serait devenu responsable de sa comparution au jour fixé par le magistrat. Le vindex serait donc, en quelque sorte, obligé d'assurer la comparution du vocatus, et nous voyons revenir ici, sous une autre forme, l'éternelle obsession qui fait du vindex un garant.

Seulement cette obligation, Lenel ne sait comment l'établir. Dans une première interprétation (Edit perpétuel, Ière édition, p. 55) il pensait que le vindex devait suivre le demandeur devant le magistrat et là promettre, d'abord avec des formes solennelles, ensuite sans formes, de lui amener le débiteur.

Dans sa deuxième édition (Edit perpétuel, traduction française, T.I. p. 75, note 10) il abandonne, sur les observations de Naber, cette hypothèse que rien ne justifie. Il pense alors que, amené devant le magistrat, le vindex peut, par un vadimonium, promettre la future comparution. Mais il n'est pas obligé de faire cette promesse. Le demandeur est alors dans une position fautive. Il avait été obligé de relâcher le vocatus et il n'a aucune action probablement contre le vindex. Il a seulement le droit de s'emparer de sa personne. C'est alors que le prêteur intervient :

il ordonne au vindex de présenter le défendeur au jour dit et s'il ne le présente pas, il donne contre lui une action in factum.

Cette construction, toute arbitraire, repose sur une singulière méprise. L'action in factum du prêteur visée par Gaius (IV,46) est donnée non pas contre le vindex, mais contre le vocatus: velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit.

Dans sa troisième édition allemande (p. 69 et ss.), Lenel change encore son système, pour nous en proposer hypothétiquement un autre, qui n'est pas plus vraisemblable. Ces variations montrent le caractère tout à fait incertain de l'interprétation.

Il semble que le texte que j'ai cité de Gaius, commentant les XII Tables, trace la voie vers une solution meilleure : D.II,4,22 § I : Qui in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est : si quis ejus personam defendet, et si, dum in jus venit, de re transactum est.

Si, comme toute le monde l'admet, la personne qui ejus personam defendit est le vindex, le vocatus nous paraît être mis par le texte dans une situation singulièrement semblable à celle du judicatum : qui judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit.

Transiger sur la chose, c'est satisfaire le créancier par une exécution volontaire, c'est un acte analogue à judicatum facere. S'il transige, le débiteur est donc libéré, comme dit le texte, il est relaxé, dimittendus. Mais il sera placé dans la même situation si quis ejus personam defendit, c'est-à-dire d'après l'interprétation générale, s'il fournit un vindex.

La conclusion que l'on tire pour le cas de manus injectio judicati devra donc être tirée aussi pour l'in jus vocatio. En somme Gaius nous apprend que le débiteur est également libéré par cette alternative : ou bien exécuter, ou bien fournir un vindex. S'il est placé dans les deux cas dans la même situation, c'est qu'il est dans les 2 cas définitivement et complètement relaxé.

Par suite, le vindex qui l'a délivré, sera donc, ici comme dans la manus injectio judicati personnellement responsable. C'est son acte qui sera, ici aussi, apprécié par le juge et il sera condamné s'il a agi à tort. A quoi sera-t-il condamné ? A la valeur du litige, certainement, ou à un multiple peut-être, mais aucun indice ne nous permet d'affirmer quelle est la solution. Il y a des raisons vraisemblables de dire que, comme le vindex de la manus injectio judicati, il devra supporter la peine de son intervention

Analogie
de situation
avec le vindex
de la M.I.
judicati. Alternative du
défendeur pour
être libéré,
transiger ou
fournir un vindex.

Appréciation
de l'acte du
vindex par le
juge. Incertitude sur le

montant de sa condamnation s'il est intervenu à tort. Conclusion sur l'in jus vocatio, la manus injectio, le vindex, leur origine, leur caractère et leur évolution.

en payant le double, mais la solution contraire a aussi pour elle un caractère vraisemblable.

Nous en avons ainsi terminé avec l'in jus vocatio, la manus injectio et le vindex. Il nous semble qu'avec des intervalles de lumière et d'ombre, nous avons remis ces très anciennes institutions sous leur jour véritable. Nous avons montré l'unité fondamentale : toutes ces procédures ont le même but : réaliser le droit, faire œuvre de justice. Depuis leur création dans le domaine de la justice privée, elles ont gardé la même structure à travers toutes les transformations du droit. Elles ont été créées avant le droit civil, je veux dire avant que le droit ne fut fondé sur la loi de la cité et sur l'arbitrage de ses magistrats imposés aux citoyens. Issues de la force dont elles conservent des traces évidentes dans toutes leurs parties, elles sont quelque chose de plus, quelque chose de mieux que la force matérielle. Dans un premier essai pour fonder du droit, dans un premier effort pour donner à la vie du groupe des règles plus stables et plus justes, elles répudient la force matérielle, la violence, pour faire appel à la force du rite et, par un équilibre singulier, elles donnent à tous la possibilité d'exprimer leur droit par une manifestation rituelle de force. Mais elles donnent à tous aussi la possibilité de protéger le droit d'autrui s'il est violé. Au rite qui saisit et qui maîtrise par la mainmise elles opposent le rite qui délivre par l'intervention du vindex. Dans l'un et dans l'autre cas, c'est la justice privée, la Selbst-Hilfe, comme disent les Allemands, qui s'exerce.

Le jus civile transforme et perfectionne cet embryon de droit. Mais le droit romain, comme la nature, non facit saltum, le magistrat ne songe pas à supprimer la justice privée, il l'utilise et la contrôle. Mais si la justice privée continue à s'exercer, son rôle n'est plus le même. Elle devient le satellite du magistrat, et elle est le moyen désormais par lequel le plaignant peut amener son adversaire devant le magistrat.

A ce moment, l'ancienne procédure unique se scinde en deux : par l'in jus vocatio, suivies s'il est besoin, au cas de résistance, de manus injectio, l'adversaire est amené devant le magistrat pour être jugé. Par la manus injectio iudicati l'adversaire jugé est exécuté. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, le magistrat trouve entre lui et le justiciable un ancien organe de justice privée, le vindex, qui jouait, avec d'autres moyens et dans un autre esprit,

le rôle nouveau qu'il vient d'assumer, le rôle de justicier. Le magistrat accepte le vindex comme il accepte tout le système. Il admet son pouvoir libérateur, mais il superpose sa justice à celle du vindex. Si le vindex intervient, il délivre, mais il sera jugé.

En face du magistrat, dont le pouvoir est désormais établi et de plus en plus consolidé, le vindex est une anomalie, qui ne peut pas être réduite aux proportions du droit nouveau. Le vindex ne peut pas entrer dans les cadres juridiques qui se constituent sous l'égide du magistrat. C'est proprement un monstre, un vestige attardé d'une époque révolue. C'est bien un animal préhistorique. Aussi s'efface-t-il devant le jeu plus moderne et plus souple des garants et des cautions. S'il persiste à titre de souvenir, il a dû très tôt cesser de jouer effectivement un rôle pratique dans la procédure, car l'histoire romaine ne nous a transmis aucun exemple historique où un Romain aurait joué, vis-à-vis d'un autre Romain, le rôle spécifique de vindex devant le magistrat. Tite-Live nous parle des interventions de Manlius Capitolinus, qui portait secours aux débiteurs écrasés par la dure loi romaine des dettes, mais Manlius Capitolinus ne joue pas le rôle de vindex. Il se contente beaucoup plus simplement, sans contester la justice du magistrat, de payer pour les débiteurs.

Chapitre IX

LE PROCES DE LIBERTE. L'ADSERTOR LIBERTATIS.

La vindicatio in servitute et la confirmation qu'elle peut fournir au système exposé.

Ce chapitre va nous donner un deuxième exemple propre à illustrer le système que nous entendons soutenir d'après la loi des XII Tables. Cet exemple est peut-être moins éclatant que le premier. Les manifestations rituelles et leur efficacité totale et définitive n'apparaissent pas avec un caractère aussi évident que dans la manus injectio. Mais, venant après la démonstration faite dans ce premier domaine, cette nouvelle étude apporte une confirmation précieuse à l'ensemble du système, et en même temps elle en éclaire certaines parties.

Ce que nous étudierons dans ce chapitre, c'est

le procès de liberté tel qu'il était organisé par la loi des XII Tables, plus exactement c'est la vindictio in servitutum, la procédure d'après laquelle un citoyen pouvait revendiquer son esclave et le ramener sous son autorité.

Mais cette prétention du maître supposé peut être contestée, la qualité d'esclave peut être niée. La façon dont est organisée cette contestation nous montre comment la liberté était garantie à Rome, comment elle était protégée contre les entreprises injustes de celui qui, sous couleur de dominica potestas, aurait voulu attenter à la liberté d'un citoyen.

Le récit de
Tite-Live sur
le procès de
Virginie.

Nous avons dit que les historiens de la dernière époque, de l'époque d'Auguste, notamment Tite-Live, avait interprété l'épisode de Virginie comme un de ces attentats contre la liberté et l'honneur d'une jeune vierge plébéienne, attentat perpétré sous les fausses couleurs d'un procès de liberté. Le récit de Tite-Live nous fournit des renseignements très précieux, et nous devons le suivre avec soin. Ce n'est pas qu'il nous intéresse au point de vue de l'exactitude historique des faits tels qu'il les rapporte, mais il est précieux pour les renseignements qu'il donne sur les procès de liberté et la conception juridique qu'il révèle de cette sorte de procès.

La persistance
à l'époque
classique de
la procédure
per sacramen-
tum devant les
Xvirs dans le
procès de li-
berté.

Le procès de liberté a eu lieu, pendant toute la période classique, sous la forme du sacramentum in rem. Il se plaçait devant le tribunal des decenvirs et l'on sait que c'est l'un des cas où la procédure des actions de la loi a persisté le plus longtemps, même à l'époque de la procédure formulaire. Le sacramentum n'a pas été remplacé dans cette fonction, comme pour la revendication ordinaire, par la procédure per sponsionem d'abord et dans la procédure formulaire par la formule pétitoire. Le sacramentum ne s'est effacé que devant la procédure extraordinaire.

Pour l'étude que nous allons entreprendre, nous avons un excellent guide, la thèse remarquable publiée par Mathieu Nicolau, en 1933, intitulée: "La causa liberalis, étude historique et comparative du procès de liberté dans les législations anciennes".

Nous étudierons, dans un § 1er: la manus injectio par laquelle débute la procédure;

Dans un § 2, nous examinerons l'adsertor libertatis et son rôle;

Dans un § 3, nous étudierons les règles d'après lesquelles les vindiciae sont secundum libertatem.

Il ne sera pas nécessaire d'étudier en détail la procédure tout entière du sacramentum; nous ne le ferons que dans le chapitre suivant, en étudiant cette action de la loi.

§ I - La manus injectio.

L'affaire de Virginie; le récit de Tacite. Machination juridique contre Virginie. La M.I. sur la personne revendiquée comme esclave.

Tite-Live présente l'affaire de Virginie comme une machination juridique forgée par Appius Claudius, en sa qualité de magistrat à l'aide de son client Marcus Claudius: Tite-Live, 3.44.6: Appius Claudius, Marcus Claudio clienti negotium dedit, ut virginem in servitutum asserreret, neque cederet secundum libertatem postulantibus vindicias: quod pater puellae abesset locum injuriae esse ratus: Appius Claudius chargea son client Marcus Claudius de réclamer la jeune fille comme son esclave, sans céder à ceux qui demanderaient que les vindiciae fussent données selon la liberté (c'est-à-dire sans tenir compte des demandes d'après lesquelles la jeune fille devait être laissée en liberté pendant le procès). Il avait calculé que l'absence du père de la jeune fille favoriserait cette injustice.

Rt voici comment commence la machination juridique: "Virginie venienti in Forum (ibi namque in tabernis litterarum ludi erant) minister decemviri libidinis manum iniecit; serva sua natam, servamque appellans, sequi se jubebat; cunctantem vi abstracturum. Je traduis: Le ministre de la passion du decemvir fit la manus injectio sur la vierge qui se rendait au Forum (car dans les boutiques étaient les écoles des lettres), en l'appelant fille d'un de ses esclaves, esclave elle-même et il lui ordonnait de le suivre, s'apprêtant à entraîner par la force la jeune fille hésitante.

Aux cris de la nourrice, on s'attroupe, le nom populaire de son père Virginius, et celui de son fiancé Licilius leur concilient la foule, qui se porte à leur secours contre la violence. Mais Claudius dit qu'il ne s'agit pas de violence mais de droit. Il appelle la jeune fille devant le magistrat et il invoque l'autorité de ceux qui sont là pour qu'il soit suivi. "Vocat puellam in jus; auctoribus qui aderant, ut sequeretur".

Dans cette description, bien qu'elle soit faite par quelqu'un qui n'était pas un juriste, il est difficile, me semble-t-il, de ne pas reconnaître la manifestation rituelle de gestes et de paroles en quoi consiste la manus injectio. Claudius met la main sur la jeune fille, en indiquant la cause de son action: c'est une esclave, fille d'un de ses esclaves. Il prend soin, pour les assistants, de dire qu'il ne s'agit pas de violence, mais de droit et il invoque leur autorité pour qu'on le suive. C'est bien là un écho de la phra-

se des XII Tables: ni it antestamino. Celui qui revendique une personne comme esclave aurait donc le droit, d'après ce texte, de faire sur elle manus injectio.

Cela a été soutenu par quelques auteurs, depuis Heffter en 1827, dans son Commentaire de Gaius (Tome IV, p. 15). Nous admettrons d'autant plus volontiers cette règle que d'assez nombreux textes juridiques posent des hypothèses dans lesquelles une personne qui a vendu son esclave sous certaines conditions, réserve, si ces conditions ne sont pas remplies, son droit de faire manus injectio: Frag. Vatic. § 6; Digeste, 2.4.10.1; 18.7.9.; 40.1.20.2; 40.8.7; Code, 4.55.1 et 2; 7.6.1.4.

Je cite, par exemple, Frag. Vatic. § 6: Mulier servam ea lege vendidit, ut, si redisset in eam civitatem, unde placuit exportari, manus injectio esset. Une femme a vendu une esclave d'après cette condition que si elle revient dans la cité d'où elle a voulu la faire partir, il y aura lieu à manus injectio.

Mais c'est ici que la force du préjugé partant d'un faux point de départ reparait dans toute sa splendeur. Dans notre manus injectio, les auteurs ne reconnaissent pas leur legis actio per manus injectionem judicati, qui doit se dérouler tout entière devant le magistrat. Donc, comme le dit Nicolau (p. 100) la manus injectio dont parle Tite-Live est un acte extra-judiciaire, qui n'a rien à voir avec les legis actiones. On dira que c'est une procédure de prise de possession extra-judiciaire, comme le dit Taubenschlag, au mot manus injectio, dans Pauly Wissowa, (Realencyclopädie), ou bien c'est une manus injectio au sens large, comme le dit Nicolau, et quand il s'agira de définir cette manus injectio, on y verra seulement un acte matériel de prise de possession par la force. Tout au plus concèdera-t-on que, pour distinguer cet acte violent d'un acte illicite, le saisissant indiquera la cause de son acte.

La M.I. servi
en vue d'ame-
ner le servus
devant le ma-
gistret.

Pour nous, il nous paraît que nous n'avons plus à discuter la question, si l'on admet que la mainmise même dans la manus injectio judicati avait lieu hors de la présence du juge, si l'on admet que l'in jus vocatio pouvait comporter, en cas de résistance, une manus injectio. Nous reconnaissons ici un troisième cas de manus injectio, qui n'est ni la manus injectio judicati, ni la manus injectio vocati, mais qui est, si vous le voulez, la manus injectio servi. Chacune avec ses règles propres, représente le moyen hérité de la justice privée grâce auquel on mènera devant le juge celui sur qui on prétend avoir un droit. C'est la manifestation mutuelle de force qui réalise le droit et qui soumet celui qui en est l'objet, car, ne vous y

trompez pas, tous les auteurs sont d'accord sur ce point, le but est bien d'amener le *judicatus*, le *vocatus* et le *servus* devant le magistrat.

Seulement, étant donné leur mauvais point de départ, les auteurs ne reconnaissent pas le moyen d'arriver à ce but, alors qu'ils l'ont, c'est le cas de le dire, sous la main. Ils sont réduits à dire de façon vague que le but est réalisé n'importe comment, comme on le peut de gré ou de force. Quel singulier début d'une procédure qui, par ailleurs, est tout entière formaliste !

Le terme dont se sert *Tive-Live*: *vocat puellam in jus*, a amené les auteurs à instaurer une autre discussion aussi confuse sur le point de savoir s'il s'agit d'une véritable *in jus vocatio* au sens technique du terme. La même discussion se produit à propos de la *manus injectio judicati*. On se demande si elle pouvait être précédée d'une *manus injectio vocati* technique.

Aulu-Gelle (*Nuits Attiques*, 20.1.44) décrivant la *manus injectio judicati*, dit: *Post deinde, nisi dissolverant, ad praetorem vocabantur*, et c'est l'explication qu'il donne des paroles des XII Tables qu'il cite immédiatement après: *post deinde manus injectio esto*.

Jobbé Duval, dans ses *Etudes de procédure civile* (I. p. 320, note 20) dit que l'on pouvait citer un esclave en justice. On voit dans Plaute un exemple d'esclave appelé *in jus*. Niccolau, au contraire, soutient que l'*in jus vocatio* ne peut pas avoir lieu contre l'esclave. Il cite D. 2.7.3.: *Quod si servum quis exemit in jus vocatum, Pedius putat cessare Edictum, quoniam non fuit persona, quae in jus vocari potuit. Quid ergo ? ad exhibendum erit agendum. Si un esclave appelé en justice est enlevé de force, Pedius pense que l'Edit ne s'applique pas, parce que ce n'est pas une personne qui ait pu être appelée en justice, car il faudrait agir par l'action *ad exhibendum*.*

On remarquera que le cas prévu par le Digeste n'est pas le même et ne peut pas s'appliquer ici. Ce titre du Digeste prévoit des mesures contre ceux qui enlèveraient par la force le *vocatus*. Une personne a cité l'esclave d'autrui. Le jurisconsulte dit que l'Edit ne s'applique pas ici, parce que l'esclave est une personne qui ne peut pas être appelée en justice. Mais ce qui empêche de l'appeler en justice, c'est qu'il est soumis à la *dominica potestas* de son maître et que celle-ci n'est pas contestée par le demandeur. Il faut donc que le demandeur emploie l'action *ad exhibendum*.

Le cas n'est pas le même que celui d'une personne qui prétend être propriétaire d'un esclave. Cett

discussion, à mon avis, est oiseuse. Les termes employés soit par Aulu-Gelle, soit par Tite-Live, marquent le rapport étroit qu'il y a entre l'in jus vocatio et la manus injectio, parce que normalement l'in jus vocatio peut être suivie de manus injectio. Les termes apparaissent synonymes, car leur but est le même: amener quelqu'un devant le juge. Mais, bien entendu, cet appel en justice, pour le servus et pour le judicatus, ne peut pas être une invitation purement volontaire, car elle doit être réalisée par la manus injectio pour produire son effet. Cela n'empêche pas qu'on puisse dire très exactement que la manus injectio est une in jus vocatio et nous trouvons dans la façon de parler d'Aulu-Gelle et de Tite-Live une confirmation indirecte, mais topique de notre système.

§ 2 - L'adsertor libertatis.

Impossibilité pour le prétendu esclave, comme pour le judicatus amené devant le magistrat, de se défendre lui-même.

Le prétendu esclave est amené devant le magistrat: peut-il se défendre lui-même? Peut-il invoquer la justice du magistrat et pro se lege agere?

La réponse, pour lui comme pour le judicatus, est non; le magistrat ne vient pas à son secours, il lui refuse sa protection. Pour quelle raison? Théophile, dans sa périphrase grecque des Institutes nous en donne une: parce que, dit-il, le procès pourra révéler qu'il est un véritable esclave. On ne veut pas, s'il est réellement esclave, qu'il se trouve dans la situation d'avoir plaidé contre son maître.

Cette raison est évidemment une explication donnée après coup, sous l'influence d'une idée raffinée des rapports entre maître et esclave, mais elle n'est pas historique. Elle ne vaut pas, en effet, pour le judicatus, qui est placé dans la même situation, quoi qu'il soit et qu'il reste libre, et nous verrons qu'elle est démentie par le fait, puisque justement pendant la durée du procès et pour des raisons que nous indiquerons, le prétendu esclave peut plaider contre son maître, pour toute autre raison que pour son statut de servitude ou d'homme libre.

Le refus de justice, à mon avis, a pour le judicatus et pour le prétendu esclave le même fondement: c'est que le magistrat, en établissant son arbitrage, a accepté le droit antérieur, il a admis les coutumes de la justice privée, il a donc reconnu l'efficacité de la manifestation rituelle de force accomplie par celui qui a fait la manus injectio. En déclarant suivant le rite que cette personne était son esclave, en

la plaçant sous sa main, le maître a réalisé son droit, il a effectivement rendu celui qu'il a saisi son esclave. Celui-ci dominé par lui ne peut rien contre le saisissant.

La défense de la liberté du prétendu esclave par l'adsertor; analogie du rôle de celui-ci et du rôle du vindex.

Mais ce qu'il ne peut pas faire, un autre membre de la cité le peut pour lui, un autre citoyen peut défendre sa liberté et fonder son droit, si ce droit a été injustement attaqué, et ce défenseur c'est l'adsertor.

L'adsertor est donc le personnage qui, dans le procès de liberté, défend la liberté du prétendu esclave. Il joue dans le procès de liberté le même rôle que le vindex dans les *manus injectiones*: c'est celui qui libère.

Le rapprochement avec le vindex n'est ni artificiel, ni imaginé après coup par les modernes. Il est fait par les romains. L'adsertor est appelé vindex et il fait une *vindicatio*. Ce rapprochement est prévisible, il va nous permettre de préciser avec plus de certitude le rôle de l'adsertor et son efficacité.

On sait en effet que le procès de liberté, dans la procédure des actions de la loi, est engagé par la voie du *sacramentum in rem*, non pas entre celui qui revendique l'esclave et le prétendu esclave lui-même - celui-ci ne peut pas *causam lege agere*, - mais il est engagé entre le revendiquant et l'adsertor de la liberté.

Ainsi donc le saisissant a amené l'esclave devant le magistrat par la *manus injectio*, le tenant par la main par quelque partie du corps, suivant la formule de Gaius (IV.16), depuis qu'il l'a saisi. Il dit alors: *Hunc ego hominem meum esse aio secundum suam causam*, et il pose la *festuca*, qu'il tient de l'autre main, sur lui, tandis qu'il qualifie l'acte qu'il vient de faire: *sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*.

La proclamation de la liberté par l'adsertor en réponse à la *vindicatio* du saisissant. Essai de reconstitution de la formule prononcée par lui. Le sens est *secundum suam causam*.

A cette *vindicatio*, l'adsertor ne peut pas répondre, comme dans un procès ordinaire de revendication, par la formule identique s'opposant à la première rigoureusement dans les termes, et ne disant rien de plus ni rien de moins, car il ne prétend pas être propriétaire de l'esclave, il n'affirme pas que cet homme est sien, il prononce une formule qui nie la première et proclame la liberté du saisi.

Cette formule ne nous a pas été transmise, elle est ainsi reconstituée par Nicolau (p. 120): *Hunc ego hominem ex jure Quiritium liberum esse aio eumque liberali causa manu adsero*. Je ne traduis pas pour le moment le verbe *adserere*. Je traduis provisoirement: Je dis, moi, que cet homme est libre d'après le droit

des Quirites et je fais l'adsertio de lui avec la main pour cause de liberté.

Je pense bien que, sur le modèle de la première formule, celle-ci peut être davantage précisée. Les deux formules devaient être plus rigoureusement semblables et dire des choses différentes exactement dans les mêmes termes. Je pense donc qu'on peut la formuler ainsi: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium liberum esse aio secundum suam causam, sicut dixi, ecce eum liberali causa manu adserui*: Je dis, moi, que cet homme est libre d'après le droit des Quirites, selon sa condition, comme je l'ai dit, voici que je fais l'adsertio de lui avec la main, pour cause de liberté.

La première partie de la formule est une reconstitution vraisemblable, mais arbitraire, car nous n'avons aucun texte qui l'autorise directement. La seconde partie est au contraire fondée sur de nombreux textes. Nous trouvons cette formule, qui désigne le rôle de l'adsertor dans le procès de liberté, dans les comiques latins: Plaute, *Poenulus*, (vers 905-958, 1095; *Curculio* (498-674-713); Térence, les *Adelphes* (194); Cicéron, *Pro Flacco* (40). Voir, par exemple, *Curculio* (498): *Si quisquam hanc liberali causa manu adsereret: Qi* quelqu'un avait fait l'adsertio avec la main de cette esclave, pour cause de liberté.

Nicolau (p. 120 note 202) dit que la présence dans la deuxième partie de la formule des mots *liberali causa* rend inutile dans la première partie *secundum suam causam*. Mais s'il veut supprimer ce premier mot, c'est parce qu'il donne au second un sens différent: *secundum suam causam* est une formule énigmatique. Après quelques discussions, on admet en général qu'elle veut dire: selon sa condition, selon sa situation juridique, et c'est le sens auquel s'arrête Nicolau. Au contraire, dans *liberali causa*, il veut y voir le sens que le mot a pris par la suite dans les juriconsultes classiques, le sens de procès de liberté, la cause qui serait l'action au sens procédural moderne.

Assurément, c'est ainsi que les mots ont été pris par les juriconsultes, mais il est impossible que ce soit le sens primitif et le sens de la formule, si, comme semblent le démontrer les textes, les mots *liberali causa* figuraient dans cette formule. Ils sont trop proches, en effet, à la fois dans le temps et dans le lieu de la première formule, *secundum suam causam*, pour pouvoir être considérés comme étant d'un sens si différent, et la suppression arbitraire que fait Nicolau montre l'impossibilité de les maintenir à la fois dans la même formule et dans des sens si différents. Mais c'est une suppression arbitraire, et je traduis donc

dans les deux cas par condition juridique. Nous examinerons la question de plus près en étudiant la formule de la revendication et le *secundum suam causam* qui s'y trouve.

A mon avis, il s'agit ici de l'affirmation de la condition d'homme libre, qui motive les paroles et les gestes: *secundum suam causam*, dans la première partie, *liberali causa* dans la deuxième partie, doivent être interprétés comme étant le fondement d'après lequel est faite la procédure, la raison juridique pour laquelle elle est entamée et cette raison juridique c'est la condition de liberté.

Il nous faut maintenant examiner d'après les textes comment est qualifiée l'action de l'adsertor, quelle est sa nature et sa signification.

La qualification de l'acte du vindex: vindicare, vindicatio, au sens primitif du mot: faire la manifestation de force qui libère.

Nous voyons d'abord que son action est qualifiée de vindicatio. C'est une vindicatio comme l'acte du vindex et comme l'acte du revendiquant. L'expression technique est vindicare in libertatem: D.10.4.12, pr.: De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest: Celui qui demande qu'on lui représente un esclave sur lequel il veut faire la vindicatio in libertatem peut se servir de cette action.

