

Comp.
RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1937-1938

287

DIPLOME D'ÉTUDES SUPERIEURES
DROIT ROMAIN *Histoire* DU DROIT
REPETITIONS ECRITES
DE
DROIT ROMAIN
APPROFONDI

rédigées d'après le Cours et sous le contrôle

de

Pierre
M. NOAILLES *et*

Lebras

Professeur à la Faculté de Droit de Paris



" LES COURS DE DROIT "

RÉPÉTITIONS ECRITES & ORALES
RÉSUMES — PREPARATION A L'EXAMEN ECRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)

— PARIS —

D R O I T R O M A I N A P P R O F O N D I

(Doctorat)

-:-:-:-:-

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 oeuvre 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.

4/

La loi des XII Tables, traditionnellement placée dans les premiers temps de la République romaine, a été élaborée par les décemvirs 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, I.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 tou-

te 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 maximi 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 antérieurement fabriqués très postérieurement par les historiens.

Incertitudes des Annales pour les premiers siècles de la République. L'importance de la loi des XII Tables, créance que l'on peut attribuer à la tradition historique sur la loi des XII Tables.

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 Veïès, ville voisine de Rome, et très probablement l'existence des decemvirs 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 decemvirs.

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 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 decemvirs. 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 : "Dus-se-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, 754 av. J.C. et se termine en 565, à la mort de Justinien.

C'est donc un programme immense et on ne peut y exposer 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'établissement
des textes.

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 philologiques. 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 primitif, en tirer la signification exacte et toute leur signification. C'est un travail dont les lenteurs impatientes 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.

Puis, 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 contro-

verse 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 Dirksen: *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelfragmente* Leipzig, 1824 (que l'on cite habituellement en disant: Dirksen, 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 Gortyne, qui est la loi fondamentale de la cité de Gortyne, 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.

Quoiqu'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'oeuvre des juristes consultés 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 1^o les éléments de reconstitution de la loi des XII Tables, 2^o 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^o

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.

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 une 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.

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 connaissions 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.

I- Les jurisconsultes
Transmis-
sion par Jus-
tinien de
quelques
unes
de leurs ci-
tations des
XII Tables.

Gaius, Insti-
tutes et com-
mentaire sur
la loi des
XII Tables.

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 composé 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 Tryphoninus 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 20,1,6) 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.

d/

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 tout la période du Bas-Empire, de Dioclétien à Justinien.

2- Grammairiens et philologues.

Voilà pour les jurisconsultes.

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 grammai-

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 oeuvres 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 toute 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
part 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 phrase, 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-
constitu-
tion depuis le
XVI^e S.

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 de 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.
Brièveté
et rareté des
indications
précises sur
la Table dans
laquelle fi-
gurait 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 propo- ver- bis nostri decemviri in decimam tabulam conjecerunt*. 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'Ul-
pien 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 *bonorum 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 ti-
rée de l'or-
dre des matiè-
res 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 enfin 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 reconstruction 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 rai-

son 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 juriconsultes 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, ils 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 laisser 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 con-

naissions.

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

La Renaissance et le travail de reconstitution des XII Tables.

3^e 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 œuvres littéraires.

La reconstitution des XII Tables a donc consisté à extraire des œuvres 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 œuvre. Il faut toujours réserver la possibilité de découvertes nouvelles mais dans l'état présent des sources tout à 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^e siècle.

Du Rivail.

Le premier recueil de textes se trouve dans l'œuvre de Du Rivail, intitulé : *Civilis 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* (1916): *Fragments des XII Tables, restitués actuellement pour la première fois d'après leurs tables*. C'est en effet Godefroy qui, le premier, eu : 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'oeil 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 dit et nous connaissons ces noms par des auteurs postérieurs

Caractère anormal du titre de la loi correspondant au caractère anormal de celle-ci parmi les autres lois.
Preuve d'authenticité de la loi.

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 du tribun, si c'est un plébiscite, c'est-à-dire une loi votée par l'assemblée de la plèbe, par exemple Lex Icilia, 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 décenvirs 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. Qu'elle 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, Pline, etc.. Cette appellation paraît relativement la plus ancienne. Au contraire, les jurisconsultes 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'exposer 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 : *Indicant 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 parlent 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 juriconsulte du II^e siècle : Pomponius (D.I.2; 2.3.24) 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°) que certains historiens ont des détails qui ne figurent pas dans les autres;

2°) que chacun des détails de l'histoire n'est pas racontée 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 historique fourni par les Annales entouré par les historiens de légendes explicatives de dates différentes.

1°) Il admet qu'il y a un certain fonds 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 maximi, dressées 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 travaillé sur le fond historique.

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 décevirs chargés de la rédaction de lois. Suit une liste de noms qui sont pour lui les noms des décevirs. L'année suivante, les Romains nommèrent de nouveau des décevirs 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 toute entière se met en route, rentre à Rome de nuit, et va camper sur le Mont Aventin. Le lendemain, les décevirs, 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 plébéien, l'autre patricien.

L'année suivante, les consuls terminèrent la rédaction des lois interrompue par la sédition. Les décevirs 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 decemvir 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 débanchés, 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 infâme 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 défférente 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 trouvons 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.

Dans cette histoire de Virginie on trouve, dès la première tradition, la première des explications

l'histoire de Virginie, doublet historique de celle de Lucrèce.

qui ont été ajoutées au fait historique tout sec des deux années des décenvirs. 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 décenvirs, 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 décenvir 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 1ère 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 oeuvre 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 oeuvre 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 oeuvre 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'au XII Tables.

Pour mettre fin à cet état de choses, on nomma des décemvirs, 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 aeboras, 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 décemvirs le droit le plus étendu, et on suspendit la garantie constitutionnelle des citoyens qui était le droit de provocation. Les décemvirs, 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 décemvirs,
apparition
du nom d'Appius
Claudius.