Nous trouvons la même expression dans D.40.2.3. pr; Cicéron, Pro Flacco, 25; Brutus, 38.212; Trajan, Lettre à Pline, 10.66; ou encore, d'une façon plus précise: Paul, 40.12.32: Vindicare ex servitute aut libertinate in ingenuitatem: faire une vindicatio en ingénuité de la servitude ou de la condition d'affranchi.

Comme nous l'avons fait remarquer pour le vindex, le sens de vindicare ne peut pas être le sens second, actif de revendiquer quelque chose, vindicare rem. Ce sens est celui que le verbe a pris dans le procès en revendication. Pas plus que le vindex de la manus injectio l'adsertor ne prétend avoir un droit sur le prétendu esclave. C'est donc le sens primitif de vim dicere qui est en cause ici: faire la manifestation de force qui libère.

Identité du rôle de l'adsertor et du vindex. Assimilation des deux termes dans les textes.

Le rôle de l'adsertor est donc exactement le même que celui du vindex, et cela est confirmé par les textes. L'adsertor est, à plusieurs reprises, qualifié de vindex, tandis que, nous l'avons déjà fait remarquer, jamais le revendiquant n'a été appelé vindex.

Donat, sur Terence (Adelphes, 194), à propos de la formule: nam ego liberali illum assero manu: car moi je fais l'adsertio avec la main de cet esclave pour cause de liberté, ou à cause de sa condition de liberté, dit: Sunt juris verba a quibus etiam adser-

tores dicuntur vindices alienae libertatis. Nam et causa ipsa liberalis dicitur quae adsertionem in se continet libertatis: Ce sont là les paroles du droit, à cause desquelles les adsertores sont aussi appelés les vindices de la liberté d'autrui, car on appelle ainsi procès de liberté celui qui contient en lui l'affirmation de la liberté.

Il ne faut pas oublier que Donat est un auteur très postérieur à la loi des XII Tables, puisqu'il est du IV^e siècle après Jésus-Christ et que le sens des mots a évolué. Par conséquent, dans cette phrase, causa liberalis veut dire procès de liberté et adsertio a purement et simplement le sens moderne du mot affirmation de liberté.

L'adsertor est encore qualifié de vindex dans d'autres textes littéraires: Sénèque, *Controversiae*, I.14; Pline, *Histoire naturelle*, 20.160.

L'adserere manu (d'où adsertor); sens primitif du mot, par rapprochement avec conserere.

Mais l'action accomplie avec la main pendant qu'il prononce les paroles de la vindicatio, l'action qui est qualifiée ainsi dans la formule prononcée par l'adsertor, est désignée, nous l'avons vu, par le terme technique adserere manu et de ce verbe vient le nom d'adsertor.

Nicolau (p. 125) pense que comme pour vindicare et vindex, le verbe adserere est plus ancien que le nom adsertor, que l'un vient de l'autre. Plaute, en effet, emploie fréquemment le mot adserere et il ignore le mot adsertor. Cicéron l'ignore aussi. Il apparaît pour la première fois dans Tite-Live. Le mot vindex est plus ancien, mais tous les deux ont été tirés à des dates différentes, mais cependant assez récentes, des verbes indiquant l'acte à accomplir.

Adserere, dans la langue classique, a pris le sens d'affirmer. C'est un sens second et généralisé. Le sens primitif a une portée plus restreinte et plus précise. Il indique un acte accompli avec la main. Dans les emplois les plus anciens, notamment dans Plaute, il est toujours accompagné en effet du complément manu.

Il doit être rapproché d'un autre verbe de même nature: conserere, qui indique l'action très voisine de deux revendiquants, lorsque l'un après l'autre ils prononcent les mêmes paroles, ils font les mêmes gestes, d'une main appréhender l'objet à revendiquer, de l'autre poser la festuca sur l'objet. Il semble que conserere indique la concomitance des mêmes gestes, leur simultanéité dans le même but. Adserere signifierait alors que le geste de l'adsertor est fait en juxtaposition du premier, à côté du geste du demandeur et qu'il n'a pas la même identité et la même concomitance.

Les anciens ne connaissaient pas très bien la signification précise, la valeur de ces deux verbes. Aulu-Gelle (*Nuits attiques*, 20) se demande ce que signifient les mots *ex jure manum consortum*: *Manum conserere est, de qua disceptatur, in re praesenti, sive ager, sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re omnibus verbis vindicare. Conserere manu, c'est s'emparer avec la main en même temps que son adversaire de la chose sur laquelle il y a un litige, sur la chose présente et faire la vindicatio sur cette chose avec toutes les paroles convenables.*

Les auteurs donnent un sens analogue à *adserere*: Varron, *Lingua Latina*, 6,64: *Adserere manum in libertatem cum prendimus: Adserere la main vers la liberté lorsque nous saisissons.*— Festus: *Adserere manum est admovere: assere manum, c'est-à-dire porter la main en avant.*

Etymologie de
asserere manum.

Les étymologistes modernes (*Thesaurus linguae latinae*, au mot *asserere*) Ernout et Meillet (*Dictionnaire étymologique du latin*), au mot *serere*, précisent la signification en disant: tirer à soi, *ad se*, *ad jungere*, *ad se trahere*. Je pense que, dans cette précision, ils se laissent abuser par le sens trop facile de *ad se*. Le composé n'est pas en effet *ad se* mais *ad et serere*.

Ils ne citent pas, sans doute parce qu'ils le repoussent comme une de ces imaginations délirantes des étymologistes, le rapprochement qui est fait par les grammairiens latins, Varron aussi bien que Festus, entre le verbe *serere*, qui signifie planter, semer, créer, faire naître, et *adserere*. Voici l'étymologie que propose Festus: *Sertorem quidam putant dictum a prendendo, quia cum cuipiam adserat manum, educendi ejus gratia ex servitute in libertatem vocetur adsertor. Cum verisimilius sit, dictum, qui sereret quid; ac potius adsertorem a serendo cepisse nomen, cum aliquem serat petendo in libertatem eandem, qua ipse sit, id est jungat, quia fruges cum seruntur, terrae jugit; quod totum Verrius ἄπ' ὁρίων introduxit: Quelques-uns pensent que sertor vient de prendendo, de l'action de saisir, parce que quand il porte la main sur quelqu'un pour le conduire de l'esclavage à la liberté, il est appelé adsertor. Cependant il est plus vraisemblable que ce mot désigne celui qui plante quelque chose et que l'adsertor a pris son nom de l'action de planter, car il implante quelqu'un, en le réclamant, dans la même liberté que la sienne, c'est-à-dire qu'il le joint à sa liberté, comme en plantant les grains on les joint à la terre. Verius Flaccus intro-*

duit tout cela dans son livre, sans aucune probabilité.

Il est possible que nous devions nous joindre à Festus lui-même et aux philologues modernes pour accuser Verius Flaccus de fantaisie dans sa recherche étymologique. Néanmoins, nous retenons cette explication, beaucoup plus intéressante que ne le croient d'habitude les philologues, qui n'y voient aucun sens appréciable, car même si elle est fausse, nous nous rappellerons que Varron lui aussi fait venir *adserere* de *serere*, créer, planter.

Cette étymologie nous permet de constater que pour Verius Flaccus et pour Varron, comme pour Festus, il y avait un rapport possible entre l'acte de celui qui en plantant crée, fait naître les végétaux, et l'acte de l'*adsertor* qui, à notre avis, a ce pouvoir créateur de liberté.

Mais si nous nous en tenons à la première étymologie: *adserere manum hominem in libertatem*, c'est le geste de la main qui, en se saisissant du prétendu esclave, la conduit vers la liberté.

Il ne nous est pas possible d'aller plus loin et de dire si ce geste ne se complétait pas par l'action si caractéristique du *vindex*, dont le sens est si frappant. Vous vous rappelez que le *vindex* prenait la main du demandeur posée sur le *judicatus* et qu'il l'enlevait de la personne du *judicatus*: *judicatio manum depellere*. Rien ne nous permet d'affirmer ici qu'il y avait à ce geste cette conclusion, d'autant plus que, comme nous le verrons, c'est le préteur qui tire la signification des gestes accomplis.

La nature de
l'intervention
de l'*adsertor*.
Sa portée.

Néanmoins, ce que nous savons nous suffit pour connaître la nature de l'intervention de l'*adsertor*. Comme le *vindex*, l'*adsertor* fait une manifestation de force rituelle, exprimée par des paroles et par des gestes, et comme la manifestation du *vindex*, celle-ci est une *vindicatio*, qui s'oppose à la *vindicatio* du demandeur.

Quel est l'effet de la manifestation de l'*adsertor*? Le nom, le geste, les explications qu'on en donne, montrent que c'est une manifestation qui libère: *adserere in libertatem*. Comme le dit Festus, c'est *ducere ex servitute in libertatem*.

Dans quelle mesure cette manifestation est-elle efficace? Quel est son effet? Voilà ce que nous allons examiner dans notre 3ème §, en étudiant les règles des *vindiciae*.

§ 3 - Vindiciae sunt secundum libertatem.

Existence de
la règle dans
les XII Tables.

Une règle bien connue nous dit, à propos des vindiciae, qu'elles sont secundum libertatem. Cette règle a été posée par la loi des XII Tables: Tite-Live, 3.44.2: *Advocati Virginiae postulabant ut Appius Claudius lege ab ipso lata vindicias det secundum libertatem.*

Pomponius, D.1.2.2.24: *Initium fuisse secessionis dicitur Virginius quidam, qui cum animadvertisset Appium Claudium, contra jus, quod ipse ex vetere jure in duodecim Tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abdixisse et secundum eum, qui in servitute ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore virginis omne fas ac nefas miscuisse.* On dit que le début de la sécession fut l'oeuvre d'un certain Virginius qui, lorsqu'il dévoila que Appius Claudius lui avait refusé contre l'ancien droit qu'il avait lui-même recueilli dans les XII Tables les vindiciae de sa fille et qu'il les avait attribuées à celui qui les réclamait en feignant qu'elle soit son esclave, et que dominé par l'amour de la jeune fille il avait confondu le juste et l'injuste.

Sens de dicere
vindicias
secundum li-
bertatem.

Quel est le sens de l'expression dicere vindicias secundum libertatem ? Le sens second que le mot a pris dans la procédure est l'attribution de la possession provisoire de l'objet en litige: le prêteur décide en quelles mains va rester l'objet contesté jusqu'à ce que le sacramentum ait été jugé et le procès tranché. Mais c'est un second sens, nous étudierons le sens primitif en examinant le sacramentum. Le sens est certainement plus proche de vindicare et de la manifestation de puissance, mais pour le moment le sens approximatif nous suffit.

Dans le procès en revendication ordinaire, le prêteur dit les vindiciae en faveur de l'un des deux plaideurs, sans être lié par les règles de procédure pour choisir l'un plutôt que l'autre. Celui en faveur de qui il les dit doit fournir des praedes litis et vindiciarum, qui se chargent de faire la restitution de l'objet en litige, dans le cas où le sacramentum de leur client est déclaré injustum.

Dans le procès en liberté, au contraire, le prêteur n'est plus libre de choisir. D'après la loi des XII Tables, il est obligé de se prononcer en faveur de celui dont les vindiciae sont secundum liber-

tatem. C'est celui-là qui va provisoirement triompher et à qui est remis le prétendu esclave.

Pour étudier les vindiciae, nous verrons d'abord le rôle du préteur dans cette attribution, puis le moment où les vindiciae sont attribuées, le moment précis où le préteur se prononce, l'effet de cette attribution, et enfin nous déduirons de cette étude la conclusion sur la nature juridique de l'adsertor.

1° - Rôle du préteur dans les vindiciae.-

Pour examiner ce rôle, nous avons comme guide le procès de Virginie, tel que le raconte Tite-Live. Le récit de Tite-Live, mélangé à celui de Denys d'Halicarnasse, a été interprété de beaucoup de manières. L'explication la plus simple et la meilleure à mon avis est celle de Nicolau (*Causa liberalis*, p. 191 et ss.). C'est cette explication qui nous guidera dans l'ensemble.

Si le magistrat doit attribuer les vindiciae à celui qui a fait la vindictio secundum libertatem, il a un certain pouvoir d'appréciation dans l'acceptation de l'adsertor. Nous savons pour le vindex qu'il devait être adsiduus pour un débiteur adsiduus et que, par conséquent, le préteur avait un examen préalable de sa condition à opérer.

Nous savons aussi que, dans le procès de liberté, le préteur avait le droit de refuser les personnes suspectes, comme adsertores: Frag. Vatic. 324: Adsertionem non prohibentur suscipere nisi suspecti praetori: Il n'est pas défendu (que certaines personnes) entreprennent une adsertio, à moins qu'elles ne soient suspectes au préteur.

Quand la personne qui était réclamée en servitude était en puissance, celui qui était qualifié pour être adsertor était celui qui avait la potestas sur elle, le père de famille. Toute autre personne qui, à son défaut, voulait entreprendre la défense, devait paraître a priori suspecte pour le préteur et pouvait être refusée par lui.

C'est sur cette règle si simple que compte Appius Claudius pour la réalisation de son mauvais dessein. On se souvient qu'il avait convenu avec son affranchi, Claudius, que celui-ci revendiquerait Virginie comme esclave et ne céderait pas à ceux qui demanderaient les vindiciae secundum libertatem. Il avait calculé que l'absence du père Virginus, qui était aux armées, favoriserait son mauvais dessein.

Nous avons vu le commencement de l'histoire. Claudius a fait manus injectio sur la jeune fille pendant qu'elle passait sur le Forum. Il a déclaré à la foule qui voulait protester contre la violence, qu'il

Le procès de Virginie; le récit de Tite-Live et son interprétation.

L'obligation du magistrat d'attribuer la vindicta à celui qui a fait la vindictio in libertatem et son pouvoir d'application dans l'acceptation de l'adsertor.

s'agissait d'une action en justice et non d'une violence et qu'il l'appelait in jus. Il va donc avec elle vers le decemvir Appius Claudius, suivi de la foule et là il récite sa fable: la jeune fille est née dans sa maison, d'une de ses esclaves; c'est par un vol qu'elle a été transportée dans la maison de Virginus pour être l'objet d'une supposition de part. On a donc trompé Virginus et quand celui-ci le saura, c'est certainement lui qui sera le plus offensé de cette histoire. Mais en attendant que Virginus puisse venir, il est juste qu'il emmène chez lui la jeune fille. En somme, puisque Virginus n'est pas là pour qu'on organise la procédure du sacramentum, l'affranchi demande que, ayant fait la manus injectio, il emmène chez lui la jeune fille en attendant le procès. Jusque-là, il invoque rigoureusement les règles du droit. Les auditeurs se font les avocats de la jeune fille. Ils disent que le père viendra le lendemain et ils demandent au decemvir de laisser en attendant les choses en l'état: qu'il attende l'arrivée de Virginus pour commencer le procès et pour pouvoir donner les vindiciae secundum libertatem d'après la loi des XII Tables. Ils invoquent donc le droit souverain du préteur de commander et d'attendre pour commencer le procès. Ils lui demandent de laisser les choses en l'état pour ne pas exposer la jeune fille à perdre son honneur avant de perdre sa liberté: ut rem integram in patris adventum differat: qu'il diffère de juger l'affaire en la laissant en l'état dans l'attente de l'arrivée du père.

Appius commence par refuser et avant de rendre son décret, qui attribuerait la jeune fille à son affranchi, il veut le justifier. Il dit en effet que si on veut suivre la loi, il faut la suivre tout entière. Dans les procès de liberté, dit-il, tout le monde peut être adsertor, mais quand il s'agit d'une personne en puissance, c'est le père seul qui peut être adsertor, que par conséquent, pour suivre la loi, il doit laisser la jeune fille entre les mains de Claudius et que d'ailleurs celui-ci promet de représenter son esclave pour le procès.

Là-dessus arrive le grand père, Numitorius, probablement grand père maternel, et le fiancé Icilius. Jusqu'ici il n'y avait pas d'adsertor possible. Dans un discours violent, Icilius prend la défense de Virginie, en invoquant son titre de fiancé. Il n'est pas possible, de voir dans son discours s'il offre purement et simplement d'être adsertor, car il semble toujours invoquer avant tout la défense que Virginus prendra de sa fille.

Appius Claudius tente de le repousser et de dire qu'il est un défenseur suspect. Ce n'est pas la défense de Virginie que veut Icilius, dit Appius Claudius, mais c'est un homme turbulent, qui aspire au tribunat et qui veut provoquer une émeute.

Mais devant les instances d'Icilius et l'émeute qui commence, il cède provisoirement. Il demande à son affranchi de renoncer à son droit et d'accepter qu'il ne rende le décret que le lendemain. A Marco Claudio petiturum, decederet jure suo vindicarique puellam in posterum diem pateretur: Il demande à Marcus Claudius de céder sur son droit et de consentir à ne revendiquer la jeune fille que le lendemain. Et d'ailleurs, ajoute-t-il, si le père n'est pas là, il n'écouterait plus personne.

Mais Claudius insiste pour qu'on accepte sa vindicatio et qu'il donne ses sponsores: Cum instaret adsertor puellae, ut vindicaret, sponsoresque daret; ce que je comprends: Il insiste pour que lui-même revendique la jeune fille en étant l'adsertor in servitutem et pour qu'il donne ses cautions. D'ordinaire on traduit cette phrase comme s'il disait qu'il insistait pour que les autres fassent la vindicatio in libertatem et donnent leur caution.

Le sens premier me paraît préférable, car d'après Tite-Live, Icilius promet, dit qu'on fera la même chose: atque id ipsum agi diceret Icilius. Mais en même temps qu'il promet cette contravindicatio, Icilius cherche à prolonger les débats pour que ses envoyés aient le temps d'arriver au camp et d'avertir Virginus.

Il semble toutefois que Tite-Live imagine qu'il y a eu cependant ce jour-là un adsertor provisoire, en attendant que le père arrive, et que par conséquent le prêteur a accepté, contrairement à la règle qu'il avait indiquée, qu'un autre que le père, en attendant sa venue, fasse l'adsertor: ita vindicatur Virginia spondentibus propinquis: et ainsi la vindicatio est faite au sujet de Virginie, les proches étant les garants (de la représentation de la jeune fille).

En attendant le lendemain, Appius Claudius envoie au camp des émissaires secrets, qui demandent à ses collègues, les decemvirs, de ne pas accorder de congé à Virginus. Mais sa demande perfide arrive trop tard; le lendemain Virginus est au rendez-vous. Il harangue la foule et se prépare à défendre sa fille.

C'est alors que se produit le coup de force d'Appius Claudius, qui renonce à suivre le droit établi par la loi des XII Tables. Il faudrait en effet

ici permettre l'établissement du sacramentum in rem, et il ne pourrait pas l'empêcher, et parce qu'il est tenu par la loi, de rendre à Virginius sa fille, en disant les vindiciae secundum libertatem.

Aussi, d'après la version de Tite-Live, il ne laisse même pas au demandeur le temps d'exposer sa requête et à Virginius le loisir de répondre: Priusquam aut ille postulatum perageret aut Virginio respondendi daretur locus, Appius interfatur: Appius prend la parole avant que, ou bien son affranchi puisse dire ce qu'il demande, ou que le temps fut donné à Virginius de répondre, et il décide de donner la jeune fille au demandeur: Decresce vindicias secundum servitutem.

Et ainsi la comédie judiciaire se termine par un déni de justice. C'est une res atrox, dit Cicéron. Pomponius: captus amore virginis omne fas ac nefas miscuisse: Par suite de son amour pour la vierge, il a mélangé le fas et le nefas.

Au coup de force répond l'acte de violence de Virginius qui tue sa fille plutôt que de la laisser prendre par Claudius, lorsqu'il s'avance pour la saisir.

Dans cette entreprise des historiens romains d'habiller d'un vêtement juridique l'antique légende de Virginie, il y a des points d'ombre, des parties difficiles à interpréter, surtout si l'on veut mêler le récit de Tite-Live et le récit de Denys d'Halicarnasse, car Denys d'Halicarnasse, qui est grec, connaît sans doute moins bien que Tite-Live le droit romain, et il obscurcit peut-être son récit en s'inspirant, sur quelques points, du droit grec.

Les points
certains à re-
tenir du récit
de Tite-Live
notamment la
règle des XII
Tables sur
l'attribution
des vindiciae
secundum li-
bertatem.

Mais cependant il y a quelques traits qui, dans le récit de Tite-Live, apparaissent plus saisissants et suffisamment certains.

D'abord la manus injectio par laquelle débute le procès, ensuite le droit pour le préteur de discuter l'adsertor, d'écarter les personnes suspectes, et la règle qui lui permet de n'accepter, quand il s'agit d'un alieni juris, que son paterfamilias comme adsertor. Mais ceci étant vu, la règle se détache aussi qu'il n'a pas le droit de choisir entre les deux parties pour attribuer la possession intérimaire à celui qu'il veut, qu'au contraire la loi des XII Tables l'oblige impérativement à dire les vindiciae secundum libertatem, à attribuer le prétendu esclave à celui qui a proclamé sa qualité d'homme libre. Voici quel est le droit.

Attribution
des vindiciae
secundum li-

2° - Il est assez important de déterminer le moment précis où les vindiciae sont dites par le préteur, selon l'une ou l'autre des parties dans le pro-

bertatem au moment où le sacramentum vient d'être fait par les deux plaideurs - ou dans la procédure extraordinaire au moment de la litis ordinatio.

cès en revendication, car, nous allons le voir, c'est le point de départ de la liberté du prétendu esclave pendant la durée du procès.

Gaius, IV, 16 nous dit ce moment: il se place après les vindicationes et après le sacramentum proprement dit: *postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituere, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum*: Ensuite le préteur disait les vindiciae, selon l'un des deux plaideurs, c'est-à-dire constituait l'un des deux, possesseur provisoirement, et il ordonnait qu'il fournisse des praedes litis et vindiciarum, c'est-à-dire de la chose et des fruits.

Nous ne chercherons pas à expliquer ici le sens exact de ces vindiciae qui, d'après Gaius, semblerait désigner dans le même texte à la fois la possession intérimaire et les fruits. Nous ne chercherons pas non plus à expliquer le rôle et la nature des praedes litis et vindiciarum. Nous verrons tout ceci en étudiant le sacramentum. Je me contenterai de transposer la règle pour le procès de liberté.

Le moment précis où le préteur donnait les vindiciae secundum libertatem et imposait à l'adsertor la fourniture de praedes litis et vindiciarum, se place donc au moment où le sacramentum vient d'être fait par les deux parties, et ce moment ne se confond pas avec celui de la litis contestatio, qui marque la fin de la procédure in jure, lorsque le juge étant nommé, le procès organisé, on prend à témoin et l'on passe à la procédure in iudicio.

Ce n'est donc pas l'organisation de l'instance in jure qui fixe le début de la liberté, c'est précisément les vindiciae, lesquelles sont déclarées par le préteur selon celui qui a affirmé la liberté.

Quand le procès de liberté n'est plus plaidé par la voie du sacramentum, mais dans les formes de la procédure extraordinaire, ce moment correspond à ce que l'on a appelé la litis ordinatio, qui est différente de la litis contestatio. Cette expression figure dans la procédure extraordinaire, non seulement pour les procès de liberté, mais pour la querela testamenti inofficiosi (D. 5.28, pr.; 26.2.26.2) et en matière pénale (Code, 9.45.1). Le sens de lis ordinata, ou de litis ordinatio, nous est donné dans une constitution d'Antonin le Pieux (Code, 9.45) et pour un cas spécial, en matière pénale: *causa ordinata id est inscriptionibus depositis et fidejussore de exercenda lite praestito*: La cause ayant été mise en état, c'est-à-dire les actes d'accusation ayant été déposés et la

fidejussio au sujet du procès à exercer ayant été fournie; ce fide jussor est celui qui donne la garantie que le procès sera bien exercé par le demandeur.

Pour le procès de liberté en matière extraordinaire, il faut toujours qu'un adsertor soit nommé et qu'il fournisse des cautions. Nous trouvons dans le Code Théodosien, 4.8.4; 4.18, 6; 4.16, les expressions: *adsertionibus jam ordinatis post adsertionem et defensionem ordinatam*: les adsertiones étant mis en état - après l'adsertion et la défense mise en état.

On sait que l'adsertor a été supprimé par Justinien et ne figure plus au Digeste. Il faut toujours distinguer la *lis ordinata* de la *litis contestata*. Les effets ne sont pas les mêmes (D. 38.2.16pr.).

De la règle ancienne admise par les XII Tables que celui qui plaide sur son statut est considéré comme libre.

3° - Effets de la constitution du vindex.-

Si nous avons pris le soin de marquer d'une façon précise le moment où les *vindiciae* étaient attribuées *secundum libertatem*, si nous avons voulu marquer le rapport qui existe entre ces *vindiciae secundum libertatem*, les *praedes litis* et *vindiciarum* et la *litis ordinatio*, c'est à cause de la règle célèbre qui est le fondement de ce dernier paragraphe: Paul, D. 40.12.24: *lite ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat*: Le procès étant en état, celui qui plaide sur son statut est considéré comme étant libre.

Cette règle est répétée par Gaius: D. 40.12.25: *Licet vulgo dicatur post ordinatum liberale iudicium hominem, cujus de statu controversia est, liberi loco esse tamen si servus sit...*: Quoiqu'il soit dit partout qu'à partir du moment où l'action de liberté est en état, l'homme sur le statut duquel il y a controverse est dans la situation d'un homme libre, cependant s'il est esclave...

Nicolau, en plusieurs endroits de sa thèse, veut distinguer entre la liberté de fait, dont l'attribution des *vindiciae secundum libertatem* est le point de départ, et la liberté fictive de droit qui correspond à cette liberté de fait. La première dérive des XII Tables, la seconde est une extension jurisprudentielle et il ne faut pas confondre, dit-il, ces deux sortes de liberté, comme on le fait couramment (voir p. 15, 181, et 245).

A la vérité, je ne puis arriver à saisir l'intérêt, ni même le sens de cette distinction. J'y vois seulement une trace de ce que, pour les auteurs modernes, l'adsertor est comme le vindex un représentant et une caution et qu'alors la condition de liberté du prétendu esclave devient incompréhensible.

Envisagé au point de vue des règles du droit civil, il est impossible de comprendre comment une simple caution peut rendre libre celui qui ne l'est pas.

En réalité, la loi des XII Tables a posé le principe de la liberté, ou plus exactement elle a accepté cette liberté du droit ancien: *Jus quod ipse ex vetere jure in duodecim tabulâs transtulerat*, comme nous le dit Pomponius (D.I.2.2.24), précisément au sujet de ce procès de liberté, et la jurisprudence a tiré les conséquences de ces principes en donnant des solutions d'espèces qui appliquent le principe lui-même.

Maintien de cette règle dans le droit développé; difficultés qu'elle soulève au point de vue des actes que peut accomplir l'esclave.

C'est ainsi que Paul dira (D.40.12.24) que puisqu'il est libre, l'esclave peut plaider pendant l'inter valle du procès. Il peut plaider contre les tiers, soit comme défendeur, soit comme demandeur, et il peut même plaider contre son maître. La situation de cet esclave prétendu est donc un amusant paradoxe: s'il ne peut pas plaider sur la liberté avec son maître, il pourra plaider sur toutes les autres questions, puisqu'il est libre.

Cette règle nous montre le cas qu'il faut faire de la raison donnée par Théophile, que l'esclave ne peut pas plaider sur sa liberté, parce qu'on n'a pas voulu, s'il est reconnu esclave, qu'il puisse être dans la situation d'avoir plaidé contre son maître.

Paul expose minutieusement les hypothèses et les difficultés qui peuvent naître de ce fait que puisqu'il est libre l'esclave peut plaider, mais que cependant, à la fin du procès, il est en danger de redevvenir esclave.

De même, le prétendu esclave peut acquérir, hériter, posséder, contracter, puisqu'il est libre. La question de savoir s'il le fait pour lui ou pour son maître reste en suspens jusqu'à la fin du procès, car ce résultat final dépend de la sentence.

Gaius, 40.12.25.2, examine les questions difficiles que pose la possession. Il s'agit de savoir si l'esclave étant possesseur continue à conserver la possession pour son maître, ou bien si, pendant cette période de liberté, le maître ne perd pas les possessions qu'il avait par l'intermédiaire de son esclave.

En définitive, le principe posé par la loi des XII Tables, dans le droit développé de la période classique, pose une série de difficultés juridiques que les Anciens ne pouvaient pas apercevoir, les règles de l'esclavage n'ayant pas été encore développées. Par conséquent le principe de la loi des XII Tables crée des difficultés que les jurisconsultes s'efforcent de résoudre, sans cependant l'abandonner, car il

résulte d'une loi formelle.

4° - Nature juridique de l'adsertor.-

L'adsertor, fondateur de droit comme le vindex et plaidant pour son propre procès pour soutenir la légitimité de son intervention.

Ainsi l'action de l'adsertor a pour résultat de rendre libre le prétendu esclave. Voilà la règle caractéristique qui nous donne la clef de cette institution. Il nous faut donc ranger l'adsertor comme le vindex, et à côté de lui, dans la catégorie des fondateurs de droit et nous répèterons une fois de plus que l'adsertor est un vestige attardé dans le jus civile du mécanisme simple de l'ancien droit coutumier de justice privée. L'adsertor est comme le vindex un personnage qui, par une manifestation de force rituelle protège, défend, fonde le droit. Ici ce droit c'est la liberté de ses concitoyens. Il réalise cette liberté par son rite, il la crée.

Le droit civil reconnaît la légitimité de cette action. Il en accepte la conséquence, mais il veut la juger. Le magistrat contrôlera la légalité de l'intervention de l'adsertor. C'est pourquoi dans le procès de liberté, c'est l'adsertor qui s'opposera au demandeur, à l'adsertor in servitutum. Il plaide son propre procès, car il soutient la légitimité de son acte, comme le vindex: pro se lege agere solebat.

Il ne faut pas parler pour lui ni de représentation, ni de cautionnement. Pas plus que le vindex il n'a promis quoi que ce soit à personne. À l'origine de son action il n'y a pas, comme pour les cautions, une obligation juridique. En faisant l'adsertor il exerce une prérogative de sa condition, il exerce son droit de membre du groupe, de citoyen: in his quae asserantur in libertatem, dit Tite-Live (3,44), quia quivis lege agere posset, id juris esse: pour celle dont on affirme la liberté, parce que n'importe qui peut lege agere, ceci est de droit.

Cette funeste idée de cautionnement, à laquelle se rattache encore Nicolau, obscurcit à chaque instant ses développements. Il arrive sans cesse, par l'analyse des textes, à quelqu'une des conclusions auxquelles je m'arrête ici, mais il est toujours rejeté vers l'explication de droit civil de la caution, par cette étrange timidité qui lui fait dire: "Je ne fais pas de pré-histoire", comme s'il se défendait d'un péché.

Différence de durée entre l'effet libératoire de l'intervention du vindex ou de l'adsertor.

Sans doute l'effet libératoire de l'action de l'adsertor est moins clair et moins évident que l'action du vindex, à cause de son caractère provisoire. L'action du vindex libère définitivement, la sienne ne libère que pendant la durée du procès. Mais cela tient sans aucun doute à la différence des droits protégés. Le judicatus est un homme libre, dont on n'attaque

pas la condition juridique, mais il est débiteur et c'est à ce titre qu'on veut le saisir. On conçoit donc que, même si le vindex est obligé de payer à sa place, sa dette reste éteinte et il reste libéré. Le créancier préférera avoir le vindex comme débiteur solvable, plutôt que de se retrouver purement et simplement, à la fin du procès, en face de son débiteur insolvable. Au contraire, l'esclave est une res. Ce que veut le maître en le réclamant, c'est sa res. Le juge donnera donc une sanction efficace à son contrôle si la condamnation de l'adsertor a pour résultat que la res doit être restituée. Cette restitution, elle, est assurée, comme dans toutes les actions réelles, par les *praedes litis et vindiciarum*.

La règle que le procès de liberté peut être indéfiniment renouvelé. Son explication par l'idée que ce qui est jugé chaque fois ce n'est pas le statut de l'intéressé, mais l'intervention même de l'adsertor.

Enfin, je trouve dans les procès de liberté une dernière règle, qui apporte un appui sérieux à la thèse que je soutiens ici, c'est la règle exorbitante d'après laquelle le procès de liberté peut être indéfiniment recommencé: Cicéron, de domo sua, 29.78: *Quin etiam si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent tamen quoties cumque vellet quis in hoc genere solo rem judicatam referre posse voluerunt*: Même si les decemvirs (c'est-à-dire les juges des procès de liberté) avaient jugé que le *sacramentum* pour la liberté était injustum, cependant toutes les fois que quelqu'un le voudra, nos Anciens ont décidé qu'en cette matière seule la res judicata pourrait être remise en question.

Martial, Epigrammes, 1.62, vers 8 et 9: *Hoc si ter quaterque clamitaris, impones plagiaro pudorem*: Si tu veux réclamer (sous-entendu la liberté), trois fois et quatre fois, tu rappelleras le plagiaire à la pudeur. Le plagiaire est le criminel qui tient en captivité des hommes libres. Ici Martial parle au figuré, car il s'agit non pas d'hommes libres qui ont été pris mais de propriété littéraire, et c'est d'ailleurs de ce vers qu'est venue l'habitude d'appeler plagiat une contrefaçon de l'oeuvre d'autrui.

Justinien, Code, 7.17.1, pr.: *Illis legibus quae dudum et secunda et tertia vice adsertorias lites examinari praecipiebant*: En vertu de ces lois qui prescrivaient autrefois que les procès de liberté soient examinés et deux fois, et trois fois.

Nicollau fait remarquer que *ter quaterque*, de même que l'expression *bis et ter*, ne sont pas des expressions limitatives, mais veulent dire indéfiniment. Par exemple Virgile, *Enéides*, 12.155: *Ter quaterque beati*. Le procès de liberté peut donc être engagé un nombre indéterminé de fois, et Cicéron prouve qu'il peut être repris même par le même adsertor.

Cette règle est en effet exorbitante du droit commun. Elle est incompréhensible si l'on pense que ce qui est jugé chaque fois c'est la même affaire, à savoir le statut du prétendu esclave qui serait jugé par représentant ou par une caution. Cela est contraire à la fois à l'effet extinctif de la *litis contestatio* et à la règle bis de eadem re ne sit actio.

Je n'insiste pas sur les systèmes que l'on a essayé de soutenir pour justifier cette règle. Aucun de ces systèmes ne tient devant les critiques. Mais si nous considérons que, primitivement tout au moins, ce qui est jugé c'est l'acte même de l'adsertor délivrant le prétendu esclave, nous voyons alors que chaque fois il s'agit d'un acte nouveau qui, par conséquent, ne tombe pas sous la règle extinctive. Par suite, toutes les fois qu'un citoyen est convaincu qu'un autre membre de son groupe est privé à tort de sa liberté, il lui est loisible de renouveler le geste libérateur.

En définitive, nous nous trouvons en face d'une ancienne institution de justice privées, qui persiste sous le contrôle du préteur. Elle a persisté beaucoup plus longtemps que le *vindex* à cause de son importance, car elle n'est ni plus ni moins que le mode de protection de la liberté des citoyens contre les entreprises de l'injustice.

Chapitre X

LE SACRAMENTUM IN REM.

Le sacramentum point central de la procédure.

Avec ce chapitre, nous abordons l'étude de la plus importante des actions de la loi, celle qui consacre l'autorité judiciaire du magistrat, celle qui a permis le procès et qui l'a organisé. La *manus injectio*, en effet, n'organise pas le conflit. La *manus injectio iudicati* règle l'exercice de la justice privée. Elle permet que cette justice privée soit exercée sous le contrôle du magistrat, mais elle l'arrête aussi par un acte symétrique, qui est également un acte de justice privée, c'est l'intervention du *vindex*. La *manus injectio vocati* rend possible le jugement, mais ni par l'une, ni par l'autre, le conflit n'est organisé de manière à ce qu'il puisse être tranché.

Cette organisation est l'office du sacramentum,

aussi le sacramentum est-il le point central de la procédure.

Les formes du sacramentum vont nous révéler, par leur étude directe, les modes grâce auxquels les XII Tables ont consacré la justice d'Etat. Mais elles nous révéleront aussi l'état antérieur. Leur caractère si frappant nous permet de déduire par hypothèse, mais de façon assez sûre, le système qui a été remplacé par la justice d'Etat, ce système que nous appelons le système de la justice privée. Nous trouverons dans l'étude de cette action, un troisième exemple qui viendra confirmer et élargir l'hypothèse qui est le soutien et la clef de toutes nos explications; nous allons voir, ici encore, le jeu de manifestations rituelles.

Son emploi en matière réelle et en matière personnelle.

Nous savons que le sacramentum servait à la fois en matière réelle, quand il s'agissait de revendiquer la propriété d'une chose, c'était le sacramentum in rem, et aussi en matière personnelle, quand on réclamait l'exécution d'une dette et qu'il s'agissait de la faire juger: c'était le sacramentum in personam.

Le sacramentum est la voie normale de procédure, qu'on pouvait intenter toutes les fois que la loi n'avait pas spécialement prévu une autre action: Gaius, IV, 13: "Sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur: L'action du sacramentum était l'action générale pour les choses pour lesquelles la loi n'avait pas prévu que l'on intenterait une action de la loi d'une autre manière, on agissait par le sacramentum.

Malheureusement le manuscrit des Institutes de Gaius comporte une lacune, là où il expliquait la procédure du sacramentum in personam jusqu'à la provocatio au sacramentum. De sorte que nous n'avons aucun renseignement direct sur cette partie de la procédure, qui serait pourtant si importante pour nous. Nos explications porteront donc seulement sur le sacramentum in rem, qui est le seul que nous connaissions bien.

Textes.

Les textes qui nous en expliquent le mécanisme sont: Gaius, Institutes, IV, 16; Aulu-Gelle, 20.10; Cicéron, Pro Murena, 12.26.

Nos explications seront divisées en trois parties, qui nous permettront de suivre le déroulement de la procédure. Nous étudierons la vindicta, puis le sacramentum, et enfin les praedes litis et vindiciarum.

§ I - La vindicta.

Gaius, IV, 16.

Pour cette première partie de la procédure, Gaius sera notre guide: Gaius, IV.16: si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in jus adferri adducive possent, in jure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem apprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat: Hunc ego hominem ex jure quirritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui, et simul homini festucam imponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, praetor dicebat: Mittite ambo hominem; illi mittebant; qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris; ille respondebat: jus feci sicut vindictam imposui. Si on exerçait l'action réelle, les choses mobilières, nommées ou innommées, qui pouvaient être apportées ou conduites devant le magistrat étaient revendiquées devant lui de la façon suivante: Celui qui revendiquait tenait la baguette, ensuite il saisissait la chose elle-même, par exemple l'esclave, et il disait: Je dis moi que cet esclave est mien d'après le droit des Quirites, selon sa cause, comme je l'ai dit, voilà que je t'ai imposé la vindicte. Et en même temps, il plaçait sur l'esclave la baguette. L'adversaire disait et faisait semblablement les mêmes choses. Quand l'un et l'autre avaient fait la vindicatio, le préteur disait: tous les deux laissez cet esclave. Et ils le laissaient. Le premier qui avait fait la vindicatio interrogeait l'autre de cette façon: Je demande que tu dises pour quelle cause tu as fait la vindicatio. Celui-ci répondait: j'ai fait le droit de la façon que j'ai imposé la vindicte".

Présence de la chose. Comment il y était suppléé pour les immeubles.

Le déroulement de l'action est clairement indiqué. Un premier point, sur lequel je n'insisterai pas, quoiqu'il soit essentiel, c'est sur la nécessité de la présence de la chose. Si elle est mobilière, rien de plus facile, quoique la physionomie du prétoire en soit rendue vraiment singulière; la chose est présente. C'est une condition qui est rendue plus difficile lorsqu'il s'agit d'un immeuble ou d'un troupeau. Cicéron et Aulu-Gelle nous indiquent les hésitations de la pratique. La pratique a imaginé trois ou quatre solutions successives.

La première, et qui est sans doute la plus ancienne, a été de se transporter sur les lieux, parties et magistrat, pour faire la vindicatio sur place. Mais comme le dit Aulu-Gelle, l'augmentation du territoire romain a rendu cette solution peu pratique.

Une deuxième solution a été de venir devant le magistrat et de là d'appeler chacune des deux parties à se rendre sur les lieux pour y faire la vindicatio, et ils y allaient sans être accompagnés du magistrat.

La troisième solution, dont se moque Cicéron, a été de faire un simulacre de départ et un simulacre de retour. Le préteur disait aux parties: *Inite viam*, et aussitôt: *Redite viam*: Allez, et aussitôt: "*Revenez*".

Le moyen définitif, qui est sans doute le quatrième expédient, a été d'apporter une parcelle symbolisant le tout in jure: un morceau de terre, une touffe d'herbe prise sur le fonds, une pierre prise sur la maison, une brebis ou une chèvre représentant tout le troupeau. Cette solution est donnée par Cicéron et par Aulu-Gelle et c'est la seule qu'envisage Gaius (IV.17). Vous savez qu'on voit là un indice, et un indice assez sûr à mon avis, que primitivement l'appropriation privée ne portait pas sur la terre, elle portait seulement sur les choses mobilières, et j'ajoute: seulement sur les *res mancipi*. Les *res nec mancipi*, principalement les troupeaux, n'ont pu être l'objet du sacramentum que quand la notion juridique de propriété a été constituée.

Ceci étant dit, nous étudierons successivement la formule vindicatoire, la vindicta proprement dite, et les effets de la vindicta.

I - La formule vindicatoire. Identité avec la formule prononcée dans la mancipatio.

1° - La formule vindicatoire.- Sur ce point, nous pouvons encore être bref, car nous avons déjà étudié la question dans le Chapitre VI, intitulé "Le rituel créateur du droit". Néanmoins, c'est une question si essentielle, qu'il nous faut y revenir.

Ici, la formule que nous donne Gaius, et qui sert à affirmer le droit dans la vindicatio, est identiquement la même que celle qui sert à la créer dans la mancipation: Gaius, IV, 16, et l.119: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio*. Cette identité de formule pose une énigme qui jusqu'ici est restée sans solution, car lorsque le droit civil est constitué, lorsque la notion de *dominium ex jure quiritium* est dégagée, les deux actes juridiques, mancipatio et sacramentum, ont un but et un résultat très différents l'un de l'autre. Dans le premier, la formule affirme la création d'un droit de propriété nouveau, en disant: *Hunc ego hominem meum esse aio*, l'acquéreur affirme que

l'esclave devient sa propriété et que désormais il sera son bien. Au contraire, dans le sacramentum, le revendiquant, en disant la même formule: *Hunc ego hominem meum esse aio*, affirme que cet esclave est sa propriété parce qu'il l'a été dans le passé; le passé est le garant du présent.

M. Lévy-Bruhl, dans l'article que j'ai déjà cité: "La formule vindicatoire", qui se trouve dans "Quelques problèmes du très ancien droit" (p. 95) a fait remarquer que cette affirmation du passé n'apparaît pas dans la suite du dialogue. On voit au contraire, par la suite du dialogue, que l'affirmation du revendiquant est une affirmation pour le présent. C'est ce que marque d'une façon particulièrement évidente la phrase de la formule que nous étudions: *Jus feci sicut vindictam imposui*: J'ai fait le droit de la manière que j'ai imposé la vindicte.

Difficulté Mais cette remarque, si juste qu'elle soit, pose posée par l'affirmation de la propriété présente, alors que c'est très évidemment la propriété passée qui est invoquée pour justifier la propriété présente ?

La solution nous est fournie par l'article de Fernand de Visscher: "*Mancipium et res Mancipi*". Ces actes, *mancipatio* et *sacramentum*, qui sont tous deux de la même époque, n'ont pas été créés pour acquérir et pour protéger des droits de propriété. Le *dominium* est une notion postérieure, qui ne s'est précisée que beaucoup plus tard. Ces actes, qui sont des actes du droit primitif et préhistorique, ont été conçus et modelés sur une notion plus simple et plus ancienne, plus primitive elle aussi, la notion de puissance sur une personne ou sur un animal soumis et obéissant à celui qui commande. Cette puissance, c'est le *mancipium*, pouvoir de commandement, créé par l'acte *per aes et libram*, et c'est aussi la *manus* créée par le même acte. C'est pour protéger les puissances domestiques, toutes les puissances domestiques, que le *sacramentum* a été conçu et créé.

Cette explication est un trait de lumière. C'est dans notre sujet, l'éclair qui déchire la nue, car il explique d'abord pourquoi la formule est la même dans ces deux actes. C'est la propriété, notion économique, se développant sous la protection de lois sévères et sous l'autorité du magistrat, qui s'appuie sur le passé, pour sa justification. On est propriétaire parce qu'on l'a été et parce qu'on a acquis sa propriété de quelqu'un.

La puissance, au moins dans sa nature primitive, est une notion plus brutale. On a la puissance sur une

chose parce qu'on a cette chose sous la main. C'est le présent, et le présent seul qui compte. Peu importe la puissance passée, elle ne vaut rien si elle n'est continuellement recréée, continuellement renouvelée.

Ainsi, soit dans la *mancipatio*, soit dans le *sacramentum*, pour créer la puissance ou pour la défendre c'est la même affirmation qui sera faite, l'affirmation de la puissance présente. C'est la même formule qui, dans les deux cas, indiquera ce présent: *Hunc ego hominem meum esse aio*.

Le même trait de lumière illumine la nature et la signification de l'acte accompli. La même affirmation, dans les deux cas, complétée par les gestes, produira le même effet, et c'est un effet réalisateur. La puissance est réalisée dans le présent, sans qu'il soit besoin de distinguer entre la création proprement dite ou la réitération de son affirmation.

La justification de la puissance présente: *secundum suam causam*; la condition in *mancipatio*.

Néanmoins, cette puissance présente ne se manifeste pas sans justification. Ce n'est pas en effet une pure violence. C'est cette justification que nous trouvons, semble-t-il, dans les mots quelque peu énigmatiques qui terminent la formule vindicatoire: *secundum suam causam*.

L'explication de ces mots a quelque peu embarrassé les interprètes. *Causa* est un de ces substantifs qui a tellement servi qu'il a pris des acceptions multiples, entre lesquelles on est embarrassé d'avoir à distinguer. Néanmoins je crois que nous avons la possibilité de faire une contre-épreuve permettant d'assurer le sens de *causa* dans notre formule.

On a déjà vu que lorsque le prêteur a donné l'ordre de lâcher l'objet, c'est-à-dire de cesser la revendication, lorsque le *sacramentum* est organisé, le prêteur doit dicere *vindicias*. Gaius, IV.16, pour la revendication, nous dit: dicere *vindicias secundum alterum eorum*: dire les *vindiciae* selon l'un des deux.

Pour le procès de liberté, d'après Tite-Live (III.44), le prêteur doit dicere *vindicias secundum libertatem*. On a vu que toute l'affaire de Virginie repose sur le fait que la magistrat doit dire les *vindiciae secundum libertatem*, tandis qu'Appius Claudius voudrait pouvoir les dire *secundum servitutem*.

Quel que soit le sens que nous reconnaissons à *vindiciae*, le résultat est que la possession de l'objet en litige est reconnue à celui *secundum quem praetor vindicias dicit*. C'est dire que provisoirement son droit est reconnu; provisoirement la *vindicatio* qu'il vient de faire a produit son effet.

Dans *vindicias dicere secundum libertatem*, je vois la traduction précise de *aio meum esse secundum*

suam causam. La causa qui est indiquée, c'est le fondement d'après lequel l'homme est mien. Ce fondement, c'est sa condition, c'est sa situation juridique. C'est en effet parce que sa condition est la liberté, ou parce qu'elle est la servitude. C'est encore parce que c'est une condition de fils de famille, de femme mariée in manu, et enfin pour toutes les autres personnes ou objets, parce qu'ils sont in mancipio. C'est le mancipium qui permet de dire au maître qu'ils sont siens.

Lorsque l'institution juridique de la propriété est constituée, la cause de l'affirmation, c'est le dominium avec toutes ses sources. Dans une vindictio déterminée, la formule type: secundum suam causam, est remplacée par l'indication précise de la situation juridique de l'esclave, en vertu duquel le droit sur lui est affirmé.

2°) Le sens de la vindicta.

2°) La vindicta. La formule vindicatoire, dans la revendication, se termine par cette petite phrase: sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui. Remarquez que les verbes sont au passé: Comme je l'ai dit, voici que je t'ai imposé la vindicte.

Le sens de vindicta doit être établi, d'autant plus que ce mot est la victime d'un contre-sens universel et admis par tout le monde. L'effet fâcheux de ce contre-sens est d'obscurcir toute la signification de l'acte décrit par Gaius.

L'erreur de Boece et la fausse interprétation par les romanistes du texte de Gaius.

L'auteur responsable de l'erreur qui a égaré la doctrine moderne est cet auteur du IV^e siècle après Jésus-Christ, dont j'ai déjà signalé quelques-uns des méfaits dans notre matière, c'est Boece, dans son Commentaire sur Cicéron (Topiques, 2.10). Cicéron avait écrit: si neque censu, neque vindicta, neque testamento, liber factus est non est liber: Si quelqu'un n'a été fait libre, ni par le cens, ni par la vindicte, ni par le testament, il n'est pas libre. Cicéron cite ici les divers procédés d'affranchissement, et Boece commente: Vindicta vero est virgula quaedam, quam licitor manumittendi servi capiti imponens eundem servum in libertatem vindicabat, dicens quaedam verba solennia: La vindicte est cette sorte de petite baguette que le licteur imposait sur l'esclave à affranchir pendant qu'il faisait la vindictio en liberté de cet esclave en prononçant certaines paroles solennelles.

C'est cette indication acceptée sans critique que l'on transpose purement et simplement dans la formule indiquée par Gaius. Et pourtant, si l'on admet, comme on le fait d'habitude, que dans cette formule vindicta veut dire festuca, que ces deux mots sont des mots rigoureusement inter-changeables, on se con-

damne à faire une série de contre-sens et à rendre la formule et son explication tout à fait incompréhensibles.

Voici le contre-sens le plus éclatant. Gaius, après avoir cité la fin de la formule: sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui, l'explique: et simul homini festucam imponebat. La formule s'adresse à l'adversaire, tibi, et homini désigne l'esclave. Si l'on veut traduire vindicta par baguette, comme festuca, ne voit-on pas la contradiction patente: Comme je l'ai dit - fait-on dire au texte - voici que j'ai placé sur toi la baguette, et en même temps il plaçait la baguette sur l'esclave.

Voici une première contradiction, elle n'est pas la seule.

Comme je l'ai dit, j'ai placé sur toi la baguette, dit le texte. Mais dans la formule que nous connaissons, le demandeur n'a nullement dit qu'il avait placé la baguette sur l'adversaire. Il vient simplement d'affirmer que l'esclave est sien.

De plus les verbes de cette phrase sont au passé: dixi, imposui. Ceci indique une action qui vient d'être accomplie, une action du passé. Comment ce passé défini peut-il se concilier avec l'énonciation formelle qui suit que le geste était accompli en même temps: simul. Ceci est impossible si les paroles ne font qu'indiquer le geste.

Pour nous résumer nous dirons: le revendiquant n'a pas fait ce qu'il a dit s'il prétend avoir mis la baguette sur l'adversaire. Gaius nous dit qu'il la met sur l'objet. Il ne l'a pas fait comme il l'a dit, car ce qu'il a dit c'est la formule vindicatoire, ce n'est pas qu'il impose ou qu'il a imposé la baguette. Enfin, il présente son action au passé, alors qu'elle serait concomitante. Le geste est fait en même temps que les paroles sont dites, et non pas après.

On ne peut sortir de ces contradictions si l'on persiste à prendre Boece pour un commentateur autorisé de Gaius. On remarquera d'ailleurs que Boece ne commente pas le sacramentum, mais il commente l'affranchissement par la vindicte. Le sacramentum in rem, depuis longtemps, n'est plus usité à l'époque de Boece, c'est une vieillerie qui a disparu avec les actions de la loi.

M. Henri Lévy-Bruhl (Quelques problèmes du très ancien droit romain, p. 56 et ss.) a essayé de montrer par quelques bons arguments que l'affranchissement par la vindicte n'est, pas plus que l'in jure cessio, un procès fictif. L'un et l'autre sont des actes directs, dans lesquels les Anciens ne faisaient

pas intervenir cette idée de fiction. L'un comme l'autre sont des vindicationes. J'ajoute à mon tour: c'est-à-dire des manifestations de force rituelles réalisant le droit. Le magistrat reconnaît et consacre cet effet créateur, et ici sans jugement, car il n'y a pas contestation, il n'y a pas de procès.

Au témoignage de Boece, c'est le licteur du magistrat qui, à son époque, faisait la vindictio dans l'affranchissement. C'est un rôle de pure forme, qui n'a plus aucune importance réelle. On comprend donc que l'action du licteur étant une forme vaine, dont on a perdu jusqu'au souvenir de la valeur primitive, a pu se matérialiser, en quelque sorte, dans son symbole le plus apparent, la festuca. D'autant plus que dans l'affranchissement, la baguette est posée sur l'esclave, et c'est aussi sur l'esclave que se produit l'effet de l'acte. Il n'y a plus la dualité d'une vindicta faite sur l'adversaire et d'une festuca posée sur l'objet à revendiquer.

Sens primitif
du mot vindic-
ta. La vis dic-
ta - la force
dite - impo-
sée à l'ad-
versaire.

Mais ce sens de baguette est sûrement un sens dérivé, un sens second, qui ne peut pas, comme nous venons de le voir, être le sens de Gaius. Encore moins peut-il être le sens primitif, celui des XII Tables. Le sens primitif de vindicta doit être plus conforme au sens étymologique du mot et plus proche du sens des mots similaires employés à la même occasion: vindicare, vindicare, vindictio et vindiciae.

On peut dégager cette signification à la fois de la comparaison avec ces mots et des indications qui sont données par le texte même où figure vindicta. L'action faite par le revendiquant, décrite par Gaius, comme dans le début du sacramentum in rem, est une vindictio: c'est l'action de vindicare. Gaius nous l'affirme, nous n'avons aucune raison de ne pas le croire. Immédiatement après avoir donné la formule vindicatoire et décrit les gestes qui l'accompagnent, Gaius ajoute: cum uterque vindicasset, et un peu plus loin: qui prior vindicaverat.

L'action du vindex et celle de l'adsertor sont, elles aussi, des vindicationes. Le verbe désignant cette action est vindicare pour le vindex, dans la loi des XII Tables. Nous savons que c'est le seul exemple de ce verbe. Plus généralement, et plus tard, le verbe est vindicare. Il y a eu une certaine évolution du mot, qui a été amenée sans doute par une plus grande précision et un souci d'exactitude. Dicere est en relation seulement avec les paroles; dicare comme *δεικνυμι* en grec, veut dire montrer et englobe à la fois les paroles et les gestes. Vindictio, c'est l'action de vindicare, mais c'est un mot beaucoup plus

tardif. Nous n'avons malheureusement pas sur ce point le *Thesaurus linguae latinae* pour nous permettre de voir à quelle époque ce mot apparaît dans la langue latine. Les XII Tables ne le connaissent pas. Il figure dans Cicéron: de *Inventione*, II.53.101. Les jurisconsultes classiques l'emploient couramment.

Nous savons de même pour l'acte *per aes et libram* que le verbe *mancipare* a précédé la qualification de l'action, *mancipatio*, qui n'apparaît qu'avec l'Empire. Le sens, bien entendu, s'est généralisé, étant largement employé.

Vindicare, après avoir désigné le rite du début du *sacramentum*, a pris le sens général de revendiquer et a désigné toute l'action en revendication. Dans cette dernière acception, *vindicare* a pris un sens actif: *vindicare rem*, et non plus ce sens intransitif de *vindicare in re*, que nous traduisons, faute de mieux, par faire la *vindicatio* sur la chose.

Le mot *vindicta* est plus ancien, puisqu'il figure non pas dans les XII Tables, mais dans l'action de la loi qui a été composée d'après les XII Tables. A défaut de définition, que nous ne trouvons pas dans les auteurs, il faut attacher une grande importance au texte légal dans lequel il figure.

Le demandeur fait la *vindicatio*, c'est-à-dire qu'il prononce la formule *vindicatoire*, et en même temps il accomplit les gestes qui l'accompagnent: d'une main, préemption de l'objet, de l'autre, la baguette est posée sur l'objet et il caractérise l'action qu'il vient d'accomplir. Voilà quel est le sens de la finale de la formule de l'action en revendication: Comme je viens de le dire, voici que je t'ai imposé la vindicte.

Ce qui est défini ici, c'est toute l'action; non pas seulement le geste sur l'objet, mais aussi je dirais presque surtout, les paroles: *sicut dixi*. Ainsi par sa manifestation rituelle de *vindicatio*, le demandeur a imposé la vindicte à son adversaire. Voilà ce qui est dit expressément.

Cette analyse nous permet de découvrir le sens de *vindicta*. Ce sens est conforme à l'étymologie acceptée par tous les auteurs juridiques. Ce qui est imposé à l'adversaire, c'est la *vis dicta*, c'est la force dite; disons la force rituelle, la force qui émane de la *vindicatio*, la force qui émane de la manifestation rituelle des paroles et des gestes. Ce sens apparaîtra d'une façon plus lumineuse, et plus prouvée, si j'ose dire, par le texte lui-même, quand nous dirons que, un peu plus loin, le revendiquant redouble et parle une deuxième fois de sa *vindicta*, en di-

sant : jus feci sicut vindictam imposui. En imposant la vindicta, affirme-t-il, il a réalisé le droit, il a fait le droit.

Distinction entre vindicta et vindicatio. Antériorité du premier au second.

Voilà ce qui nous permet de distinguer nettement entre vindicta et vindicatio. La vindicatio c'est l'action elle-même de vindicare, le fait de prononcer les formules, de faire les gestes, et la vindicta c'est l'effet de l'action, c'est l'effet de la vindicatio et son résultat. La vindicta c'est l'acte lui-même créateur de droit.

On conçoit non seulement que le mot vindicta ait pu être plus ancien que vindicatio, de même que mancipium a précédé mancipatio. Mais on voit aussi pourquoi ce mot s'est effacé; pourquoi il ne figure plus dans les textes classiques. Les effets et la signification primitive de cet acte ont disparu devant les conceptions nouvelles, car dans la revendication du droit classique il ne s'agit plus que d'un droit de propriété préexistant, que l'on affirme, et non pas que l'on crée devant le magistrat. Ce n'est plus une puissance qui est réalisée par sa manifestation.

Sens figuré de imponere (vim dictam).

Imponere a, dans la loi des XII Tables, un sens figuré. Imposer à l'adversaire la force dite, et non pas placer matériellement une baguette sur lui. Le même verbe est immédiatement repris par Gaius, mais cette fois-ci dans un sens matériel : imposer la baguette sur l'esclave. C'est matériellement poser la baguette sur lui.

C'est cette répétition immédiate du même verbe, à la fois dans le sens figuré et dans le sens matériel qui me paraît avoir abusé les modernes. J'ai demandé à un philologue de la Sorbonne ce qu'il pensait de cette répétition. Il m'a dit que non seulement elle ne lui paraissait pas faire difficulté, mais que même on pouvait y voir une élégance de Gaius, le verbe étant répété deux fois, l'inélégance, l'impossibilité serait d'employer un seul verbe avec deux compléments, à la fois dans son sens matériel et dans son sens figuré. Exemple : Je prends ma canne et la fuite. Mais nous pouvons parfaitement dire : J'impose ma force à l'adversaire et j'impose la baguette sur l'esclave.

Un autre sens du mot vindicta, qui nous est conservé par les jurisconsultes classiques, nous donne une confirmation de plus. Le mot vindicta, dans le procès en revendication, nous le trouvons seulement dans Gaius, dans la formule de revendication. Peut-être est-ce aussi le même que nous retrouverons dans les Fragments de Valerius Probus (76, Girard, Textes p. 219, 8° éd.): V.R.S. vindicta recte competit.

Le mot *vindicta* chez les juriconsultes classiques rappelant le sens primitif.

Mais dans les juriconsultes de l'époque des vères, par exemple Paul et Papinien, nous trouvons employé le mot *vindicta*. Il est usité en matière pénale dans certains crimes, par exemple le crime de meurtre (Papinien, D. 34,9,17; Paul, 34,9,21), ou d'adultère (Papinien D. 48,5,37); il est enfin employé pour certains délits: délits d'injure (Papinien, D. 47,10,33; Paul, 37,6,2,4; Ulpien, D. 2,9,5), ou encore violation d'un tombeau (Papinien, D. 47,12,10.).

Dans ces différents textes, le mot *vindicta* ne désigne ni l'action en elle-même, ni même l'exercice de l'action, ni encore son résultat, c'est-à-dire la condamnation. Le mot caractérise l'acte de tirer vengeance de ces crimes et de ces délits, en exerçant l'action établie par la loi ou par le prêteur. En exerçant l'action, la victime obtient un résultat, elle réalise sa vengeance, et nous trouvons ici le sens primitif que nous avons vu dans la *revendicatio*: la *vindicta* est bien le vestige de la justice privée qui crée le droit, mais ce droit doit être contrôlé par le magistrat. La *vindicta* va donc se trouver enrobée, si j'ose dire, dans l'action judiciaire.

2-Le simulacre de bataille = gestes concordants des deux parties avec la *festuca*.

3°- *Consertio manum*, simulacre de bataille. Les paroles étant dites, les gestes étant accomplis par le premier revendiquant, l'adversaire entre en scène à son tour. Gaius (IV,16): *eodem similiter dicebat et faciebat*: il faisait semblablement les mêmes choses.

Cette identité des gestes rituels des deux adversaires, c'est quelque chose de nouveau, que nous n'avons trouvé ni chez le *vindex*, ni même chez l'adsertor. On ne peut savoir a priori laquelle de ces deux manifestations doit l'emporter sur l'autre, puisqu'elles sont exactement semblables et dans le même but. Le conflit se trouve donc organisé, il faut que l'une des prétentions soit reconnue la bonne.

C'est alors que se marque l'intervention du magistrat, qui dit aux parties: *Mittite ambo hominem*: laissez tous les deux l'esclave.

Le geste concordant des deux parties est fait, nous l'avons vu, avec une baguette: Gaius (IV, 16, in fine): *Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent*: On use de la baguette comme à la place d'une lance, comme un symbole de propriété légitime, car on prétendait que les choses étaient avant tout siennes de par la propriété légitime quand on les avait prises aux ennemis.

De cette explication de Gaius, nous pouvons accepter la première partie et penser que la baguette avait remplacé la lance. Mais la seconde partie n'est

pas exacte, car, comme nous l'avons dit, l'adsertor et l'auteur de l'affranchissement tiennent la festuca. Ce n'est pas pour eux le signe de la propriété légitime, ils ne prétendent pas avoir la propriété, bien qu'ils fassent eux aussi une vindicatio.

De même cette idée que la propriété la plus légitime est celle qui a été acquise par capture sur l'ennemi. Ce sont des explications qui n'ont rien d'historique. Mais l'on peut dire que la lance est le symbole de la force. Elle est donc à sa place dans une manifestation de force.

Le conserere
manum in jure.

Cette réunion des mains et des baguettes sur l'objet en litige porte un nom qui lui est donné dans les XII Tables, c'est conserere manum; ou bien manus correptio : Aulu-Gelle 20,10: Manum conserere est, de qua re disceptatur, in re praesenti cum adversario simul prendere et in ea re omnibus verbis vindicare. Conserere manum, c'est se saisir en même temps que l'adversaire de la chose sur laquelle il est discuté, sur la chose présente et faire la vindicatio sur cette chose avec toutes les paroles.

Aulu-Gelle explique ensuite que d'après les XII Tables, cette correptio manus devait être faite in jure, comme le prouvent les paroles : Si qui in jure manum conserunt.... si ceux qui joignent les mains devant le magistrat

Il ajoute aussi que lorsqu'il s'agissait d'une terre, le préteur et les parties se rendaient sur les lieux, mais comme le sol romain s'agrandissait, le préteur n'y alla plus et les parties, venant in jus, étaient appelées de là à faire la correptio manus et à aller sur place sans le préteur: ex jure manum concertum vocarent: Du tribunal ils appelaient pour joindre la main.

Cicéron, Pro Murena (12) donne la formule de cet appel, lorsque cette cérémonie est devenue un simulacre : Inde ego te ex jure manu concertum voco : par suite, là-bas, moi je t'appelle du jus pour joindre la main. L'adversaire répondait : Unde tu me ex jure manu concertum vocasti, inde ego te revoco : Puisque tu m'as appelé de chez le magistrat pour joindre la main, par suite je te rappelle. Et c'est alors que le préteur disait : Inite viam, redite viam.

Conserere manum veut donc dire, d'après Aulu-Gelle, joindre, réunir, dans le sens de prendre ensemble. La discussion rapportée par Aulu-Gelle entre grammairiens et jurisconsultes, montre que les Romains éprouvaient sous l'Empire une certaine difficulté, comme nous mêmes, pour déterminer de façon précise le sens littéral de conserere manum. C'est

la même difficulté qu'ils avaient rencontrée à traduire exactement l'expression *adserere manu*. Mais le sens général n'est pas douteux, ce mot désigne le rite d'appréhension simultanée par les deux parties de la chose sur laquelle on faisait la *vindicatio*.

Aulu-Gelle cite des vers d'Ennius qui rapprochent le rite d'un combat par le fer, ou plus exactement qui le distinguent : "*non ex jure manum consertum sed mage ferro rem repetunt*": On réclame la chose non pas pour joindre la main en partant du prétoire, mais plutôt on la réclame par l'épée. Ce qui veut dire : on réclame la chose non pas par la lutte juridique, mais par le combat réel.

A la suite de quoi Aulu-Gelle oppose la *vis cruenta* ou *solida*, qui est la violence pure et simple, à la *vis civilis* ou *festucaria*, qui est la force civile ou festucaire.

Il est bien vrai que *conserere* a pris le sens d'en venir aux mains d'assez bonne heure, puisque Plaute l'emploie déjà dans ce sens: Plaute, *Miles gloriosus*, III : *Contra conserta manu praestringere oculorum aciem in acie hostibus* : Il faut que mon bouclier, dans la mêlée, éblouisse les regards des ennemis en ligne de l'éclat de ses feux.

L'interprétation courante de la *vindicatio* comme un combat simulé suscitant l'intervention du magistrat.

Cette comparaison suffit-elle à justifier le système qui est généralement soutenu au sujet de l'origine et de la signification de la *vindicatio* ? Vous connaissez ce système cette première partie du formulaire du *sacramentum* serait la figuration d'une bataille représentant l'ancien combat réel de la justice privée. Ce combat figuré aurait été le procédé grâce auquel les parties auraient saisi le juge de leur contestation. Grâce à ce combat simulé, les parties auraient, en quelque sorte, contraint le chef de la cité à les juger, car en simulant une bataille devant lui, ils font appel à sa qualité de pacificateur, de gardien de la paix dans la cité. Le magistrat leur donne l'ordre d'abandonner l'objet, et par là il est saisi de la question, il doit la juger.

Je vous ai décrit minutieusement le rite, pour vous permettre de distinguer qu'il n'y a rien dans ce rite qui nous contraigne impérieusement à l'interpréter comme une comédie de bataille.

Les deux parties tiennent bien une lance à la main, mais cette lance est posée sur l'objet, elle n'est pas tournée contre l'adversaire.

Il y a *consertio manuum* mais l'expression n'est nulle part interprétée par les anciens comme une mêlée, comme une bataille de mains. Les mains se joignent, elles se posent ensemble, mais sur l'objet,

non pas sur l'adversaire.

En réalité, l'interprétation courante s'est imposée parce que les auteurs, lorsqu'ils envisagent l'hypothèse de la justice privée, ne prévoient pas qu'entre la violence matérielle, que l'on suppose primitive, et l'arbitrage du chef de la cité, il ait pu se placer un système intermédiaire, qui n'est ni la violence, ni le jugement.

Explication de ces cérémonies comme un rite d'appréhension simultanée organisant le conflit.

Plutôt que de perdre du temps à réfuter directement cette interprétation, nous préférons la ruiner en lui opposant ce système intermédiaire, qui a l'avantage d'expliquer plus simplement, plus complètement et plus profondément, les cérémonies décrites. Ces cérémonies se présentent purement et simplement comme un rite d'appréhension simultanée d'un objet. C'est une manifestation rituelle de force, ayant pour but de réaliser un droit.

Mais cette double manifestation, à cause de son caractère de simultanéité, ne règle rien. Elle ne fait qu'organiser le conflit. La suite de la procédure nous apprendra que ce conflit a pu être réglé même avant l'arbitrage du magistrat, et sans qu'on ait dû recourir au combat.

Vous reconnaissez dans l'interprétation de la vindictio par une figure de combat, une interprétation qui est due au matérialisme historique, et qui porte la trace à la fois de son ingéniosité et de son insuffisance.

3- Reprise du dialogue: postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris. Sens de qua ex causa, sa détermination par la réponse jus feci.

3° Effets de la vindicte.- L'intervention du magistrat a arrêté le conflit. Le rite simultané d'appréhension est dénoué par l'ordre du magistrat : Mit-tite ambo hominem.

Le dialogue continue. Le premier qui avait fait la vindictio demande à l'adversaire : postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris.

Le sens de cette interrogation n'est pas très clair. Pour les interprètes modernes il y a une difficulté à résoudre. Pour essayer de trouver quelque utilité à cette question, on pense généralement que causa a ici un sens différent de celui qu'il avait dans la première partie de la formule. Causa aurait ici le sens plus moderne de cause juridique du droit. Ce ne serait donc plus la condition juridique de l'objet mais la cause du droit du revendiquant, c'est-à-dire l'acte juridique en vertu duquel ce droit existe. Entendez par là, d'après les auteurs modernes, la mancipation qui l'a rendu propriétaire de l'objet, l'héritage qui le lui a donné de son père, ou les autres cas d'acquisition qui sont ses titres de propriété.

Cette interprétation me paraît peu probable pour

beaucoup de raisons. Il me paraît difficile d'abord de donner au mot *causa*, employé dans la même formule, et d'une façon si rapprochée deux sens techniques précis et différents. D'autant plus que le deuxième sens de cause juridique me paraît beaucoup plus moderne que le premier.

D'autre part, et c'est là à mon avis la raison décisive, à cette question posée ne correspondrait pas la réponse : le revendiquant demanderait à son adversaire de présenter ses titres. Pourquoi introduire ici cette condition nouvelle, puisqu'elle ne sera pas satisfaite, car l'adversaire se contente de dire, en guise de réponse, ce qu'il a fait en imposant la vindicta.

Si l'on veut donc trouver à la question un sens satisfaisant, il faut l'interpréter à l'aide de la réponse. C'est de la réponse que va venir la solution : *Jus feci sicut vindictam imposui* : en imposant la vindicta j'ai fait le droit.

Sans chercher davantage, et en nous en tenant au sens littéral, on peut comprendre très simplement la suite du dialogue. Par ce geste et par ces paroles, le demandeur a fait la vindicta; il explique ce qu'il a fait : *Sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*. Et maintenant il affirme qu'en imposant la vindicta il a fait le droit : *Jus feci sicut vindictam imposui*. Le dialogue n'introduit rien de nouveau, et pour conserver à la question sa place dans ce dialogue, nous ne lui ferons rien dire de nouveau.

Nous donnerons alors à *ex qua causa* le sens très simple, et d'ailleurs très latin, de pourquoi, pour quel motif, dans quel but, je te demande de dire pourquoi tu as fait la vindicta ? Voilà la question posée et la réponse est : En imposant la vindicta, j'ai réalisé le droit.

Si nous le prenons dans cette acception très simple, le texte apporte lui-même une confirmation positive au système que je soutiens dans ce cours, car c'est ce système, et lui seul jusqu'à ce jour, qui peut rendre compte, d'une manière simple et satisfaisante, du sens primitif de ces formules, du sens qu'elles pouvaient avoir lorsqu'on les a créées, et ce sens, il y a toutes chances de penser qu'il est représenté par le sens littéral des mots.

On pourrait peut-être objecter que cette explication est trop simple, que son caractère d'évidence lui enlève toute sa portée, car au fond le but de toute formule juridique n'est-il pas de faire du droit ? Est-il nécessaire de le dire ? N'est-ce pas une pure et simple naïveté, que nous prêtons gratuitement aux

rédacteurs de ces formules ?

Je remarque que, si naïveté il y a ^{elle}, se répète continuellement dans la loi des XII Tables et dans les formules qui en sont sorties. Loi et formules répètent à satiété qu'elles font du jus, et chaque fois que ces paroles sont prononcées, cette naïveté met les interprètes modernes à la torture, ils ne savent comment l'expliquer.

Je crois que l'affaire est assez importante pour que nous réunissions ici les textes et que nous essayions de leur trouver une explication commune. C'est la première fois, à ma connaissance, qu'on tente cette réunion et cette explication.

Voici ces textes :

XII Tables, III, I : Aeris confessi rebusque jure judicatis.

V.3 : Uti legassit... ita jus esto.

VI.1 : uti lingua nuncupassit, ita jus esto. Ce texte est celui qui, seul, a été étudié, et qui par conséquent a soulevé le plus de difficultés.

VIII.12 : jure caesus esto.

Voici maintenant dans les formules : Gaius, IV, 16 pour le sacramentum, I.119 pour la mancipatio : ex jure quiritium meum esse aio.

IV.16 : jus feci sicut vindictam imposui.

Et il faut encore ajouter l'expression technique par laquelle on désigne le fait que l'on est devant le magistrat et que les actes que l'on y accomplit sont des actes juridiques, que l'on fera du droit. On dit que l'on va in jus, on dit que l'on est in jure; mot à mot, on va devant le droit, on est devant le droit, pour dire que l'on est apud praetorem.

Il me semble que la conception historique des XII Tables que nous avons essayé d'établir, dans le cours de cette année, nous permet de tenter une explication. Cette explication a son fondement dans la série de termes dans lesquels le mot jus entre en composition : judex, jus dicere, jurisdictio, judicare, judicatum, judicium et judicatio, et ces termes s'opposent vigoureusement à cette autre série qui existe dans les mêmes actes, série que nous sommes en train d'étudier présentement : vindicare, vindex, vindicta, vindicia, vindiciae, vindicare, vindicatio.

Si nous retenons la leçon que nous disent l'ensemble de ces mots, le jus c'est ce que dit le juge, c'est lui qui dit le droit, qui a la juridiction, c'est sur son ordre que l'on juge, qu'est organisé le judicium, qu'a lieu la judicatio, et enfin c'est sous son autorité qu'est créé le judicatum.

J'en conclus que le jus c'est le système juridi-

que qui a été organisé par la cité sous l'autorité du magistrat. Il est né avec l'arbitrage de l'autorité, il s'est développé grâce à cet arbitrage, et en ce sens jus est synonyme de jus civile : c'est le droit de la cité.

Dans le développement infini qu'a pris ce droit, il a fallu distinguer ses différentes sources, comme le fait Papinien (D,I,I,7) et distinguer notamment le droit civil du droit prétorien. Mais le souvenir de l'unité de cette notion n'est pas perdu, puisque dans les Topiques (28) Cicéron appelle jus civile même celui qui provient des édits des magistrats : ut si quis jus civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus judicatis, juris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat : Et de même si quelqu'un dit que le droit civil c'est ce qui se trouve dans les lois, les sénatus consultes, les jugements, l'autorité des jurisconsultes, l'édit des magistrats, les mœurs et l'équité.

Dans cette énumération, Cicéron n'oublie aucune des autorités de la cité de qui peut provenir le droit, il n'oublie même pas le censeur et son regimen morum. Or ce droit civil a été fondé par la loi des XII Tables, c'est ce que nous avons soutenu en prenant davantage qu'on ne l'avait fait avant nous, les témoignages des Anciens au pied de la lettre :

Pomponius, I,I,2 §6 : ex his legibus fluere coepit jus civile : de ces lois le droit civil commença à découler.

Tite-Live III, 34,6 : Fons omnis publici privatique juris : la loi des XII Tables est la source de tout droit public et privé.

Les XII Tables ont fondé le droit en consacrant et en organisant l'arbitrage des autorités de la cité. Ils ne l'ont pas créé ex nihilo. Il est vraisemblable que cet arbitrage avait déjà commencé à fonctionner avant elles et que leur office propre a été surtout de sanctionner et de généraliser ce qui existait déjà. Néanmoins, le fait seul de cette consécration était une grande et féconde innovation.

Les XII Tables ont organisé cet arbitrage en utilisant le droit coutumier antérieur. A notre avis, ce droit coutumier antérieur, ce sont ces manifestations de force rituelle que nous avons essayé de dégager. Elles forment déjà un système juridique, mais autant qu'on peut le savoir, et d'après les noms qu'elles portent, elles n'étaient pas encore qualifiées de jus, de droit. On pouvait, semble-t-il, agir per aes et libram, on mettait les choses et les personnes sous sa main, on pouvait vim dicere, mais ceux qui

mettaient en oeuvre ce système, que nous appelons déjà un système juridique, ne s'étaient sans doute pas encore élevés à une conception générale permettant de qualifier tout le système d'un mot.

Tout au plus a-t-on pu dire que ces manifestations, qui étaient faites dans certaines conditions il était permis de les faire, ou au contraire qu'il était défendu de les accomplir dans certaines autres conditions. Ces manifestations, il était fas de les accomplir, ou nefas, et c'est le sens primitif de ce mot, c'est-à-dire permis ou défendu par les dieux.

La loi des XII Tables marque la transformation qui a été amenée par la création de l'arbitrage. En consacrant le droit coutumier au point de vue du droit civil, elle en change la nature. C'est ce changement en quoi consiste l'innovation que prennent soin d'indiquer loi et formules. Dorénavant les mêmes gestes sont faits, mais ils sont faits ex jure quiritium; en les faisant on accomplit du droit : jus feci sicut vindictam imposui.

Toutes ces manifestations sont faites sous le contrôle et sous la direction du judex, elles sont faites in jure, et c'est ainsi que s'accomplissent les actions de la loi des XII Tables.

Si donc la Loi des XII Tables prend un tel soin de l'indiquer c'est que, à mon avis, dans cette nouvelle conception consistait l'innovation établie par la loi. Bien entendu, cette interprétation devrait être appuyée par une étude plus complète des textes. Il faudrait examiner dans quelle mesure cette interprétation peut s'appuyer sur les conceptions classiques des jurisconsultes, sur le fas, sur le jus, car ils ont beaucoup étudié ces termes et recherché leur sens. C'est une étude dans laquelle nous ne pouvons pas entrer ici.

§ 2 - Le sacramentum.

Le sacramentum
point central
du procès.

Au moment où le prêteur ordonne aux deux parties de lâcher l'objet, les positions sont prises, les droits sont affirmés, le conflit est organisé. Le deuxième acte de l'instance va maintenant montrer comment le conflit pourra être jugé. Ce deuxième acte, c'est le sacramentum.

Reprenons Gaius IV,16, là où nous l'avons laissé : deinde qui prior vindicaverat, dicebat; quando tu injuria vindicavisti, D aeris sacramento te provo-co; adversarius quoque dicebat similiter : et ego te;

scilicet si de re M. aeris plurisve agebatur, D, si de minoris, L asses sacramenti nominabant, deinde, eadem sequebantur quae cum in personam ageretur : Ensuite celui qui avait fait le premier la vindication disait: Puisque tu as fait la vindication à tort, je te provoque au sacramentum de 500 as d'airain, l'adversaire disait aussi à son tour : Et moi aussi je te provoque, ceci s'entend à 500 as s'il s'agissait d'une affaire de mille as ou plus, s'il s'agissait de moins on fixait un sacramentum de 50 as. Venaient ensuite les mêmes formalités que dans le sacramentum in personam.

La prononciation du juge sur le caractère justum ou injustum du sacramentum.

Nous remarquerons tout d'abord en ce qui concerne le jugement à porter sur les deux prétentions contradictoires, que le sacramentum était véritablement le noeud du procès, car tout ce qu'on sait sur lui, d'une manière sûre, c'est que le rôle du juge chargé de juger le procès sera de dire si le sacramentum de chaque plaideur est justum ou injustum.

Cicéron, Pro Domo, 29,78 : Si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent : Si les decemvirs avaient jugé injuste le sacramentum selon la liberté.

Pro Caecina, 33,97 : Sacramentum justum judicavero : Il avait jugé le sacramentum juste.

L'opinion générale est que le juge ne décidait pas autre chose. Certains auteurs ont prétendu cependant que son rôle ne s'arrêtait pas là et que le juge condamnait aussi le défendeur à la restitution de la chose elle-même, quand c'était le sacramentum du possesseur qui était reconnu injustum (Voir par exemple M. Giffard, Leçons de procédure civile, p. 41). C'est une controverse célèbre et difficile, qui repose sur l'interprétation d'un texte capital de Gaius, mais dont l'établissement du sens est douteux.

Gaius, IV, 48, pose pour la procédure formulaire, le principe de la condamnation pécuniaire : judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat : Le juge ne condamne pas à la somme elle-même celui avec qui on plaide, comme il était d'usage de le faire autrefois, mais la chose étant estimée, il condamne à une somme d'argent.

Cette controverse est trop grave pour qu'on puisse la trancher en passant. Néanmoins je ferai observer que ce texte n'est pas assez sûr pour permettre d'affirmer que le juge du sacramentum avait le pouvoir de condamner directement à la chose elle-même, car s'il avait eu ce pouvoir, d'une part, tout l'équilibre de la procédure serait détruit, et l'on ne ver-

rait plus quel était le sens du sacramentum. La comparaison de Gaius nous paraît d'ailleurs particulièrement mal choisie, car le juge du sacramentum ne condamne pas à la chose ni à son estimation, il dit que le sacramentum est *justum* ou *injustum* et par là, grâce aux *praedes litis* et *vindictiarum*, comme nous allons le voir, la restitution de la chose elle-même est assurée.

Le résultat du sacramentum est donc bien la restitution de la *res ipsa*, mais la forme que prend cette action n'est certainement pas la condamnation par la juge à une somme d'argent et elle n'est pas davantage la condamnation à l'*ipsa res*.

Le sacramentum dans la procédure laïcisée des actions de la loi.

Quoi qu'il en soit, le sacramentum est le point central du procès. Dans la procédure sécularisée des actions de la loi que nous connaissons, le sacramentum est une espèce de pari : les parties déposent, et plutôt promettent un enjeu de 50 ou de 500 as, suivant l'importance de leur affaire. Ils risquent ainsi cette somme pour prouver leur bon droit et celui dont le sacramentum est déclaré *injustum* perd son enjeu, qui est acquis au trésor public.

Le risque est assez lourd, si l'on songe que pour une affaire de mille as il faut en aventurer 500. Gaius IV,13 : *Eaque actio proinde periculosa erat falsi.... nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine, aequae in publicum cedebat* : Cette action était périlleuse pour le fonds, car celui qui succombait payait à titre de peine, la somme du sacramentum et celle-ci était versée au trésor public.

La physionomie primitive du sacramentum. Son caractère religieux. Le sacramentum n'est-il qu'un serment?

Les interprètes modernes sont tous d'avis que cet enjeu, ce pari purement laïque n'était pas la physionomie primitive du sacramentum. Le pari n'est que le résidu d'une institution dont le caractère religieux a disparu avec la sécularisation du droit, mais l'origine religieuse du sacramentum est attestée d'une manière certaine par son nom : *sacramentum a sacro*, dit Varron (*Lingua Latina*, 5,180).

Mais en quoi consiste ce caractère religieux ? L'opinion dominante dans la littérature du droit romain suit encore l'hypothèse émise par Danz : *Der sacrale Schutz* (P. 151 à 221); cette opinion est notamment suivie par Karlowa : *civilprozess* (p. 14-35); Cuq, *Institutions* (I,145), Girard, *Manuel* (p. 1047) et beaucoup d'autres. Cependant les nouveaux auteurs notamment Monier, sont d'un avis différent.

Le caractère religieux de l'acte primitif résiderait dans un serment qui aurait été prononcé par les parties et soutenu par l'enjeu de 50 ou 500 as. Il paraît bien en effet que l'acte comportait un ser-

ment : Festus V° sacramentum : Sacramentum dicitur, quod jurisjurandi sacratione interposita actum est : Le sacramentum est ainsi appelé de ce qu'il est accompli en faisant intervenir la consécration du serment.

Girard voit dans ce serment l'essentiel de l'acte et en même temps le détour grâce auquel la compétence du magistrat aurait été créée. C'est, dit-il, un expédient inventé par l'ingéniosité privée pour forcer le roi, chef civil et religieux, à statuer sur les litiges privés, sous couleur de délits religieux. L'une des deux parties a donc nécessairement fait un faux serment, ce faux serment est une offense à la divinité; le roi représentant du dieu est obligé de juger cette offense et de la punir, et voilà pourquoi l'office du juge est de déterminer le sacramentum injustum et le sacramentum justum.

Vous reconnaissez ici l'explication favorite de Girard. Pour lui le caractère spécial de toutes ces procédures primitives s'explique le plus souvent par une fiction, par un expédient, par une malice juridique.

J'ajoute que cette explication ne me paraît pas meilleure ici que celle que nous avons déjà rencontrée et combattue. Je vois mal les Romains de l'époque royale employant le parjure à titre de malice juridique. A la rigueur pourrait-on l'admettre pour le Romain des derniers siècles de la République, que l'abus des rites a rendu sceptique et, qui par ailleurs est rompu aux subtilités juridiques par la nécessité qu'a senti le magistrat de remplacer le droit ancien formaliste par un droit nouveau d'équité, tout en ayant l'air de respecter le droit ancien.

Mais au début même du droit, au moment où les rites ont leur valeur sacrée, cet abus sacrilège me paraît impossible. De plus il est inutile. Comme l'a très bien fait remarquer M. Giffard, dans ses Leçons de procédure civile (p. 30 note 3) le magistrat est déjà saisi avant le sacramentum. Quand il a donné l'ordre aux deux parties de lâcher l'objet : Mittite ambo hominem, le magistrat a mis fin à la vindicta, il a pris l'affaire en mains.

Nous pensons donc que, d'après le témoignage de Festus, le sacramentum était accompagné d'un serment, mais on peut penser que le serment n'était pas tout le sacramentum primitif, n'en était même pas la partie essentielle. Quelques indices permettent de le dire avec une certaine vraisemblance.

D'abord le nom même de sacramentum, qui n'a pas pris dans la littérature romaine le sens de serment judiciaire. Le terme technique du serment fait devant

L'étymologie
du mot sacra-
mentum dési-

gnant un
sacrum.

le magistrat est *jusjurandum*. *Sacramentum* a *sacro*, dit Varron. Ce n'est que par une sorte de calembour que Festus parle de la consécration du serment. *Sacramentum* vient en effet de *sacrum*; *sacrum* c'est ce qui est consacré, ce qui appartient aux dieux, par opposition à ce qui est *profanum*, qui appartient aux humains.

Dans l'action définitive que nous décrit Gaius, l'enjeu de 50 à 500 as n'est pas immédiatement versé. Il sera payé au trésor public par celui dont le *sacramentum* est déclaré *injustum*. Le paiement en sera garanti par les *praedes sacramenti*, que va fournir chacun des plaideurs. Mais c'est une transformation : d'après le témoignage de Varron la somme a d'abord été versée.

Varron, de *Lingua latina*, V; 180 : *Ea pecunia, quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui inficiabatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assum, qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat.*

Mommsen (*Droit public*, III, 74 note 3) pense que dans ce texte il faut lire *pontificem*, au lieu de *pontem*.

Cette somme d'argent qui vient en jugement dans le procès est appelée *sacramentum*, du nom de ce qui est consacré. Le demandeur et le défendeur déposaient auprès des pontifes, pour certaines affaires tous les deux 500 as, pour d'autres affaires un nombre d'as fixé par la loi. Celui qui est vainqueur dans le jugement retirait son *sacramentum* de la consécration, le *sacramentum* du vaincu allait dans le trésor public.

Ainsi la somme était déposée effectivement soit auprès des pontifes, si l'on admet la correction de Varron, soit au pont, c'est-à-dire au pont *Sublicius*, si l'on conserve le texte, et les deux choses reviennent au même, car le pont *Sublicius* était sous la garde des pontifes et c'est même de ce pont qu'ils ont tiré leur nom de *pontifex*, faiseur de ponts.

Si nous en croyons Varron, le *sacramentum* c'est la *pecunia*, c'est cet argent qui est un *sacrum*, et Festus confirme cette étymologie (p. 341) : *sacramentum aes significat quod poenae nomine penditur* : Le *sacramentum* désigne l'argent qui est payé à titre de peine.

Voilà deux témoignages dont on ne tient pas assez compte lorsqu'on dit purement et simplement que *sacramentum* veut dire serment. Et cet argent a si bien conservé le caractère d'une chose consacrée aux dieux que, alors même que l'action de la loi est devenue pu-

rement laïque, on continue à employer cet argent à des sacrifices. Festus nous le dit dans le même texte: *consumebatur id in rebus divinis*.

Le S. originai-
re en têtes de
bétail. Conjec-
ture de M.H.
Lévy Bruhl sur
l'affectation
de ce S; à un
sacrifice

propitiatoire
pour trancher
les prétentions
contradictoires.

Mais ce n'est pas tout. Cet *aes sacrum*, cette somme d'argent consacré ne représente pas encore l'état primitif. Dans l'état primitif, le *sacramentum* ne consistait pas en une somme d'argent, mais en têtes de bétail, boeufs ou moutons. Cicéron parle d'une loi, qui serait à peu près contemporaine des XII Tables et qui aurait transformé le *sacramentum*.

De Republica, II, 35, 60 : De multae sacramento Spurius Tarpeius et Aulus Aternius consules comitiis centuriatis tulerunt : Les consuls Spurius Tarpeius et Aulus Aternius, portèrent devant les comices centuriates une loi au sujet du *sacramentum* d'amende d'argent. Un peu plus tard, dit le même texte, la même mesure fut étendue à toutes les amendes, qui dorénavant ne furent plus, comme par le passé, prononcées en têtes de moutons et de boeufs, mais transformées en argent.

Voilà donc l'état primitif. Ce qui est *sacrum*, ce qui est consacré aux dieux, ce sont les animaux de sacrifice, boeufs ou moutons. Ils étaient consacrés aux dieux, c'est-à-dire l'objet d'un *sacrificium*. Le mot *sacrificium* désigne tout acte par lequel un objet ou un être devenait propriété exclusive de la divinité, *sacer* ou *sacrum*. *Sacrificium* veut dire *sacrum facere*.

C'est cet acte qui a donné le nom à toute l'action. C'est que par ce sacrifice elle atteignait son point culminant, le point qui apportait la décision.

Il faut bien reconnaître que cette analyse des textes nous conduit comme par la main à une conjecture qui est susceptible de jeter sur tout le *sacramentum* une lumière beaucoup plus profonde que l'idée de serment considéré comme un expédient juridique destiné à fixer la compétence du roi. C'est une conjecture, en ce sens que nous ne sommes pas autorisés par un texte formel à dire que c'est un fait prouvé, mais c'est une conjecture extrêmement vraisemblable.

Accompagné ou non d'un serment, nous faisons donc la conjecture que le *sacramentum* primitif était avant tout un sacrifice. Dans les diverses catégories de sacrifices usités par les Romains, nous rangerons celui-ci parmi les sacrifices propitiatoires, destinés à attirer la protection des dieux à qui est offert le sacrifice. L'autre grande catégorie de sacrifices est le sacrifice expiatoire, destiné à apaiser la colère du dieu.

Dans l'hypothèse de la justice privée, qui est

comme nous l'avons vu, celle à laquelle se rallient tous les auteurs pour expliquer les actions de la loi, les deux manifestations de force rituelle ont abouti à une impasse, elles sont contradictoires et elles sont de même efficacité, puisque l'une d'entre elles n'est l'oeuvre ni d'un vindex, ni d'un adsertor, ni d'un auctor. Il n'y a plus d'issue humaine à la difficulté; ce sera donc la divinité que l'on invoquera pour départager. Chacune des deux parties fait appel au dieu par son sacrifice et le dieu donne sa réponse. On la trouvera, suivant l'usage universel des sacrifices romains, dans l'examen des exta, suivant le rite de la science étrusque, des haruspices. Les exta ce sont les viscères, les entrailles de la victime qui vient d'être immolée et que l'on examine suivant les règles pour y trouver la réponse favorable ou défavorable de la divinité.

Cette conjecture a été émise par M. Henri Lévy-Bruhl, dans une note de son étude sur la formule vindicatoire (p. 109 note 3, dans "Quelques problèmes du très ancien droit romain"). Grâce à cette conjecture, non seulement le système de la justice privée forme un ensemble assez complet de protection du droit, mais on peut voir comment, sur ce système, a pu se développer la juridiction d'Etat. La genèse de la juridiction d'Etat est établie d'une façon beaucoup plus rationnelle et plus profonde que par l'hypothèse d'une procédure juridique à titre d'expédient. Le roi, chef de la cité, est en même temps le représentant du dieu protecteur de la cité, il en est l'interprète naturel, c'est donc lui qui interprétera le plus souvent les signes et qui lira dans les entrailles de la victime la réponse divine.

Ainsi s'est établie, d'une façon toute naturelle sa compétence juridique. L'instrument est créé, il suffit d'un certain progrès de la raison et de la logique juridique pour que le jugement, change de nature, et au lieu d'être basé sur la science des haruspices, il sera basé sur l'examen de l'affaire elle-même. A ce moment-là le droit est créé. La sécularisation de la magistrature, l'organisation du procès suivant les règles des XII Tables ne font que confirmer et assurer cette juridiction en la laicisant, mais elle conserve la trace éclatante de son origine.

§ 3 - Les vindiciae et les praedes litis

et vindiciarum.

L'attribution de la possession de la chose pendant le procès à une des parties moyennant fourniture de praedes.

Nous arrivons au dernier acte de l'instance in jure : les parties se sont provoquées au sacramentum, il faut que celui-ci soit examiné in judicio par le juge, mais en attendant que va devenir la chose en litige ? Reprenons notre guide :

Gaius IV,16: postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituerebat, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat: Ensuite le préteur disait les vindiciae selon l'un des plaideurs, c'est-à-dire qu'il le constituait possesseur provisoire et qu'il lui ordonnait de donner des praedes du litige et des vindiciae, c'est-à-dire de la chose et des fruits. Le préteur recevait lui-même des deux parties des praedes du sacramentum, parce que celui-ci tombait dans le trésor public.

Nous remarquons ici aussi que pour Gaius le sacramentum c'est bien la somme d'argent.

Nous étudierons d'abord les vindiciae et ensuite les praedes litis et vindiciarum.

I- Les vindiciae. Il nous reste maintenant à expliquer le dernier terme de la série que nous avons vu naître de vindicare. Vindiciae au pluriel et vindicia au singulier sont employés par les textes.

Les deux sens de vindiciae d'après Gaius.

D'après le passage de Gaius que nous venons de citer, vindiciae aurait deux sens : dicere vindicias secundum aliquem signifierait : attribuer la chose en litige à l'un des deux plaideurs, c'est-à-dire le constituer possesseur intérimaire. Mais, d'après la seconde explication, lis serait la chose elle-même et vindiciae les fruits, et cette seconde explication est répétée deux fois : IV, 94 : praedes qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur: les praedes pour le litige et les vindiciae, c'est-à-dire pour la chose et les fruits, étaient données autrefois lorsqu'on agissait par les actions de la loi par le possesseur au demandeur.

Il est difficile, devant cette répétition, de dire, comme le fait M. Giffard (Leçons de procédure

civile, p. 39) que nous sommes en face d'une glôse. Néanmoins on admettra que vraisemblablement vindiciae ne peut pas vouloir dire fruits, pas plus que la lis n'est la res.

Le sens de vindiciae d'après Festus.

La première explication est plus difficile à écarter, d'autant plus qu'elle est répétée de façon concordante par Festus et attribuée par lui à des autorités. Le texte de Festus est très gâté et incomplet il se trouve au mot vindiciae: Vindiciae appellantur res eae de quibus controversia est; on appelle vindiciae ces choses sur lesquelles il y a procès.

Puis Festus invoque le témoignage de Cincius: De quo verbo Cincius sic ait: "Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatæ erant: Sur ce mot, Cincius dit: Autrefois on appelait vindiciae les choses qui étaient prises du fonds et qui étaient apportées en justice.

Enfin, une phrase très gâtée sur le même sujet se termine par ab eo quod vindicatur: de ce que la vindicatio est faite.

Si l'on accepte cette étymologie, les vindiciae seraient donc les choses elles-mêmes sur lesquelles la vindicatio a été faite, les choses qui ont été l'objet de la vis dicta. Ce sens apparaît notamment d'une façon caractéristique dans le deuxième texte, où les vindiciae seraient précisément les parcelles apportées en justice prises du fonds.

Cette signification donne un sens d'ailleurs raisonnable. Aussi bien peut-on dire: attribuer les choses qui ont été l'objet de la vindication, conformément à l'un des deux plaideurs; de même qu'on peut dire que les praedes sont les praedes du procès et des choses qui ont été l'objet de la vindication.

Le sens de vindicia d'après Aulu-Gelle.

Mais si nous en croyons Aulu-Gelle, vindicia, au singulier, aurait une autre signification. Aulu Gelle, 20.10: Vindicia id est correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex duodecim tabulis fiebat: la vindicia, c'est-à-dire l'appréhension manuelle est faite sur la chose et sur le lieu même, en présence du préteur, d'après les XII Tables.

Aulu-Gelle vient d'expliquer que conserere manum c'est prendre avec la main, en même temps que l'adversaire, et faire la vindicatio sur la chose avec toutes les paroles convenables. On voit que vindicia au singulier aurait le même sens que vindicatio. Ce terme, à mon avis, serait alors la désignation plus ancienne que le mot vindicatio, de l'acte de vindicare.

Faut-il donc dire, comme le fait Ernout (Dictionnaire étymologique de la langue latine, au mot vindex).

que le sens est au singulier de vindicatio et qu'au pluriel vindiciae désigne les choses sur lesquelles se fait la vindicatio ? Ou dire plutôt, comme M. Giffard (p. 32) que le premier est le sens primitif, et le second le sens dérivé ? Je laisse la question en suspens.

II. Praedes litis et vindiciarum.- Quoi qu'il en soit, en disant les vindiciae, selon l'un des deux plaideurs, le préteur lui remet la possession intérimaire de l'objet en litige. Il semble, d'après la façon dont Gaius parle: secundum alterum eorum, que le préteur n'est pas tenu par une règle impérative dans le choix de celui auquel il remet la possession.

La liberté du choix d'attribution pour le magistrat.

Depuis Ihering (Fondement de la protection possessoire, p. 62), l'opinion traditionnelle est de l'avis que le préteur a la liberté du choix. Cette liberté est seulement enlevée au préteur lorsqu'il s'agit d'un procès en liberté: il doit dire les vindiciae secundum libertatem, et lorsqu'il s'agit d'un procès avec le peuple, il doit dire les vindiciae secundum populum.

Cette liberté du choix correspond bien au caractère primitif que nous reconnaissons à cette action, étant donné que, d'après sa structure, elle ne s'occupe que du présent: du moment que le préteur a écarté les vindictae de l'un et de l'autre plaideurs, aucun n'a plus de droit à la chose que l'autre, ils en sont tous les deux dépossédés.

La fourniture des praedes pour assurer la restitution.

Cependant, en remettant la chose au possesseur, le préteur lui ordonne de fournir des praedes litis et vindiciarum. Ce sont eux qui doivent assurer la restitution de l'objet en litige, si le sacramentum du possesseur est déclaré injustum.

De même, depuis que l'enjeu du sacramentum n'est plus déposé, ce sont des personnages de même nature, des praedes sacramenti qui assurent le paiement à l'Etat de la somme de 50 ou 500 as. Tout le monde est d'accord sur ces deux points: ce sont les praedes qui assurent la restitution.

Mais l'accord est complètement détruit, quand il s'agit de déterminer le mécanisme en vertu duquel les restitutions sont assurées; lorsqu'il s'agit de caractériser la nature juridique des praedes, les auteurs ne s'entendent plus.

C'est que nous avons encore moins de textes pour eux que pour le vindex et pour l'adsertor, et ces textes sont encore moins probants.

Absence d'obligation personnelle à la charge

Il est un point sur lequel l'avis est général. On admet assez volontiers que le possesseur n'est personnellement obligé à rien. Personnellement, il ne s'est pas plus engagé à restituer l'objet du litige

du possesseur.

qu'à verser la somme du sacramentum, il n'a rien promis. Le prêteur lui a remis la res, lui a permis de provoquer l'autre au sacramentum, à condition qu'il fournira des praedes. Il vient de le faire. Si son sacramentum est déclaré injustum, il n'est pas judicatus pour cela; sa situation ne change pas, il n'est pas plus obligé qu'avant.

Les dissentiments sur la nature des praedes et la forme de leur engagement et envers qui il est pris. Rapprochement avec les praedes de droit public.

Mais que sont ces praedes ? La réponse est en général la même que pour le vindex et pour l'auctor: ce sont des garants, ce sont des cautions, ce sont eux qui s'engagent à la place du possesseur intérimaire, et pour lui, à restituer l'objet, à payer le sacramentum. Mais l'accord ne va pas plus loin que le principe. Pour ce qui est de son application, les systèmes varient avec les auteurs, et ils sont tout aussi arbitraires les uns que les autres. Faute de textes, le système dépend de l'ingéniosité de chacun.

Ce qui vient compliquer et obscurcir la question, c'est que le droit romain a connu d'autres praedes que les praedes litis et vindiciarum et les praedes sacramenti. Tout adjudicataire de marché public, tout soumissionnaire de travaux pour l'Etat doit fournir des praedes. Ceux-ci ont existé plus longtemps que les praedes litis et vindiciarum; l'usage s'en est maintenu jusqu'à la fin de la République, mais on ne sait pas plus pour eux que pour les premiers comment fonctionnait le mécanisme de l'institution.

C'est ainsi que l'on discute sur le point de savoir envers qui les praedes étaient engagés. Gaius, à trois reprises (IV.13, 16 et 94) nous dit que les praedes litis et vindiciarum étaient donnés à l'adversaire, tandis que le prêteur recevait les praedes sacramenti. Il y a donc des auteurs qui pensent que l'engagement des praedes litis et vindiciarum était un engagement privé, contracté envers l'autre plaideur. Mais pour la plupart des auteurs, l'engagement des praedes, même des praedes litis et vindiciarum, était fourni à l'Etat représenté par le prêteur.

Mais la plus grande difficulté vient surtout de découvrir l'acte juridique en vertu duquel le praes est engagé. On ne peut pas dire qu'il faisait une sponsio, il est certain qu'il n'en faisait pas. Varron, Lingua Latina, VI, 74: Sponsor et praes et vas neque idem: le sponsor, le praes et le vas, ce n'est pas la même chose.

Lorsque, dans la revendication, la procédure du sacramentum a été remplacée par la procédure per sponsonem, on a créé une situation calquée sur celle des praedes, par une stipulation, la satisdatio pro praede litis et vindiciarum. Dans cette satisdatio, le pos-

sesseur promettait la restitution et cette promesse était garantie par des cautions. Mais c'est une situation nouvelle, qui est la preuve qu'antérieurement il n'y avait pas de stipulation.

Et c'est ici que nous devons faire intervenir le seul renseignement positif qui soit donné sur les *praes* des. Il nous est d'autant plus précieux qu'il est unique. Il est, il est vrai, donné pour les *praedes* de droit public, mais il vaut évidemment pour les autres.

Varron, *Lingua Latina*, VI, 74: *Itaque praes, qui a magistratu interrogatus, in publicum ut praes siet; a quo et cum respondet, dicit: "praes".* C'est ainsi que le *praes* qui est interrogé par le magistrat, pour qu'il assume la responsabilité à l'égard du peuple, lorsqu'il lui répond lui dit "*praes*" (je suis le *praes*).

Festus, 223.9: *Praes est is qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu si praes sit, ille respondet: praes: Le praes est celui qui s'oblige à l'égard du peuple; interrogé par le magistrat s'il est praes, il répond: je suis praes.*

Voilà la source des difficultés, mais en même temps, à mon avis, ces textes nous apportent la solution. Si l'on ne peut savoir envers qui ni comment le *praes* s'engage, c'est qu'à mon avis il ne contractait aucune obligation; dans cette interrogation et dans cette réponse, il n'y a pas matière à une obligation; le *praes* ne promet rien, il ne s'engage à rien, il dit seulement qui il est.

Comme l'a très bien vu Perozzi - et il est le seul - dans un article publié dans les *Mémoires de l'Académie des Sciences de Bologne* (1916, p. 68 et ss.) intitulé: "*Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*", il assume, par cette simple déclaration qu'il est le *praes*, une condition juridique qui se présente comme un état personnel.

Nous connaissons alors sa nature: le *praes* est un personnage du droit préhistorique, comme le *vindex*, comme l'*adsertor*, comme l'*auctor*. Nous savons que l'état d'*auctor* est révélé, lui aussi par une interrogation suivie de la réponse: *Auctor sum*. Le *praes* est un de ces personnages préhistoriques qui ne peut être adapté aux conceptions du droit civil, et qui survit pendant un certain temps dans ce droit, avant de disparaître devant les moyens nouveaux. Il fait partie du groupe des fondateurs de droit. Ce sera lui qui assumera la charge d'exécuter la volonté du dieu lorsque le sacrifice aura révélé sa volonté. Si le sacrifice de son client est repoussé, c'est lui qui rendra l'objet en litige à l'adversaire, comme l'*adsertor*.

Festus et Varron. L'état de *praes*; absence d'engagement. Le *praes* fondateur de droit (cf. le *vindex*, l'*adsertor*, l'*auctor*). Sa transformation en obligatus par suite de l'arbitrage obligatoire.

est celui qui rendra l'esclave à qui il a donné la liberté. Mais on ne peut pas parler pour lui d'exécuter une obligation. En opérant cette restitution, il exerce une prérogative, il exerce un droit comme le vindex et comme l'auctor, comme plus tard le juge en rendant le jugement.

La création de l'arbitrage obligatoire, l'intervention du juge et la sécularisation du droit transforment sa situation. Depuis qu'il y a un juge, il devient justiciable, et sa responsabilité civile est créée. A partir de ce moment on peut dire, comme le dit Festus, qu'il est obligatus. Il en est de même de l'auctor et du vindex: ils sont responsables devant la justice, donc responsables civilement, mais ce n'est pas par suite d'un engagement à titre de caution.

Comment est organisée cette responsabilité ? Quels sont, d'une part, les moyens que donnait la loi au praes de contraindre le possesseur à rendre l'objet et les fruits ? Nous ne le savons pas plus que les moyens qu'avait le gagnant du procès de le forcer à les rendre.

Pour le premier cas, il me semble qu'il n'est pas plus nécessaire pour lui que pour le vindex de supposer que la loi lui donnait des moyens de contrainte contre son client. Il devait les tenir suffisamment de sa situation personnelle vis-à-vis de celui-ci. Les rapports entre le praes et celui à qui il a accordé son office, pas plus que les rapports entre le vindex et le judicatus, ne paraissent avoir été des rapports de droit civil.

Quels sont les droits, maintenant, que le gagnant du procès avait contre lui ? Cela encore ne nous est pas dit. D'après l'opinion commune, si la restitution n'est pas effectuée par le praes le gagnant a le droit de faire directement contre lui la manus injectio. Ceci est possible, mais rien ne nous le prouve et le praes n'est pas un judicatus.

Ce qui nous intéresse, c'est d'avoir reconnu en lui une nature analogue à celle du vindex, de l'adsertor et de l'auctor et d'avoir apporté une pierre de plus à cet édifice du droit préhistorique que nous efforçons de construire et dont l'assise la plus solide, ne l'oublions pas, reste toujours le vindex.

Notre étude est achevée, au moins en ce qui concerne les caractéristiques essentielles du sacramentum que nous désirions mettre en lumière. L'action est en état dans la procédure organisée par les actions de la loi. Il ne reste plus qu'à nommer le juge qui va examiner le fond des choses, pour dire si le sacramentum est justum ou injustum.

La nomina-
tion du juge.

Gaius nous dit (IV, 15) que le juge n'est pas nommé tout de suite par le préteur. Depuis une loi Pinaria, dont la date est ignorée, un nouveau délai de trente jours s'ouvre, au bout duquel les plaideurs revenaient in jure. Le juge était désigné, l'instance in judicio était organisée, la preuve était apportée au juge de la façon la plus moderne et la plus raisonnable, sans que dans cette partie du procès il y ait trace de formalisme. C'est une preuve, à mon avis, et une preuve topique, que l'organisation du judicium a été faite toute entière par le droit nouveau, par le droit des XII Tables et n'existait pas avant lui dans le droit des manifestations rituelles. Le judicium appartient à une conception totalement différente.

Chapitre XI

LA JUDICIS POSTULATIO.

Indications
fournies sur
la J.P. par
le nouveau
Gaius.

Ce chapitre sera très court, car il nous faut arriver à l'étude de l'auctoritas, qui sera la conclusion de tout le cours de cette année. La judicis postulatio d'ailleurs, malgré son intérêt, n'entre pas directement dans les préoccupations qui nous ont guidés jusqu'ici.

On sait que le palimpseste de Vérone, après les passages où était exposé le sacramentum in rem, contenait une lacune de 48 lignes, par suite de la perte d'un feuillet. C'était dans ce feuillet qu'était exposée la judicis postulatio. On ne connaissait donc plus guère que le nom de l'action. On supposait qu'elle datait des XII Tables, mais on en était réduit à des conjectures sur la forme de l'action et sur son domaine.

La découverte, en 1933, du papyrus du Caire, où se trouvaient des passages nouveaux de Gaius, a changé cette situation, car le papyrus rétablit en partie le feuillet perdu. A la suite du sacramentum in rem, Gaius traitait de la judicis postulatio, puis de la condictio. Ce passage récupéré peut être trouvé dans la 6ème édition des textes de Girard (p. 325-a). Il donne des renseignements précieux et nouveaux.

Emploi de
la J.P. dans
les cas déter-

I. Domaine de la judicis postulatio.- Gaius pose le principe que la judicis postulatio était employée toutes les fois que la loi l'avait ainsi décidé: Per

minés par la loi. Son application en matière de sponsio et de partage.

judicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex jussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur: on agissait par judicis postulatio lorsque la loi avait décidé, à propos d'une affaire déterminée, qu'on agirait ainsi. Par exemple, la loi des XII Tables, au sujet de ce qui est demandé par stipulation.

Le sacramentum était l'action générale, la judicis postulatio n'était employée que dans les cas prévus par la loi. Le texte confirme ce que l'on pensait, à savoir que la judicis postulatio existait dans la loi des XII Tables, mais la plus grande révélation qu'a apportée le nouveau texte, c'est que la judicis postulatio était employée quand on plaidait sur une sponsio, et même sur une sponsio de pecunia certa, où le sacramentum in personam aurait pu servir, car le juge n'a pas besoin de faire ici une estimation, il suffit qu'il dise que le sacramentum était justum ou injustum pour que la pecunia certa puisse être réclamée.

Les autres cas d'application de la judicis postulatio étaient déjà devinés par la doctrine. L'opinion commune, en effet, était que les actions familiae erciscundae et communi dividundo étaient exercées jadis par voie de judicis postulatio. Gaius confirme expressément cette conjecture: c'est la loi des XII Tables qui le décide pour la première, l'action en partage d'hérédité, et la loi Licinia pour le partage d'indivision.

Description de la procédure par Gaius pour le cas de sponsio. Indication de la cause de l'action.

II. Formes de l'action.- Le modèle de l'action nous est donné par Gaius à propos de la sponsio: eaque res talis fere erat: qui agebat sic dicebat: "ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio: id postulo aias an negas"; adversarius dicebat "non oportere" actor dicebat: "quando tu negas, te praetor, judicem sive arbitrum postulo uti des" "taque in eo genere actionis sine poena quisque nega..." Itaque, nominata causa ex qua agebatur, statim arbitri petebatur: Celui qui agissait parlait ainsi: J'affirme que d'après ta sponsio tu dois me donner 10.000 sesterces. Je demande si tu le reconnais ou si tu le nies. L'adversaire disait ne pas devoir. Le demandeur disait: Puisque tu nies, toi prêteur, je te demande de donner un juge ou un arbitre. Ainsi dans ce genre d'action on pouvait nier sans s'exposer à une poena... et ainsi la cause du droit en vertu de laquelle on agissait étant nommée, l'arbitre était demandé sans délai.

On remarquera que cette action est causée. La cause juridique qui lui donne naissance est indiquée ex-

pressément dans la formule: ici c'est la *sponsio*. L'exemple donné par la formule comme type d'action est la stipulation d'une certa pecunia. C'est la nouveauté la plus considérable apportée par le texte. Jamais les auteurs n'auraient pu envisager que la stipulation, et surtout la stipulation certae pecuniae, aurait pu être sanctionnée par la *judicis postulatio*, avant de l'être par la *legis actio per condictionem*.

Certains auteurs étaient d'avis que, comme les textes que nous avons de la loi des XII Tables ne parlaient pas de la *sponsio*, la *sponsio* n'était pas encore sanctionnée civilement à l'époque des XII Tables (Voir par exemple Girard, Manuel, 1929, p. 516) et Cornil (Ancien droit, 1930, p. 93) qui dit: "Le sponsor est une variété de caution qui, vraisemblablement, n'a fait son apparition qu'après les XII Tables, car dans les maximes qui sont rattachées à cette loi, il n'y a aucune allusion à la *sponsio*".

Cuq (Manuel, p. 417, note 1), croyait que la *sponsio* avait été sanctionnée seulement par la *legis actio per condictionem* lorsqu'il s'agissait d'une pecunia certa en vertu de la loi Silia, lorsqu'il s'agissait d'une certa res en vertu de la loi Calpurnia.

Dans cette opinion, comme dans celle qui pensait que la stipulation avait pu être sanctionnée par le *sacramentum in personam*, on faisait difficulté pour admettre, dès l'époque des actions de la loi, la validité de la stipulation d'un incertum, car, disait-on, le juge qui ne se prononce que sur le *sacramentum*, ne pouvait pas reconnaître la dette d'un incertum. Cette stipulation, sous la procédure formulaire, était sanctionnée non pas par la *condictio*, mais par une action spéciale, l'action *ex stipulatu*, qui paraissait être une action nouvelle.

Le témoignage de Gaius lève toute objection. La stipulation d'un incertum est possible dès les actions de la loi, car dans la *judicis postulatio* l'action est causée, la stipulation est indiquée comme dans l'action *ex stipulatu* de la procédure formulaire. Le fait que le juge est chargé directement d'examiner les faits rend son office effectif, même dans le cas d'incertum. C'est cet aspect de la question qui nous intéresse le plus.

Nous constatons donc que la loi des XII Tables, à côté des actions où elle reste attachée aux anciennes formes de la justice privée, qu'elle transforme, a créé aussi des actions d'un type entièrement nouveau, et qui est le type de la justice moderne.

La loi s'affranchit du cérémonial, des manifestations rituelles des vindicationes, et elle va directe-

La stipulatio
d'un incertum.

Création par
la loi des
XII Tables à
côté de la
transformation
des anciennes
actions de jus-
tice privée,
d'actions d'un
type nouveau.

ment au but qui est celui du jus civile: sur la demande des parties, le magistrat donne le juge qui sera chargé sans détour de l'examen de l'affaire elle-même et qui rendra sa sentence directement sur cette affaire. L'autorité arbitrale assume franchement son rôle, et c'est la conception moderne de la justice qui apparaît.

Chapitre XII

L'AUCTORITAS DANS LES XII TABLES.

Les plus anciens témoignages sur l'emploi du mot auctoritas dans Cicéron (XII T.) et Aulu-Gelle (Loi Atinia).

Ce chapitre sera le dernier du cours, et nous ne nous écartons pas de notre sujet, car il s'agira encore de l'étude des textes des XII Tables. Les recherches que nous avons entreprises peuvent seules nous permettre de retrouver la véritable nature de l'auctor dans la mancipation. L'auctor est pour nous un personnage analogue au vindex, à l'adsertor et aux praedes. C'est un fondateur de droit.

Nous ne ferons pas ici une étude spéciale de la mancipation. Nous la supposons connue. Nous n'en dirons que ce qui est nécessaire pour comprendre l'auctor.

Le mot auctoritas figure dans trois textes de Cicéron citant les XII Tables, et dans un texte d'Aulu-Gelle citant la loi Atinia. Voici ces textes:

Cicéron, Topiques, IV, 23: Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam sedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum, quarum annuus est usus: Parce que l'usus auctoritas du fonds est d'une durée de deux ans, il en est de même des maisons. Pourtant la loi ne les nomme pas et elles sont parmi les autres choses dont l'usage est d'un an.

Pro Caecina, 19.54, sur le même sujet: Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium at utimur eodem jure in aedibus quae in lege non appellantur: La loi ordonne que l'usus et auctoritas du fonds soient d'une durée de deux ans, mais nous usons pour les maisons du même droit quoiqu'elles ne soient pas nommées par la loi.

De Officiis, I.12.37: Hostis enim apud majores nostros is dicebatur quem nunc peregrinum dicimus. Indicant XII Tabulis: Aut status dies cum hoste; item-

que: adversus hostem aeterna auctoritas: L'ennemi pour nos anciens, était celui que nous appelons maintenant pérégrin, ce qui est indiqué dans les XII Tables par ces mots: "jour pris avec l'ennemi". De même: "contre l'ennemi, autorité éternelle".

4° Aulu Gelle 17.7.1: *Legis veteris Atiniae verba sunt: "quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto"*. Quis aliud putet in hisce verbis, quam de tempore tantum futuro legem loqui: Nous trouvons ces paroles dans la loi Atinia: parce qu'un vol aura été fait l'auctoritas de cette chose sera éternelle; qui pense que dans ces paroles la loi parle d'autre chose que du temps seulement futur.

Ces textes sont les témoignages de beaucoup les plus anciens de l'emploi du mot auctoritas. Ce serait donc dans ces textes qu'il serait de beaucoup le plus important de déterminer le sens du mot, car ce serait le sens de beaucoup le plus ancien que nous puissions en connaître.

La question n'est pas sans difficulté. La discussion a été incessamment reprise, et jamais résolue d'une façon qui ait paru satisfaisante aux successeurs de l'auteur qui donnait sa solution.

De la méthode à suivre pour dégager le sens du mot. Impossibilité de le dégager par la seule étude exégétique de ces textes.

Deux méthodes s'affrontent. L'une est la méthode ancienne, employée depuis le XVI^e siècle, et qui n'est pas encore tout à fait abandonnée, puisque des articles très récents la reprennent, consiste à vouloir tirer un sens de l'exégèse directe de ces textes, en les interprétant par eux-mêmes et seulement par eux-mêmes.

La seconde méthode, qui a pour père Mommsen, et comme principaux représentants Paul-Frédéric Girard, et dernièrement Fernand de Visscher, pour ne pas nommer les autres nombreux auteurs qui se sont occupés de la même question dans le même esprit, veut déterminer le sens d'auctoritas par la littérature juridique postérieure et contrôler si ce sens peut encore permettre d'expliquer et d'éclairer nos textes. Cette méthode ne cherche pas la preuve de ce sens dans les quatre textes cités; elle se contente de les confronter avec un sens établi par ailleurs.

Laquelle de ces deux méthodes doit-elle être choisie? Il me faut montrer d'abord que la première a fait faillite, et que cette faillite est définitive. Je voudrais montrer qu'il est impossible de tirer de nos textes, et seulement par eux-mêmes, un sens sûr, quel qu'il soit.

La seconde méthode est donc, à mon avis, la seule qui peut produire un résultat. En suivant les traces de Mommsen, de Girard et de de Visscher, il est

possible de profiter de leurs conclusions et on peut espérer pouvoir les pousser plus loin, dans le sens d'une interprétation plus complète de l'auctoritas.

Je ferai donc, dans ce chapitre, d'abord une critique rapide de la littérature de la question, puis je tâcherai de déterminer, d'après la mancipation et d'après les textes, quel est le sens qu'ont pris auctor et auctoritas dans le droit classique et quelle a été la nature primitive de cette auctoritas. Nous verrons ensuite si ce sens peut être reconnu dans les textes des XII Tables.

§ 1er - Les textes des XII Tables, dans la littérature juridique, depuis le XVI^e siècle.

Opinion traditionnelle:
usus auctoritas = usucapion; auctoritas = propriété.

L'opinion traditionnelle voit dans usus auctoritas, ou bien un synonyme d'usucapion, ou bien, dans auctoritas seul, un synonyme de propriété. Que l'on dise possession, propriété, ou encore, comme on l'a fait dernièrement, autorité sur une chose, du moment que l'on admet qu'il s'agit d'un droit direct sur une chose, droit appartenant au détenteur de cette chose, on reconnaît qu'auctoritas est un équivalent de droit de propriété.

Guillaume Budé,
R. Estienne
et Alciat.

Les auteurs responsables de cette interprétation, qui a régné pendant plus de trois siècles, sont deux illustres humanistes, Guillaume Budé et Robert Estienne, et un non moins illustre jurisconsulte: Alciat.

Les humanistes du XVI^e siècle ont enrichi l'étude du droit romain de l'apport de textes littéraires relatifs aux questions juridiques.

Guillaume Budé, dans ses *Annotationes in XXIII Pandectarum libros*, dont la première édition est de 1508, réunit les textes relatifs à l'auctoritas qui, depuis, interviennent traditionnellement dans la discussion.

Alciat, dans son *Commentaire du Livre 50 du Digeste*, (Titre XVII, loi 117) suit Guillaume Budé. Pour ces deux auteurs, usus auctoritas, ou même auctoritas seul, sont synonymes d'usucapion. Le point de départ de cette interprétation est le suivant: Cicéron dit que l'usus auctoritas du fonds est de deux ans d'après la loi des XII Tables. Or, Justinien (*Institutes* 2.10) dit à son tour que l'usucapion du fonds était autrefois de deux ans en Italie. Guillaume Budé rapproche expressément ces deux textes.

Théophile, dans sa *Paraphrase des Institutes*, dit

d'une façon plus précise que c'est la loi des XII Tables qui a posé cette règle, et la découverte du manuscrit de Vérone, au XIX^e siècle, confirme cette indication historique, car Gaius la donne (Institutes II.65).

On admet donc, de par ces témoignages, comme un postulat évident, que Cicéron ne fait que rappeler et formuler ici la règle de l'usucapion, que dans ses textes il n'est rien dit de plus, mais rien non plus de moins, que la règle elle-même de l'usucapion.

Et voilà l'erreur initiale qui, à mon avis, vicie toute l'interprétation. Si nous lisons, comme l'exige la bonne critique, le contexte de Cicéron et d'Aulu-Gelle qui entoure le passage cité, nous faisons une première constatation, c'est que rien, dans ce contexte, ne peut nous éclairer sur le sens des phrases que nous avons citées. Mais nous en faisons une seconde, c'est que pour tous les quatre, l'auteur n'a pas eu l'intention de citer une règle de droit; ce qu'il a voulu citer ce sont des fragments, des mots de la règle de droit et à cause d'un mot, qui n'est même pas le mot le plus important de la règle. Par exemple dans les deux textes où Cicéron cite *usus auctoritas fundi*, c'est *fundi* qui l'intéresse, pour dire que la règle que la loi des XII Tables donnée pour le *fundus* a été étendue aux *aedes*, bien que la loi n'ait pas cité les *aedes*.

Dans *adversus hostem aeterna auctoritas*, le fragment est encore plus évidemment incomplet. C'est le mot *hostis* qui intéresse Cicéron, pour dire que pour les *maiores*, *hostis* signifiait pérégrin.

De même Aulu Gelle et la loi *Atinia*, dont il cite des *verba*, et non pas les *verba*, c'est *erit* qui l'intéresse, il en fait une discussion grammaticale.

C'est donc une supposition gratuite que d'affirmer que ces phrases forment la règle générale de l'usucapion, toute la règle, et rien que la règle. D'après l'intention des auteurs, ce sont des phrases, ou même des mots d'une phrase qui sont cités. Nous admettons, bien entendu, que ces mots proviennent de textes qui étaient en rapport avec la loi d'usucapion, mais on ne peut dire sans témérité que ces textes nous donnent la règle complète de l'usucapion, ni surtout que ces textes ne parlent que de l'usucapion.

Rien ne prouve par conséquent dans les textes eux-mêmes qu'*auctoritas* ne serait pas une institution autre que l'usucapion, qui entre en composition avec l'*usus*, réunie qu'elle est à l'*usus* par un espace de temps de deux ans.

Alciat ajoute aux autres textes celui du *De Officiis*: *adversus hostem aeterna auctoritas*, que Budé a-

Erreur fondamentale sur la portée des citations de Cicéron et d'Aulu-Gelle.

vait ignoré ou, probablement, volontairement omis. Pour y trouver le même sens d'usucapion, il se livre à une de ces subtilités de logique formelle pleine d'invraisemblance qui sont familières à l'esprit juriste. *Auctoritas adversus hostem* veut dire, d'après lui, l'usucapion à l'égard de l'ennemi, par conséquent l'usucapion en faveur de l'ennemi. Le temps de cette usucapion est éternel, cela veut dire qu'elle n'aboutira jamais. Et c'est ainsi que la loi des XII Tables aurait formulé la défense d'usucaper qui frappe les pérégrins!

Cette invraisemblance n'a pas échappé à Robert Estienne. Il blâme Guillaume Budé et les autres d'avoir vu dans *auctoritas*, seulement le synonyme d'usucapion, et il y trouve un synonyme de propriété acquise par un mode légitime, que ce soit l'usucapion, que ce soit un autre mode.

Les auteurs du XVI^e, du XVII^e et du XVIII^e siècle qui s'occupent soit des XII Tables, soit de l'usucapion, adoptent, suivant leur humeur et leur auteur, l'une ou l'autre opinion. Parfois même ils s'efforcent d'amalgamer les deux.

Les Pandectistes du XIX^e siècle examinent la question avec plus de critique et ils y voient alors surtout les difficultés. Il s'efforcent en vain, par des explications sans cesse changeantes, de les concilier. La lecture de cette littérature très abondante entraîne la conviction que cette conciliation est impossible, que, quelle que soit la subtilité d'esprit des auteurs, ils n'y sont pas arrivés, ils n'y arriveront pas tant qu'ils prendront un point de départ faux.

Impossibilité
de réduire les
4 textes en-
semble au sens
de *auctoritas*
synonyme de
propriété.

Il serait vain de vouloir chercher à employer la même méthode et à trouver une explication de plus, inutile à ajouter aux autres. On ne peut réduire en effet ces quatre textes, tous les quatre ensemble, à dire qu'*auctoritas* est synonyme de propriété. Pour les deux derniers, cela serait assez facile: *quod subreptum erit, ejus rei auctoritas aeterna esto*: c'est celui qui peut être réduit le plus facilement à signifier propriété. La propriété de la chose est éternelle parce qu'il y a eu vol et par conséquent que la loi défend l'usucapion des choses volées. Cette règle pourrait être prise pour la formule défendant l'usucapion des choses volées.

Déjà le second: *adversus hostem aeterna auctoritas*, serait moins satisfaisant, mais enfin on pourrait admettre qu'il est le texte défendant aux pérégrins l'usucapion, s'il était vraisemblable d'ailleurs de penser que la loi des XII Tables a senti la nécessité de défendre formellement aux pérégrins de profi-

ter de cette institution civile qu'est l'usucapion.

Mais il est impossible de rendre compte du mot à mot dans ce sens de propriété dans les deux autres textes de Cicéron. Cicéron (*Topiques*, IV, 23): *Usus auctoritas fundi biennium est*. Il y a un remède qui, ici, permettrait de faire le mot à mot dans le sens de propriété, ou dans un sens approchant. Ce serait de dire que *usus* est un génitif, et alors de traduire l'*auctoritas* de l'*usus* du fonds existe au bout de deux ans.

Cette interprétation, nous la trouvons déjà dans Boëce. Une fois de plus, nous rencontrons cet auteur à l'origine d'une erreur des auteurs modernes.

Robert Estienne est de cet avis. Il dit, dans son article sur *auctoritas*: *puto genetivum esse*. Mais cette traduction, déjà rendue peu probable par l'accumulation de deux génitifs, devient impossible si l'on compare notre premier texte au second cité par le même Cicéron, sur le même sujet, dans le *Pro Caecina*: *lex usum et auctoritatem fundi biennium esse jubet*. Cette deuxième citation apporte la preuve donnée par Cicéron lui-même, qui avait à sa disposition le texte des XII Tables, *usus auctoritas* est synonyme de *usus* et *auctoritas*.

Si *usus auctoritas* est le texte véritable des XII Tables, la loi emploie ici cette figure grammaticale que l'on appelle l'asyndète, c'est-à-dire l'élimination de la préposition et entre deux mots. C'est une figure bien connue dans le droit, où elle a été souvent employée: *emptio venditio*, *locatio conductio*, *usus fructus*, *cura potestas*. On pourrait en citer d'autres exemples.

Usus auctoritas biennium est, est donc comme s'il y avait: *usus et auctoritas biennium sunt*. Mais alors *auctoritas* ne peut pas vouloir dire propriété, car dans l'usucapion l'*usus* de la chose dure deux ans et le droit de propriété, confirmé par l'usucapion, n'est confirmé qu'au bout de deux ans. *Biennium* ne peut pas vouloir dire ici à la fois: pendant deux ans, et: au bout de deux ans, si nous remarquons que le mot n'est donné qu'une fois.

Aussi les philologues, qui continuent à suivre Robert Estienne, sans avoir consenti jusqu'ici à tenir compte des difficultés soulevées par les juristes, ne traduisent pas la phrase, ils l'interprètent.

Le *Thesaurus linguae latinae*, au mot *auctoritas*, interprète ainsi: "*Usus auctoritas fundi*". *id est auctoritas usucapta*, "*biennium est*" *id est capitum per biennium possessionem*: l'*auctoritas* acquis par l'usage est acquis par une possession de deux ans.

Il tombe sous le sens que cette interprétation

n'est pas une traduction.

La traduction proposée par le Dictionnaire de Bréal et Bailly, et par celui de Goelzer, traduction acceptée par M. Giffard dans son Précis (p. 374, note 3), est encore plus impossible. Pour un immeuble, deux ans de jouissance constitueront le droit de propriété, ou, comme le dit M. Giffard, l'usage de deux ans confère autorité sur le fond.

Est, est par excellence un verbe à sens passif, qui ne veut pas dire conférer. Si libre que soit la place des mots dans la phrase latine, il est tout à fait arbitraire dans usus auctoritas biennium est, de faire de biennium l'adjectif qualificatif de usus, de faire d'auctoritas l'attribut et non le sujet de est.

La même citation dans le Pro Coecina: usum et auctoritatem, rend cette interprétation aussi impossible que la traduction qui voit dans usus un génitif.

Existence de
deux institu-
tions, l'usus,
l'auctoritas
liées par le
fait qu'elles
durent 2 ans.

Nous concluons que la règle dit qu'il y a un usus et une auctoritas qui durent deux ans, deux institutions liées par l'asyndète et par le fait qu'elles durent, toutes les deux, deux ans. Nous savons ce que c'est que l'usus. Quant à l'auctoritas, il nous faut nous efforcer de déterminer ce qu'elle est. Mais en tout cas, ce qu'elle n'est pas, c'est la propriété. Et nous sommes d'autant plus certains que cela ne peut pas être son sens, qu'auctoritas, dans le sens de propriété, ne se rencontre nulle part ailleurs dans la littérature latine. Auctoritas propriété serait un apax; en soi il est impossible.

La faillite de cette interprétation a entraîné les auteurs, au milieu du XIX^e siècle, vers d'autres chemins.

Recherche du
sens d'auctoritas
par l'étude de
la littérature
classique con-
frontée avec
les textes de
la loi des
XII Tables

Mommsen, dans sa thèse, en 1843, de auctoritate commentatio, reprend nos textes. Pour lui l'auctoritas est la condition de celui qui, parce qu'il a mancipé ou vendu un objet, est obligé de garantir son acquéreur contre l'éviction.

Comme je l'ai dit, dans cette nouvelle opinion, la nature de l'auctoritas n'est pas cherchée directement dans nos textes, c'est dans la littérature classique que l'auctoritas est étudiée et l'on confronte les textes des XII Tables avec cette conception.

Dégagement pro-
gressif du
sens du terme
par l'élargis-
sment du pro-
blème: Mommsen,
Girard, de
Visscher

Parmi les auteurs qui ont suivi Mommsen, Girard est celui qui a étudié le plus profondément la question, dans ses belles études sur l'actio auctoritatis, sur la stipulation de garantie, sur la garantie dans la vente contractuelle et enfin sur l'auctoritas et l'action auctoritatis. Ces études sont réunies dans le Deuxième Tome de ses Mélanges de Droit Romain. Il a projeté sur toutes ces questions une lumière qui, même encore maintenant, sert de guide. En ce qui con-

cerne l'auctoritas, son mérite est d'avoir définitivement montré la relation qui existe entre la mancipation et l'auctoritas. L'auctoritas du vendeur naît avec la mancipation, et cette auctoritas a pour conséquence que le vendeur doit garantir l'acquéreur contre l'éviction. Il est forcé à cette garantie par l'action dite auctoritatis.

Girard a montré aussi l'importance qu'avait l'auctoritas dans la mancipation, en déterminant le nombre étonnant de textes reçus au Digeste, après avoir été interpolés, qui primitivement se rapportaient à l'auctoritas. Justinien les a fait interpoler, parce que la mancipation et par conséquent l'auctoritas née de la mancipation, avaient disparu du droit.

Mais Girard donne de l'auctoritas une définition trop étroite, retenu qu'il était dans les limites qu'il avait lui-même assignées à son sujet, qui était l'auctoritas dans la mancipation.

Il voit dans l'auctoritas non pas l'obligation de garantie, mais la garantie elle-même que doit donner le vendeur à son acquéreur quand celui-ci est soumis à une action en éviction. En la définissant ainsi, il prend un effet de l'auctoritas pour la cause et il donne une définition qui ne peut s'appliquer aux autres auctoritates que nous connaissons dans le droit romain: l'auctoritas du tuteur, l'auctoritas patrum, et j'ajouterai l'auctoritas du père de famille dans le mariage. Aucune de ces auctoritates ne comporte de garantie de la part de ceux qui les donnent.

Fernand de Visscher, dans son étude sur le rôle de l'auctoritas dans la mancipation, a fait faire un pas décisif à la question, en l'élargissant. Il a montré que les textes parlent d'auctor et d'auctoritas même en dehors des cas où il s'agit de la garantie. Pour lui l'auctoritas dans la mancipation est plus que l'obligation de garantie, c'est le fondement de l'acte tout entier et de ses effets juridiques. La propriété de l'acquéreur tout entière est fondée sur un titre privé, ce titre privé c'est l'auctoritas du mancipio dans. L'effet principal est bien évidemment toujours l'obligation de garantir contre les tiers, mais l'auctoritas n'est pas seulement cela, parce qu'elle comporte aussi l'obligation de ne rien entreprendre soi-même contre le droit que l'on a créé.

De Visscher considère que par sa participation à la mancipation, l'aliénateur a commencé, par renoncer à son droit et ensuite a contracté l'obligation de soutenir et de défendre le droit nouveau qu'il contribue à créer.

Je considère qu'en disant que l'auctor est le fondateur du droit de l'acquéreur, Fernand de Visscher a découvert la vraie nature de l'auctoritas.

Mais il est moins heureux dans la définition qu'il en donne. Nous verrons que, dans les formes mêmes de la mancipation, on ne peut découvrir ni que le vendeur a fait une renonciation formelle, ni surtout qu'il a contracté une obligation. En caractérisant l'auctoritas comme une renonciation suivie d'une obligation contractée, de Visscher a donné une définition qui ne peut s'appliquer ni à l'auctoritas patrum, ni à l'auctoritas tutoris, ni à l'auctoritas patris. C'est donc encore une définition trop étroite.

§. 2 - L'auctoritas

L'auctor, fondateur de droit - son origine dans la préhistoire.

Nous allons chercher, à notre tour, à déterminer la nature de l'auctoritas. Bien entendu, dans cette recherche, nous nous appuierons sur les résultats acquis dans le cours de cette année dans les autres chapitres de cette étude, puisque nous pensons que l'auctor fait partie de toute une catégorie de personnes; qu'il est, comme le vindex, comme l'adsertor et les praedes, un fondateur de droit et un personnage sortant du droit pré-historique.

Nous prendrons comme point de départ de cette étude la philologie, ou plus exactement son application à la formation des mots, la morphologie.

Etymologie du mot - Rapprochement avec libertas, civitas ... Le suffixe tas désignant un élément de la personnalité.

I - Nature de l'auctoritas.

L'auctoritas, d'après les philologues, indique essentiellement le fait d'être auctor. (V. Ernout et Meillet, Dictionnaire étymologique de la langue latine, au mot auctoritas).

Ce mot appartient au groupe nombreux des substantifs dérivés de substantifs ou d'adjectifs à l'aide du suffixe tas, tatis, substantifs qui expriment la qualité, l'état du sujet. Ces mots sont notamment: libertas, civitas, societas, potestas, auctoritas, hereditas, dans la langue juridique, dans leur sens originaire, le mot libertas caractérise l'état du liber; civitas l'état du civis, societas l'état du socius et hereditas l'état de l'heres. Le sens abstrait que ces mots ont pris par la suite découle de leur sens concret. Tous ces mots qualifient un élément de la personnalité juridique, de cette personnalité qui, dans un temps plus moderne, a été appelée elle-même personalitas.

Il y a encore d'autres mots, de même formation, qui, par leur réunion définissent l'ensemble complet de la personnalité mais nous n'indiquons pas ces mots, car ils sont d'une formation beaucoup plus récente, tandis que ceux que nous avons cités sont eux-mêmes très anciens, comme auctoritas.

Auctoritas potestas.

Auctoritas doit être particulièrement rapproché de potestas. Ce rapprochement a été fait dans un texte célèbre, le testament d'Auguste, où Auguste, pour caractériser sa position dans la République dit que sa potestas n'a pas été supérieure à celle des autres magistrats, mais que personne n'a eu dans la République une auctoritas égale à la sienne.

C'est ce texte et la nécessité d'interpréter exactement le sens qu'il donne au mot auctoritas qui a attiré sur ce mot l'attention des historiens, après celle des juristes.

La potestas, c'est l'état de celui qui est potis. Ce mot vient d'un ancien radical indo-européen, pot, qui s'est effacé dans l'usage romain devant le plus grand succès d'un mot plus récent: dominus, venant de dominium.

L'auctoritas (tutoris, patrum, patris) prérogative librement exercée et n'engendrant pas de responsabilité.

L'auctoritas, de même que la potestas, c'est donc un droit, une prérogative attachée à la personne et dans le sens juridique à la personne juridique. C'est bien ainsi que l'auctoritas apparaît dans l'auctoritas patrum, dans l'auctoritas tutoris, dans l'auctoritas patris.

L'auctoritas patrum, c'est la prérogative qui est accordée aux sénateurs patriciens, les patres, en vertu de laquelle les actes accomplis par les comices législatifs ou électoraux, lois ou élection des magistrats, n'acquièrent leur valeur juridique que de leur approbation par les pères.

L'auctoritas tutoris, c'est la prérogative du tuteur en vertu de laquelle il rend valables les actes juridiques accomplis par son pupille et un tiers.

Enfin, l'auctoritas patris, c'est la ratification qui est faite par le père du mariage accompli par le fils de famille.

Dans tous ces cas, l'auctoritas est un pur acte gratuit de puissance, qui n'engendre pas de responsabilité: qui auctor est non se obligat, dit-on du tuteur. Pour le tuteur, en particulier, il eût été très naturel que son acte engendrât la garantie, comme celui du mancipio dans. Mais l'évolution juridique qui a transformé la tutelle de puissance en charge s'est produite non pas dans l'auctoritatis interpositio, mais dans le second procédé de gestion de la tutelle, la negotiorum gestio.

De même, si l'auctoritas patrum n'a jamais engendré pour eux de responsabilité, c'est que, par suite d'une évolution différente, on a rendu illusoire cette prérogative en forçant les patres à donner leur auctoritas avant que l'acte soit accompli et non plus après.

L'auctor
dans la manci-
patis.

Est-il possible de reconnaître dans l'auctoritas de la mancipation ce caractère primitif de pouvoir, de prérogative librement exercée ? Je ne puis étudier ici le mécanisme de la mancipation, je rappellerai seulement que depuis Ihering, la doctrine attache de plus en plus d'importance aux formes suivant lesquelles se présente l'acte juridique.

La mancipatio,
manifestation
unilatérale de
force créatrice
de puissance.

Dans sa forme, la mancipation n'apparaît pas comme un acte de transfert dans lequel un propriétaire transmet une chose qui lui appartient à une autre personne, avec le droit de propriété qu'il a sur elle. La mancipation est une déclaration unilatérale de l'acquéreur qui affirme son droit et qui, par cette manifestation rituelle, crée son droit. La portée de cette forme, sa signification véritable ne nous sont bien apparues que depuis l'étude de Fernand de Visscher, Mancipium et resmancipi, parue en 1936 dans les *Studia et documenta juris*.

La mancipation a été créée, non point pour opérer le transfert de la propriété, notion juridique non encore dégagée à l'époque de cette création, mais la mancipation a été imaginée pour créer une puissance, le mancipium, ou encore la manus sur la personne ou la chose sur laquelle le puissant met la main en prononçant les paroles rituelles. Et cette puissance est créée essentiellement par la manifestation de force qui en est le signe visible.

La présence
de l'auctor à
la mancipation
non pas comme
partie, mais
comme fondateur
du droit créé
par la mancipa-
tio.

A cette action unilatérale s'oppose vigoureusement le rôle de l'auctor dans l'acte. La manifestation se passe devant lui, sa présence y est indispensable, puisqu'il en est le fondateur. Mais il ne dit rien, il ne parle que s'il désire à son tour imposer des conditions, les *leges mancipi*. Mais alors son intervention prend cette forme de déclaration unilatérale sans réponse, de manifestation de force qui se suffit à elle-même.

La présence, même silencieuse, à une manifestation rituelle, est une intervention active dans cette manifestation. Une étude fort intéressante à faire serait celle de l'importance et de la signification du silence dans les actes rituels, que ce soit des actes religieux, ou des actes juridiques.

Par sa présence, on peut admettre que l'aliénateur renonce à la puissance qu'il avait sur la chose. Cette première partie de la définition de M. de Visscher peut être, à la rigueur, acceptée. Mais il ne s'est engagé à rien, il n'a rien promis, il n'est entré dans aucun lien d'obligation juridique. On ne peut pas tirer une obligation de son silence.

Et cette constatation nous permettra de répondre à

une objection fort spécieuse opposée par Frantz Leifer: Mancipium und auctoritas (Sav. Stift. 66.1936, p.164) à Fernand de Visscher.

Le tuteur, dans l'auctoritas tutoris, les pères dans l'auctoritas patrum, ratifient un acte accompli par d'autres personnes, actes où l'auctor n'est pas partie. Ainsi l'auctoritas apparaît comme une intervention dans l'acte faite par des tiers, intervention, comme le dit Wlassak, comparable à celle du magistrat dans l'acte accompli devant lui. L'addictio du magistrat va servir de fondement à cet acte, mais ce n'est pas lui qui l'accomplit. Au contraire, dit Leifer, dans la mancipation, l'auctor est l'une des parties.

Eh bien! à mon avis, la forme de l'acte montre que tout au moins dans sa signification originaire, dans la mancipation, l'auctor n'était pas une partie au sens technique du mot, c'est-à-dire une de ces personnes qui provoquent ou qui prennent les engagements dont l'ensemble constitue l'acte juridique. Le caractère unilatéral de la manifestation montre que le rôle de l'auctor y était bien analogue à celui du magistrat. L'acte est fait devant lui, par sa présence, il le fonde mais ce n'est pas lui qui l'accomplit.

L'intervention de l'auctor quand le droit est contesté par le sacramentum intenté contre l'acquéreur. La formule de l'auctoritas prononcée par le demandeur. Moment auquel elle intervenait.

Et la suite juridique de la mancipation renforce ce point de vue; tant que le droit créé par la mancipation n'est pas contesté, l'auctor n'a pas à intervenir. Son intervention n'est nécessaire que lorsque le droit est menacé. Cette menace prend la forme de l'action en éviction, qui s'exerce par la revendication. C'est le sacramentum in rem qui est engagé par celui qui réclame l'objet à l'acquéreur.

Nous sommes très peu renseignés sur le rôle de l'auctor dans l'action en éviction. Néanmoins la formule par laquelle se manifeste son intervention dans cette action nous a été conservée par Cicéron (Pro Murena, 12) et par Valerius Probus (IV. 7); quando in jure te conspicio postulo anne far (fias) auctor: Puisque je t'aperçois devant le magistrat, je demande si tu es l'auctor, ou si tu te constitues auctor.

Cette formule était prononcée in jure; cela est prouvé par le texte lui-même, et le texte de Cicéron apporte la preuve qu'elle faisait partie de la procédure du sacramentum.

Girard (Mélanges, II p. 15) pense que la formule était prononcée par l'acheteur et qu'elle représente une sommation adressée par lui à son auctor d'intervenir pour le garantir. Cette interprétation est une erreur certaine. La formule n'a pas la forme d'une sommation. Il est invraisemblable de mettre dans la bouche de l'acquéreur ces paroles: Quando in jure te

conspicio.... Ce n'est pas sous cette formule casuelle qu'il peut réclamer l'intervention de l'auctor, car ce n'est pas par hasard qu'il le rencontre in jure, l'auctor est certainement venu avec lui.

La question est posée par le demandeur, quand il voit celui qu'il attaque accompagné in jure par une autre personne, et il demande tout simplement à cette personne qui elle est. Ce n'est pas de cette façon que s'engage une action dans laquelle on somme quelqu'un de remplir un engagement, et, d'ailleurs, en tout cas, ce n'est pas vis-à-vis du revendiquant que le vendeur serait engagé à être l'auctor.

Cette façon tout accidentelle de motiver l'intervention est l'indice que l'auctor intervient librement, sans y être juridiquement tenu par une obligation antérieure. Cette forme est donc la suite logique de ce que nous avons vu pour la mancipation elle-même, où il n'y avait pas place pour cet engagement. L'auctor intervient librement, au moins dans la forme, comme le vindex, comme le praes et comme l'adsertor.

De même, cette forme interrogative montre, comme pour le praes et pour le vindex qu'on ne lui demande pas à quoi il est engagé, On lui demande de dire sa qualité, de dire son état.

Chose curieuse: ni pour le vindex, ni pour l'adsertor et le praes, ni pour l'auctor, les sources ne nous ont conservé autre chose que des formules. Aucun autre témoignage sur les règles de leur action. C'est que vraisemblablement, pour eux tous, l'action dans le droit primitif consiste essentiellement à prononcer des formules. L'auctor répond: auctor sum, ou auctor fio.

Conjecture expliquant la nature de l'auctor dans le même sens que celui du vindex dans le stade de la justice privée. C'est ici que je fais pour le droit préhistorique la conjecture qui explique la nature de l'auctor dans le même sens que la nature du vindex, de l'adsertor, ou même du praes. Si nous nous plaçons dans l'hypothèse de la justice privée, nous supposons que l'acquéreur, accompagné de son auctor, commençait par assurer sa propriété contre l'adversaire, en faisant la manifestation de force rituelle qui l'affirme, en faisant une vindicatio.

L'adversaire, avant de faire la sienne, qui lui permettra d'arriver au sacramentum, se tournait vers l'auctor, qu'il apercevait à côté du premier revendiquant et il lui demandait de dire s'il se constituait l'auctor de cette vindicatio. Et la réponse: auctor fio, tranchait le débat. C'était la manifestation rituelle qui fondait le droit de l'acquéreur.

C'est ainsi que l'auctor validait la propriété de son acquéreur, comme le tuteur valide l'acte du pupille, comme les patres ratifient les actes du peuple.

L'adversaire ne pouvait plus faire sa vindictio; il était inutile de demander au dieu son appui, puisque l'on avait dans la personne de l'auctor, un appui accepté par le droit.

C'est l'intervention de l'arbitrage de la cité qui transforme le jeu des manifestations rituelles en procès. Comme il va faire juger le vindex, le magistrat désormais va faire juger l'intervention de l'auctor. Aussi faut-il continuer, à partir de maintenant, l'organisation du procès par une deuxième vindictio et le sacramentum.

Et c'est ainsi que l'organisation de l'arbitrage a transformé la situation de l'auctor comme elle a transformé la situation du vindex. La responsabilité de l'auctor est créée par la loi qui a créé l'action auctoritatis au double du prix contre l'auctor, s'il ne peut pas effectivement, en prouvant sa propriété, prouver celle de son acquéreur. On peut dire désormais qu'il est obligé à garantie. Il y est directement obligé, non pas par une promesse qui, nous l'avons vu, n'existe pas dans la mancipation, mais par la loi qui a créé contre lui une action. Ce n'est donc pas la nature propre de l'auctoritas qui l'oblige à garantie, c'est sa transformation dans l'hypothèse de l'arbitrage du magistrat.

Nous avons dit qu'il n'était pas nécessaire d'imaginer ici comme le fait Girard - qui a eu pour tant le mérite de reconnaître cette vraie nature de l'auctoritas - que la loi, pour pouvoir atteindre l'auctor, a dû supposer qu'il commettait un délit en vendant un bien qui n'était pas à lui. On ne retrouve dans ce soi-disant délit aucun des traits qui constituaient le délit primitif, prévu et défini par la loi. Le législateur a la possibilité de créer une action sans avoir à la justifier par une théorie juridique.

En somme, dans le jus civile, la prérogative du fondateur de droit dans la mancipation se transforme en une responsabilité. C'est une évolution que l'auctor n'est pas seul à avoir subie, toutes les potestates se sont ainsi peu à peu transformées, dans un temps plus ou moins long, de potestas en responsabilité. Cette transformation est un accident, qui résulte du développement du droit et non pas de la nature de l'auctoritas.

II°- Textes sur l'auctoritas.-

Le sens de l'auctor dans les textes: titre (fondement) de propriété.

Il nous faut maintenant passer en revue les textes que l'on invoque d'habitude pour appuyer l'interprétation du mot auctoritas. Pour la plupart, ces textes ont été déjà versés dans le débat par Guillaume Budé, Alciat et Robert Estienne. Ce sont deux passa-

ges de Cicéron : Pro Caecina, 26.74; De aruspicium responsis 7,14; Sénèque, Controversiae, 7.6.23. Scaevola, D. 13.7.43 et deux inscriptions C.I.L. 3.1928, 6.8439. Je ne cite pas ici les nombreux textes du Digeste où l'auctoritas implique spécialement la garantie d'éviction.

Dans ces textes, si on les examine sans opinion préconçue, auctoritas ne signifie pas propriété, comme l'opinion traditionnelle le prétend, mais signifie plus précisément source, fondement, titre de propriété émanant de la personne du vendeur, c'est-à-dire de l'auctor.

Sénèque, Controversiae, 7.6.23 : Ex tabellis emptionis multi sententiam trahere temptaverunt.... Blandus dixit : relegamus auctoritatis tabellas : Des tablettes de la vente, beaucoup ont essayé de tirer un avis Blandus dit : lisons les tablettes de l'auctoritas.

Dans cette phrase, pour éviter une fausse interprétation, Blandus conseille de relire l'acte de vente, c'est-à-dire l'acte émanant du vendeur, qui est le titre, le fondement de la propriété.

Scaevola, D. 13.7.43 : Creditori instrumentum emptionis tradidit.... petit a creditore ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet : Il livra au créancier l'acte de vente Il demanda au créancier qu'il représentât l'acte de l'auctoritas qui lui avait été livré.

Un débiteur ayant donné en gage un terrain, a remis à son créancier l'acte d'acquisition constatant sa propriété. Il veut bâtir sur ce terrain. Une controverse d'usage s'élève, qui ne peut être tranchée que par l'acte d'acquisition. Il demande donc au créancier de représenter l'instrumentum auctoritatis, c'est-à-dire l'acte qui contient son titre de propriété.

Les deux inscriptions qui, elles, ne sont pas encore connues des humanistes du XVI^{ème} siècle, nomment des esclaves impériaux, qui sont qualifiés de ab auctoritatibus. Ce sont des esclaves qui sont préposés à la garde des titres de propriété de l'empereur. On remarquera qu'ils ne sont pas préposés à la garde des propriétés, mais de leurs titres.

Le sens s'est concrétisé, mais il n'a pas changé. L'auctoritas est bien le fondement de la propriété, le titre privé émanant du vendeur, c'est-à-dire de l'auctor. Un de ces esclaves, Epaphrodite, est appelé ab auctoritatibus, et il est préposé à la garde des testaments. Le testateur est donc, dans ce sens, un auctor, bien qu'il ne puisse pas être grevé d'une obligation de garantie.

Le texte de Cicéron (de ar. resp.) sur le titre juridique sur lequel repose la propriété de sa maison. Énumération des titres de propriété de droit privé parmi lesquels la mancipation (désignée par ses effets)

Les deux textes de Cicéron nous retiendront bien davantage, car ils sont un écho lointain, mais reconnaissable, de la distinction qui, à l'époque des XII Tables, était encore toute vivante, entre le droit fondé sur l'auctoritas, sur le titre privé, et le droit fondé sur la loi, c'est-à-dire sur un titre public.

Cicéron, de aruspicum responsis, 7.14 : *Multae sunt domus in hac urbe, Patres conscripti, atque haud scio, an poenae cunctae jure optimo; sed tamen jure privato, jure hereditario, jure auctoritatis, jure Mancipii, jure nexi* : Il y a beaucoup de maisons dans cette ville, pères conscrits, et je ne sais pas si ce ne sont pas presque toutes, qui sont fondées sur un droit excellent sans doute, mais cependant sur le droit privé, le droit de l'hérédité, le droit de l'auctoritas, le droit du mancipium et le droit du nexum.

L'opinion traditionnelle considère qu'ici jure auctoritatis veut dire jure usucapionis. C'est une conséquence directe de l'opinion de Guillaume Budé et d'Alciat, qui assimilent auctoritas et usucapion. Cette interprétation étonne chez les auteurs modernes, qui depuis longtemps ont écarté cette assimilation. Je dirai qu'elle persiste chez eux comme un surgeon qui s'obstine à vivre sur un arbre qui est mort depuis longtemps.

Girard et Huvelin trouvent à cette interprétation une justification superficielle. Cicéron, énumérant d'abord le droit héréditaire, puis le jus auctoritatis et enfin le jus Mancipii, que l'on traduit par droit de la mancipation, n'a pu invoquer, disent ces auteurs, dans cet ensemble, que le troisième mode d'acquérir, l'usucapion, et désigner ainsi héritage, usucapion et mancipation.

Depuis l'article de Fernand de Visscher sur mancipium et res Mancipi, l'interprétation de ce texte ne peut plus, à mon avis, faire l'ombre d'un doute, du moins si l'on accepte dans l'ensemble les conclusions de Visscher.

Cicéron désigne deux sources de ce droit, d'ailleurs, excellent, dit-il, qu'il appelle le jus privatum : l'hérédité et la mancipation. Mais la mancipation, il ne l'appelle pas de ce nom, pour la simple raison que le nom n'existait pas encore à l'époque de Cicéron. Ne l'appellant pas d'un nom unique, il en détaille les effets. Les trois effets caractéristiques qui découlent de la mancipation, et sur lesquels repose son efficacité sont : l'auctoritas, c'est-à-dire le fondement, dans la personne de l'auctor, du droit

né de la mancipation; le mancipium, c'est-à-dire la puissance créée par la mancipation qui, dans la conception des contemporains de Cicéron était, dans la personne de l'acquéreur, le fondement de sa propriété, et enfin le nexum.

Il n'est pas question ici d'alourdir cet exposé, déjà suffisamment lourd, en recherchant ce que pouvait être le nexum dans la pensée de Cicéron. Je me contenterai de dire qu'il est incontestable pour tout le monde que le nexum est un lien qui résulte de la mancipation et qui vient en assurer l'efficacité.

Cette énumération est donc dans la bouche de Cicéron un synonyme plus fort, plus vigoureux, plus caractéristique du droit né de la mancipation.

Mais il faut ici pour éclaircir le texte, comme dans tous les autres cas, lire le contexte. Que veut dire Cicéron dans cette démonstration ? Cicéron défend, dans son discours contre Claudius, sa maison. Cette maison a été reconstruite par ordre du Sénat et aux frais du peuple. Quelque temps auparavant, les intrigues de Clodius avaient obtenu l'exil de Cicéron et Clodius avait fait incendier la maison de Cicéron et bâtir à sa place un temple, pour que le terrain ne revienne jamais à son propriétaire. Cependant, au retour d'exil, le Sénat lui avait rendu son terrain et avait fait rebâtir la maison aux frais du peuple. Et Cicéron expose alors que la propriété de sa maison a un titre supérieur à celui de toutes les autres maisons de Rome, car celles-ci pour la plupart, sinon toutes, reposent sur un titre privé, qui résulte soit de l'héritage, soit de l'acquisition par mancipation. Mais la sienne a un titre public : ce sont les sénatus-consultes et les lois qui lui ont fait restituer ses propriétés.

Assurément, de ces deux titres qu'il oppose ici, l'un est un titre de circonstance : ce sont les lois spéciales de la restitution à Cicéron de sa maison. Mais cette opposition devra-t-elle être prise pour une théorie de circonstance, une imagination de Cicéron, inventée pour les besoins de sa cause ? On l'a prétendu. Il serait singulier que dans les circonstances les plus graves de sa vie, Cicéron ait appuyé son droit sur une pure invention, sans portée. Aurait-elle été capable de persuader ? Et ce qu'il cherche est de persuader.

En opposant droit public et droit privé, à propos de propriété privée, il semble beaucoup plus raisonnable de penser qu'il fait appel à une conception juridique traditionnelle, et qui vit encore dans la conscience juridique. Cette conception traditionnelle, la

deuxième texte va nous prouver qu'elle existe et nous en donner la nature.

Cicéron. Pro
Caecina.

Cicéron, pro Caecina, 26.74 : Quod enim est jus civile ? Quod neque inflecti gratia, neque perfringi potentia neque adulterari pecunia possit; quod si non modo oppressum, sed étiam desertum aut neglegentius adservatum erit, nihil est quod quisquam sese habere certum, aut a patre accepturum, aut relicturum liberis arbitretur. Quid enim refert, aedis aut fundum relictum a patre, aut aliquae ratione habere bene partum si incertum est, quae lumina tua jure mancipii sint, ea possisne retinere ? Si parietum communium jus si civili ac publica lege contra alicujus gratiam teneri non potest ? Quid inquam prodest, fundum habere, si quae diligentissime descripta a majoribus jura finium posses sionum, aquarum, itinerumque sunt, haec perturbari aliqua, ratione commutarique possunt ? Mihi credite; major hereditas unicuique vestrum venit in iisdem bonis, a jure et a legibus, quam ab iis a quibus illa ipsa bona nobis relicta sunt. Nam, ut perveniat ad me fundus, testamento alicujus fieri potest; ut retineam quod meum factum sit, sine jure civili fieri non potest. 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.

"Qu'est-ce, en effet, que le droit civil ? Ce que ne peut fléchir le crédit, ce que ne peut briser la puissance, ce que ne peut altérer la corruption. Non seulement si on le détruit, mais même si on s'en écarte, ou si on le suit avec négligence, nul ne peut plus compter sur rien de ce qu'il doit recevoir de son père ou laisser à ses enfants. A quoi bon posséder une maison ou un fonds hérité d'un père, ou légitimement acquis de quelque autre façon, si vous n'êtes pas sûr de pouvoir conserver les servitudes de lumière qui sont régulièrement à vous de par le droit du mancipium et si le droit des murs mitoyens ne peut être garanti par la loi civile et publique contre le crédit d'un adversaire ? A quoi bon, dis-je, posséder une terre si les règles de droit définies avec tant de soin par nos majores, relativement aux limites, aux possessions, aux eaux et aux chemins, peuvent être de quelque manière bouleversées et modifiées ? Croyez-moi, une hérédité supérieure vient à chacun de nous sur ses biens du droit et des lois, plutôt que de ceux par qui ces biens eux-mêmes nous ont été laissés. Car pour qu'un fonds me revienne, cela peut être fait par le testament de quelqu'un, mais pour que je conserve ce qui est

devenu mien, cela ne peut se produire sans le droit civil. Le fonds peut être laissé par le père, mais l'usucapion du fonds, c'est-à-dire la fin des soucis et des périls des procès n'est pas laissé par le père, mais par la loi. Les servitudes d'aqueduc, de puitsage, de voies, de chemins sont laissées par le père, mais la confirmation de l'auctoritas de toutes ces choses, est tirée du droit civil".

Ce sont les deux phrases finales qui sont habituellement citées, et encore sont-elles citées séparément comme si elles se rapportaient à des sujets différents.

Je traduis, rata auctoritas par : confirmation de l'auctoritas, suivant la règle bien connue du participe passé et par application de l'exemple de la grammaire latine : Sicilia amissa, qui veut dire : la perte de la Sicile.

L'explication de ces deux dernières phrases ne peut être convenablement donnée qu'en fonction de tout le paragraphe et de la suite de la pensée de Cicéron. C'est pourquoi je l'ai cité en entier.

L'éloge du droit civil par Cicéron.

Cicéron, dans ce passage de son discours, fait l'éloge du droit civil. Nous savons qu'il attachait par la suite une très grande importance à cet éloge. Il le dit dans une de ses lettres. Le droit civil qu'il vente ici, ce sont les règles de droit émanant de la loi et des jurisconsultes, c'est-à-dire de la loi et de son interprétation.

Il oppose ce droit civil au droit de propriété sur les fonds fondé sur le titre privé de l'hérédité et de la mancipation. Ce droit fondé sur l'hérédité et la mancipation, il ne l'appelle pas ici jus privatum, mais c'est bien la catégorie qu'il a définie de ce nom dans le texte précédent, résultant de ces deux modes d'acquisition, qui sont l'hérédité et la mancipation.

Quels sont les mérites du droit civil ? Le mérite qui domine, c'est la certitude et la fixité. Le droit civil consacre, définit et protège le droit privé qui, sans lui, ne servirait pas à grand chose car 1°- le droit civil ne peut pas, comme les personnes être troublé par l'intrigue, brisé par la puissance, altéré par la corruption. Grâce à lui le fonds que l'on tient d'un père ou d'une acquisition, on est sûr de pouvoir le conserver.

2°- C'est encore le droit civil qui a établi les règles de la propriété. Le fonds vient du père ou de l'aliénateur, mais c'est le droit civil qui détermine l'étendue des pouvoirs du propriétaire, et Cicéron donne comme exemple de cette détermination, la défini-

tion qui a été faite avec le plus grand soin par les majores des servitudes.

Exemple de droit privé (opposé à droit civil) le fonds provenant de la mancipation et les servitudes de jour acquises, jure mancipii considérées comme droits du propriétaire.

Examinons ici le texte d'un peu plus près. Nous y trouverons la preuve que Cicéron prend bien, comme exemple de droit privé, qu'il oppose au droit civil, le fonds provenant de l'héritage et de la mancipation et que, lorsqu'à plusieurs reprises il énumère les droits de servitude, il ne les considère pas en eux-mêmes, mais il les prend à titre d'exemples des droits les plus caractéristiques du propriétaire, et par conséquent cette énumération, pour lui, n'est qu'une autre manière, moins banale et plus littéraire de répéter ce qu'il vient de dire immédiatement, c'est-à-dire de caractériser la propriété.

Quid enim refert aedes aut fundum relictum a patre, aut aliqua ratione habere bene partum si incertum sit quae lumina tua jure Mancipi sint ea possisne retinere ? si parietum communi jus civili ac publica lege alicujus gratiam teneri non potest : Qu'importe la maison ou le fonds laissé par le père ou acquis de bonne façon, de quelque autre manière, s'il n'est pas sûr que tu puisses conserver les servitudes de lumière qui sont à toi de par le droit du Mancipium, si le droit des murs mitoyens ne peut être maintenu par le droit civil et la loi publique contre le crédit de quelques-uns ?

Ce texte est souvent cité par les auteurs qui traitent des servitudes. Il y fait difficulté pour ceux qui, suivant l'habitude invétérée de la glose juridique, n'y prennent seulement que ce qui est dit des servitudes, sans chercher dans le contexte le sens général des paroles.

Que signifient alors ces servitudes de jour qui sont acquises jure Mancipii, que l'on traduit bien entendu par le droit de la mancipation ? Ce sens fait difficulté en lui-même, car les servitudes de jour sont des servitudes urbaines, par conséquent des res nec Mancipi. Ce n'est donc pas par le droit de la mancipation qu'elles ont pu être acquises et maintenues.

On pourrait voir facilement, avec un peu d'attention, que ce qui appartient par le droit du Mancipium au propriétaire, ce n'est pas la servitude, abstraction faite du fonds, mais c'est le fonds, dont une des qualités est d'avoir des servitudes de lumière. Le droit de servitude n'est cité ici que comme une conséquence de la propriété, comme un exemple des droits du propriétaire, et c'est pour Cicéron une façon plus littéraire de répéter ce qu'il vient de dire, de parler des aedes ou du fundus qui, eux, appartiennent à leur propriétaire jure Mancipi.

A trois reprises Cicéron, par élégance de style, reproduit son balancement de phrase : il oppose propriété à propriété, mais pour ne pas répéter les mêmes mots il désigne la seconde fois la propriété par un attribut les plus caractéristiques, les servitudes urbaines et les servitudes rustiques.

Et on remarquera que dans ces trois énumérations, Cicéron, toujours par élégance de style, ne répète pas purement et simplement et platement les exemples de servitudes qu'il vient de donner. Il en donne d'autres, ou il les désigne d'une autre manière.

Mais - et c'est alors la deuxième observation que nous permet ce texte, - puisque jure Mancipii s'applique au fonds, c'est la preuve que le droit sur le fonds, dans l'esprit de Cicéron, résulte d'une mancipation, soit que le fonds ait été acquis et bien acquis bene partum, directement par une mancipation, soit que le jus Mancipii vienne du père à travers l'hérédité.

La propriété vient du père ou de l'aliénateur: sed rata auctoritas ab e lege.

3°- La troisième raison de la supériorité du droit civil donnée par Cicéron est celle qui nous intéresse le plus. C'est celle qui résulte des trois dernières phrases et en particulier des deux dernières, qui sont celles qui nous intéressent.

Le fonds vient du père, dit Cicéron, mais l'usucapion du fonds qui confirme la propriété, qui met fin aux difficultés des procès par la preuve simple qu'elle procure, c'est la loi qui la donne. Et il répète une deuxième fois la même idée sous une autre forme : aquaeductus haustus iter actus a patre, c'est-à-dire, suivant la figure de style réitérée : la propriété, le fonds, symbolisé dans ses attributs, vient du père. Ici encore, suivant l'exemple répété, c'est-à-dire du père ou de l'aliénateur. La propriété vient de l'auteur : sed rata auctoritas an jure civili; mais la confirmation de l'auctoritas vient du droit civil.

L'auctoritas de qui ? Il est clair qu'il s'agit de l'auctoritas du père ou de l'aliénateur, qui est confirmée par la loi à l'aide de l'usucapion.

Le balancement de la pensée en manifeste le sens par sa répétition : le droit civil apporte dans la possession des fonds la certitude et la fixité, car la propriété est fondée sur un titre privé, hérédité ou mancipation, mais la loi en assure la conservation, la propriété est fondée sur un titre privé, mais c'est le droit civil qui détermine l'étendue de cette propriété. La propriété est fondée sur le titre privé de l'auctoritas, mais c'est la loi qui confirme ce titre privé par l'usucapion.

Dans cette troisième supériorité du jus civile sont déterminés les rapports qui existent entre l'auctoritas et l'usucapion. Nous y voyons comment, au bout du délai fixé par la loi, le titre privé fondé sur la personne de l'auctor est remplacé par un titre civil fondé sur la loi à l'aide de l'usucapion.

Le sens de droit civil chez Cicéron. La loi des XII tables et son interprétation et plus spécialement la disposition : usus auctoritas biennium est.

Mais qu'est-ce que ce droit civil que vante Cicéron ? Quel est le modèle qu'il décrit et qu'il a sous les yeux ? Il n'est pas douteux, à mon avis, qu'il s'agit ici de la loi des XII Tables et de son interprétation. La loi des XII Tables, en effet et l'interprétation c'est, en effet, le jus civile par excellence. Et nous avons une preuve directe : ce sont les majores, dit Cicéron, qui ont fixé les règles de la propriété, et en particulier déterminé les servitudes avec le plus grand soin. Quand un jurisconsulte romain parle des majores et du jus civile, il entend désigner par là la loi des XII Tables et son interprétation. Et, en fait, rien n'est plus exact, car la loi des XII Tables s'est particulièrement occupée de la réglementation de la propriété des fonds et de la réglementation des servitudes.

D'autre part, c'est l'avis universel des jurisconsultes que le but et le principal mérite de la loi des XII Tables est d'avoir apporté dans le droit la certitude et la fixité.

Mais alors il doit nous être permis de préciser davantage. Non seulement nous pouvons dire que le troisième motif de supériorité du jus civile est un commentaire de la loi des XII Tables, mais il nous est permis d'indiquer la règle des XII Tables qui est commentée ici, et cette règle c'est celle que nous connaissons : Usus auctoritas biennium est. Il est certain, en effet, que Cicéron connaissait la règle; mais nous pouvons dire encore, d'une manière plus précise, qu'il est certain qu'il l'avait dans l'esprit lorsqu'il composait son couplet sur le droit civil, car il vient de citer la règle dans ce même discours, Pro Caecina, quelques paragraphes auparavant. Il la cite au § 19.54 et nous sommes au § 26.74.

Vous vous souvenez qu'il relève dans ce texte que la loi ne parle que de l'usus auctoritas fundi et que cependant on applique la règle aux aedes. Une preuve supplémentaire, s'il en était besoin, que ce passage du § 19 était bien encore dans sa tête dans son commentaire au § 26, c'est qu'il prend soin, ici encore, de répéter : qui enim refert aedes aut fundum relictum a petre.

§. 3 - L'auctoritas et la loi des XII Tables.

Confrontation
et possibilité
du sens de auc-
toritas avec
la loi des XII
Tables.

Nous pouvons maintenant revenir à nos textes des XII Tables et de la loi Atinia, et examiner dans quelle mesure ils supportent l'interprétation d'auctoritas que nous venons de donner. Il ne s'agit pas de savoir s'ils lui apportent une preuve supplémentaire; nous avons vu que par eux-mêmes ils sont incapables de fournir une preuve quelle qu'elle soit de l'interprétation du mot. Notre ambition est plus modeste : ces textes sont-ils conciliables avec le sens que nous avons donné d'auctoritas, car, bien entendu, s'il n'était pas possible de les concilier, cette interprétation serait sûrement fausse.

La disposition
relative à l'u-
sus auctoritas
fundi biennium
est d'après
Cicéron -
Inexactitude
de la restitua-
tion tradition-
nelle des XII
Tables.

I.- La question ne se pose pas pour les deux premiers. Car le texte de Cicéron que nous venons d'expliquer n'est, à notre avis, que le commentaire de la règle qu'il a donnée deux fois : Topiques, 4.23 : "Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium". At in lege aedes non appellantur et sunt caeterarum rerum omnium quarum annuus est usus : Parce que l'usus auctoritas du fonds est de deux ans, il en est de même des maisons; mais dans la loi les maisons ne sont pas nommées, elles sont des autres choses dont l'usus est d'un an.

Pro Caecina, 19.54 : Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium. At utimur eodem jure in aedibus, quae in lege non appellantur. La loi ordonne que l'usus et l'auctoritas du fonds soient de deux ans, mais nous suivons le même droit dans les maisons, qui ne sont pas nommées par la loi.

On a coutume de restituer ainsi le texte de la loi des XII Tables : usus auctoritas fundi biennium est.... caeterarum rerum omnium.... annuus est usus : l'usus auctoritas du fonds est de deux ans, l'usus de toutes les autres choses est d'un an.

Cette restitution est, à mon avis, une erreur certaine. Le rapprochement des deux textes de Cicéron nous permet seulement d'affirmer que la loi des XII Tables disait : usus auctoritas fundi biennium est. Le reste est une réflexion de Cicéron. Rien ne nous permet de dire que cette réflexion est fondée sur la suite de la règle. La loi des XII Tables parlait, sans aucun doute, à un endroit quelconque, de coeterae res, et d'un usus annuus, mais il est arbitraire d'affirmer

que ce soit à la suite et en composition avec les premières paroles. Cette composition, elle est l'œuvre de Cicéron, et elle est motivée par sa réflexion à propos du fundus. Mais, éclairée par le commentaire qu'en a donné Cicéron la règle : *auctoritas fundus biennium est* à un sens complet et qui se suffit à lui-même.

Nous acceptons sans doute tous les témoignages de Cicéron, de Gaius et de Justinien, qui attestent que l'usucapion a été créé par la loi des XII Tables. Je laisse non résolue la question de savoir, si déjà dans le droit coutumier antérieur à la loi des XII Tables, la possession, pour peu qu'elle dure, est déjà un titre que l'on peut invoquer. Mais la nouveauté amenée par la loi des XII Tables a dû consister à créer ce que seule une loi peut déterminer avec précision : un délai fixe : deux ans, un an.

Cette usucapion était-elle déjà qualifiée *usucapio*, ou la loi des XII Tables ne parlait-elle que de l'*usus* ? Nous ne pouvons rien en savoir. La façon dont parle Cicéron semble nous prouver que dans l'établissement de ce délai, et là où la loi a opposé les immeubles aux autres choses, elle parlait de l'*usus* des *coeterae res*, qui était d'un an.

La régime organisé par les XII Tables : le titre privé, l'*auctoritas* pendant le délai de deux ans requis pour qu'il soit remplacé par le titre public, l'*usucapio*.

La loi a dû donc dire que l'*usus* des immeubles devait durer deux ans, tandis que l'*usus* des *coeterae res* devait durer un an. C'est là la règle générale pour les immeubles et pour toutes les autres choses, sans distinguer la façon dont elles sont venues entre les mains du possesseur actuel. La possession sera confirmée par un titre public, lorsqu'elle aura duré deux ans, ou un an.

Mais si cette loi générale est posée par la loi, il y a une adaptation à prévoir entre le jus civile nouveau et le droit coutumier ancien, car, pour ce qui est des *res mancipi*, le droit coutumier fondait le droit du *mancipium* que l'on avait sur la *res* sur un titre privé, sur l'*auctoritas*, sur la personne de l'aliénateur, et ce droit était acquis par la mancipation, par conséquent immédiatement *ex jure quiritium*, dès que la chose était dans la possession de son possesseur.

Quelle sera donc l'utilité de ce titre privé en face du titre public ? Comment va-t-il se comporter en face de l'usucapion ? La réponse est donnée par la loi qui organise le double régime : *usus auctoritas fundi biennium est*. Pendant les deux ans nécessaires pour acquérir le titre public, le fonds sera, comme le dit très bien Fernand de Visscher, sous le régime de l'*usus* et de l'*auctoritas*; le pouvoir de fait de celui qui possède sera garanti *ex jure quiritium*,

non pas encore par la loi, mais par l'auctoritas de l'auctor. Au bout de deux ans, comme l'explique Cicéron, l'auctoritas sera remplacée par le titre public de l'usucapion : finis sollicitudinis ac periculi litium. Voilà le régime de la propriété du fundus, tel qu'il est établi par la loi des XII Tables, et une interprétation postérieure l'a étendu aux aedes, puisque, comme nous le dit Cicéron encore, la loi des XII Tables ne parlait pas des aedes.

La règle *adversus hostem auctoritas*. Les guerres entre Romains et peuples voisins. Les trêves et les règlements des prises réciproques. Impossibilité de prouver la propriété par usucapion; nécessité de recourir à l'auctoritas de l'auteur.

II.- La deuxième règle des XII Tables est plus difficile à expliquer; son explication ne peut être que conjecturale, car aucun autre texte ne permet un recoupement qui l'assure.

Adversus hostem aeterna auctoritas. Ce que l'on doit affirmer préalablement, c'est que dans la même loi, auctoritas ne peut pas avoir deux sens différents. C'est la même institution qui, ici, a une durée de deux ans et qui, là, est qualifiée d'éternelle. Dans certaines circonstances la loi des XII Tables a senti la nécessité de prolonger le délai. C'est ce qu'indique cette loi, lorsqu'elle dit : *adversus hostem aeterna auctoritas*.

Dans quel sens ce délai est-il prolongé ? Fernand de Visscher construit l'hypothèse de la façon suivante : Tout d'abord, auctoritas *adversus hostem* montre bien qu'il s'agit d'une circonstance où l'auctoritas doit être invoquée contre l'hostis, donc dans un litige contre lui. D'autre part, si l'auctoritas doit être invoquée, c'est que l'usucapion ne peut pas l'être. Il faut donc supposer que le propriétaire romain a été dépossédé avant d'avoir accompli son délai de prescription. Il ne peut plus usucaper, mais il a été dépossédé par un pérégrin. Or, le pérégrin, lui non plus, ne peut pas usucaper, quel que soit le délai. Le Romain pourra revendiquer contre le pérégrin, mais il lui faudra invoquer l'auctoritas de son ayant-cause pour prouver sa propriété, puisqu'il ne peut pas la prouver par l'usucapion. Dans ce cas, la durée de l'auctoritas n'est plus de deux ans, et elle est indéfiniment prolongée.

L'explication est simple; je ne dirai pas qu'elle est pleinement satisfaisante, car elle suppose des conditions qui paraissent bien exceptionnelles pour avoir motivé une règle qui se présente comme une règle générale.

Il faut admettre, en effet, que le Romain qui a fait une acquisition, en a été dépossédé avant le délai d'usucapion. Mais il faut surtout admettre qu'il en a été dépossédé dans des conditions contraires au

droit, dans des conditions irrégulières, et par un pérégrin. C'est donc une hypothèse très particulière et anormale dans le régime habituel des propriétés.

De plus, il faut supposer que la condition des pérégrins, sujets de Rome et vivant avec un statut régulier sur le territoire romain, est assez développée pour avoir motivé une règle des XII Tables, qui d'ailleurs serait la seule. Cette situation du pérégrin n'est-elle pas envisagée trop tôt dans l'histoire de Rome ? Ce pérégrin peut-il être encore autre chose qu'un client ? Sans doute, pour conserver à cette règle un semblant d'utilité, les jurisconsultes ont pu dire que, par l'*hostis*, la loi désigne ces pérégrins sujets. Mais ce sens est bien douteux, pour l'époque même de la loi.

Mommsen est d'avis que ce pérégrin est celui qui *suo jure utitur*. Ce n'est donc pas le sujet de Rome, ayant déjà des droits dans la ville de Rome, mais c'est l'étranger qui vit sous la loi de sa cité. A l'époque des XII Tables, c'est le voisin, le voisin qui est l'étranger et qui est l'ennemi, qui ne jouit d'aucun droit dans la cité de Rome, s'il n'a pas su assurer un droit qui lui est particulier, soit par un traité avec un Romain et c'est la clientèle, soit par un traité spécial entre Rome et sa ville. Cet *hostis*, c'est le Volsque, c'est l'Éque, c'est l'Etrusque, le citoyen de Veies, avec qui périodiquement, tous les printemps, le Romain engage des batailles.

Cet étranger vient razzier les moissons et les troupeaux sur le sol romain. Les Romains le lui rendent bien aussi : eux-mêmes vont faire du butin de moissons et de bétail sur le sol de l'étranger.

Sont-ce là les seuls rapports que l'on peut concevoir avec l'ennemi ? Non ; périodiquement on traite avec lui ; on conclut des trêves, d'une durée plus ou moins longue, et ces trêves sont l'occasion de règlements, de réclamations et de restitutions. Ces règlements sont jugés par des jurés, qui ont été l'origine des institutions plus permanentes des jurys de récupérateurs.

C'est sans doute de l'organisation de ces arbitrages entre Romains et *hostes* que subsiste ce fragment de règle : *Status dies cum hoste* : jour pris avec l'ennemi, fragment qui, vous vous le rappelez, est donné par Cicéron en même temps que celui que nous étudions.

Devant ces jurys de récupérateurs se règlent les restitutions, notamment les restitutions de res *manicipi* enlevées, soit par le Romain à l'étranger, soit par l'étranger au Romain. Quelle qu'ait été la durée

des hostilités et la date de prise du butin, le Romain ne peut pas plus invoquer en sa faveur l'usucapion que l'ennemi ne le peut contre lui, car non seulement l'usucapion est une loi du jus civile, mais son application serait contraire au principe même de l'établissement de ces arbitrages.

Par conséquent dans ces règlements avec l'ennemi, l'auctoritas est aeterna. Pour faire la preuve contre l'ennemi qui réclame, que la bête réclamée n'est pas un butin pris sur lui, mais une res mancipi légalement possédée par le Romain, il est obligé d'invoquer l'auctoritas de son auteur, même si sa possession a duré plus d'un an.

Les fonds de terre: incertitude des frontières; durée indéfinie de l'auctoritas tant que la terre était occupée par l'ennemi.

Pour les fonds, il paraît plus difficile de trouver une hypothèse, et une hypothèse aussi pratique, mais cette difficulté vient surtout, à mon avis, de ce que nous sommes imbus de nos idées modernes, d'après lesquelles les frontières sont rigoureusement délimitées entre les Etats. La nationalité d'une terre ne peut être normalement, dans un Etat civilisé, l'objet d'une controverse juridique douteuse. Il n'en était certainement pas de même entre les Romains et leurs voisins. L'indécision des limites pouvait donc amener des procès en restitution, et ici encore l'usucapion ne pouvait servir de preuve, il fallait recourir à l'auctoritas.

Il y a une règle qui devait rendre plus fréquents encore ces recours à l'auctoritas. La mancipation d'un fonds, nous l'avons vu, pouvait être faite hors de la présence de la terre. Un témoignage historique de l'époque d'Annibal prouve qu'il était d'usage de mancipier les terres même lorsqu'elles étaient temporairement en possession de l'ennemi. Lorsqu'Annibal campait aux portes de Rome, il apprend avec colère et inquiétude que les Romains sont si convaincus de leur victoire définitive, que la terre même sur laquelle était plantée sa tente venait d'être mancipée à Rome et l'acquéreur l'avait acquise pour le même prix que si elle avait été au pouvoir des Romains.

Dans ce cas, l'auctoritas ne durait pas seulement deux ans, mais indéfiniment, jusqu'à ce que l'usucapion soit de nouveau possible.

III.- Il ne me reste plus le temps d'étudier le quatrième texte, celui de la loi Atinia : Quod subreptum erit ejus rei aeterna auctoritas esto.

Malgré les objections, je crois que ce texte se laisse réduire à une explication assez simple : le vol empêche que les choses volées puissent être usucapées. Le propriétaire dépossédé ne peut plus usucaper

mais on ne peut pas usucaper contre lui. Si donc le bien volé est encore sous le régime de l'auctoritas, ce régime ne cesse pas au bout de deux ans, il se prolonge indéfiniment, tant que le vice de furtivité n'est pas abrogé.

De ces quatre textes, il n'y a que les deux premiers dont l'interprétation soit garantie par une contre-preuve, par le rapprochement avec le commentaire de Cicéron (Pro Caecina, 26.74). En eux-mêmes, ils ne sont pas assez explicites; Ils ne peuvent pas, de quelque façon qu'on les retourne, fonder un sens indubitable. Il nous suffit donc d'avoir montré qu'ils ne répugnent pas à être interprétés, si on donne à auctoritas le sens qu'ils ne pourraient fonder, mais qu'ils ne contredisent pas ce sens étant par ailleurs défini par un recours à toute la littérature romaine.

Conclusion.

Nous en avons terminé avec le cours de cette année. Vous pouvez voir que l'auctoritas rentre très bien dans la catégorie de ces notions que nous nous sommes efforcés de préciser. Chacune des institutions que nous avons étudiées, suivant chaque cas, s'est trouvée éclairée par la conjecture, avec plus ou moins de force probante, sous la conduite du vindex, qui est en quelque sorte le chef de file et le garant. Les autres fondateurs de droit se sont dressés du fonds du passé, sous une lumière inégale.

D'autres fondateurs pourraient sans doute trouver place à côté de ceux-là, et s'il n'y en avait qu'un peut-être pourrait-on objecter qu'imaginer son rôle dans les conditions où nous l'avons fait n'est qu'une bizarrerie sans fondement. Il est donc de très grande importance de montrer qu'ils forment un groupe, ce qui change la perspective et donne une assurance précieuse de leur existence.

Ce que cette étude a apporté de nouveau, c'est la mise en lumière de ce droit primitif des manifestations de force rituelle. Cette découverte a été rendue possible par l'application de la méthode historique à l'interprétation des actions de la loi.

Cette méthode, vous l'avez vu, consiste à revenir aux textes, les soumettre à un examen nouveau, à en rechercher l'interprétation littérale, sans se laisser impressionner par les gloses sous lesquelles ils ont été comme étouffés.

Ce travail m'a demandé beaucoup de peine et de réflexion. Vous en avez suivi le développement de semaine en semaine. Il n'est pas terminé, car chacun

des points que nous avons examinés ici doit être repris pour être confronté de nouveau avec les textes et avec la littérature, de manière à pouvoir être présenté au public savant, sous une forme un peu différente d'un cours.

Je voudrais que ce cours ait été pour vous une initiation à la méthode scientifique, dont vous conserviez le souvenir, quelle que soit la carrière future que vous entreprendrez.

F I N

Cours terminé d'imprimer le 5 Mai 1939.

TABLE DES MATIERES

	<u>Pages:</u>
Préface p.1	
<u>Chapitre Ier:</u> Les sources de notre connaissance de la loi	
des XII Tables.....	13
§ 1 - Eléments de reconstitution de la loi des	
XII Tables.....	15
§ 2 - Plan de reconstitution des XII Tables.....	20
§ 3 - Histoire littéraire de la reconstitution	
des XII Tables.....	25
§ 4 - Le nom de la loi des XII Tables.....	25
<u>Chapitre II :</u> Histoire traditionnelle des XII Tables.....	28
<u>Chapitre III:</u> Controverse sur l'authenticité de la loi	
des XII Tables.....	47
<u>Chapitre IV:</u> Les XII Tables dans l'Histoire.....	61
§ 1 - L'ambassade en Grèce.....	61
§ 2 - Les Decenvirs.....	64
§ 3 - Caractère de la loi des XII Tables.....	69
Affichage.....	69
§ 4 - But et caractère de la loi des XII Tables..	78
<u>Chapitre V :</u> Les legis actiones.....	93
<u>Chapitre VI:</u> Le rituel créateur de droit.....	102
§ 1 - Justice privée, violence, rituel, juridiction	103
§ 2 - Les formules vindicatoires créatrices de	
droit dans la mancipation, le sacramentum et	
la manus injectio.....	114
§ 3 - Les fondateurs et protecteurs de droit,	
vindex, adsertor libertatis, auctor, praedes	
litis et vindiciarum.....	121
<u>Chapitre VII :</u> In jus vocatio - Manus injectio.....	129
§ 1 - In jus vocatio.....	130
§ 2 - La manus injectio judicati.....	137
<u>Chapitre VIII:</u> Le vindex.....	154
§ 1 - Les textes sur le vindex.....	156
§ 2 - Intervention du vindex in jure.....	158
§ 3 - Effets de l'intervention du vindex.....	166
§ 4 - Le vindex de l'in jus vocatio.....	178