Le § 23 parle maintenant des décemvirs et il dit : Lorsqu'on se décida à faire les lois, le peuple ordonna que tous les magistrats abdiqueraient. On créa des décemvirs 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 dé-

decemvirs (- 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'adjudica 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 decemvirs, 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 Virginie. 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 decemvirs : 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 decemvirs.

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 decemvirs 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 Pompo-
nius.

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'étoffer. 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 303/451, 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
du Xvirs en
vue de rédiger
des lois
qui établiront
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 décurions 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.

Auparavant, on avait chargé une commission de

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
révolutionnai-
re de la nomi-
nation 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 faisait 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'on 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'attitude des decemvirs.

decemvirs 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 decemvirs 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 decemvirs 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 decemvirs, et il est véritablement un candidat à la tyranie, 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 decemvirs et il crée les autres decemvirs 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 decemvirs 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 decemvirs, 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 decemvirs, 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 decemvirs 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'histoire de
Virginie.

Cette histoire de Virgine, 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 decemvir 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 Virginus, 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, 298/456, 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.

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 *vindiciae*, 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 le 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-

La lutte entre patriciens et plébéiens.

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 avait 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 decemvirs 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.

L'affichage des
XII Tables.

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.

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

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 decemvirs legibus scribundis, que l'oeuvre des decemvirs, de la deuxième année n' a pas été ache-

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 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 Virginia. 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 Virginia.

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 toute 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 tradi-
tion. L'opposi-
tion 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'invraisemblance 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 invraisemblable que précisément pour cette deuxième an-

née certains historiens relèvent qu'aux decemvirs 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 decemvirs. 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 Virginie 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'in vraisemblance de son changement total entre la première et la seconde année.

Chapitre III.

CONTROVERSE SUR L'AUTHENTICITE DES

XII TABLES.

L'opinion traditionnelle de l'historicité 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 decemvirs et qu'ils ont légiféré et accompli cette oeuvre 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 imaginatives qui en avaient été faites à l'époque postérieures.

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 tout 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 e 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 decemvirale, mais la controverse de 1902 a rappelé qu'il y avait déjà des précédents dans l'attaque.

Les premières
attaques contre
l'histori-
cité 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 Nicolini, 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'histori-
cité 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 études séparées *Ricerca 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 decemvirs 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 decemvirs. Parmi les seconds decemvirs, en effet, certains auteurs placent 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 decemvirs, 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 correspond, dit-il, -ceci est très intéressant- au droit familial de la période gentilibes, 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 routes.

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 des 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 législation
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 decemvirale 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, Ap-pius 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 cachées les livres qui permettraient de connaître le droit civil.

L'adversaire 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 decemvirs 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'o

La législation
des XII Tables
ne serait pas

l'oeuvre des Xvirs mais se serait constituée peu à peu avant d'être réunie par Cneius Flavius qui l'aurait antidatée.

Caractère hypothétique 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.

1- Silence des sources anciennes 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 avant 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-

des XII T.
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 légis-
latif.

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 ~~mén~~ technique. 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 coeur. 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°- Contesta-
tion des ren-
seignements
fournis par
les Fastes
capitolins.

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 capitolins, ces tables de marbres qui existent

encore à Rome et qui donnent la liste des consuls ou decemvirs sont placés 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 elle-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 decemvirs 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 decemvirs *legibus scribundis* c'est un nom qui a peut-être été emprunté aux magistratures decemvirales de temps postérieurs, notamment du II^e et du I^{er} siècle av. J.C., les *decemviri 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 decemvirs 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, decemvirs, 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 decemvirs 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 Pactus

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 Scaevola 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'a-

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 vieillies, 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 Petrus 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 Garmaïns 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 de celles-là on a des preuves certaines.

Les défenseurs
de l'authenti-

Ces articles soulèvent une vive émotion parmi les Romanistes, de tous les côtés les plumes se lèvent

ité des XII
Tables.
L'article
de P.F. Gi-
rard.

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 cet 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 ce-

lui-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 décenvirale. 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 et la critique des sources et des hypothèses bâties sur ces sources.

Nous diviserons ce chapitre en quatre points :

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

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

III - Les décenvirs, leur rôle historique, vote et publication de la loi.

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

I- 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 - Examinons le premier mobile : les Romains auraient voulu mettre fin à l'inégalité de condition

lité entre patriciens et plébéiens (Denys d'Halicarnasse et Tite-Live).

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. 3I,7; Ch. 34, 3; ch. 56,9; ch. 6I,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 choisir 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 ainsi la rédaction: "Les décemvirs avaient autant que dix hommes en sont capables; mis tous leur 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 Virginius, 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 dou-

ter 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 entre eux l'interdiction de se marier.

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, 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 faillite complète si tel avait été son but.

Fausseté de l'explication plébeio-patricienne.

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 le 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 antagonisme 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 fausse.

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 répandue 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 pete-*

rentur 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 prît fin, on décida, avec le consentement de tous, de créer des décevirs 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 décevirs ont été créés pour fonder le droit, : *ad condenda jura creati*.

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

Cicéron, de *Republica*, II,60, dit que les décevirs sont ceux qui sont chargés d'écrire les lois, et ces indications sont confirmées par le nom même qui fut donné aux décevirs dans les *Fastes Capitolins*, en l'année 303 : les magistrats sont appelés *decemviri consulari imperio legibus scribendis*, ce qui a été abrégé en *decemviri legibus scribundis*. C.I.L. VI,2011 et XIV,223; Suétone : 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.

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 siècles. 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, nécessitant 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 pro-

fond. 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.

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

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 décumvirale 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 civile, 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 Etrusques 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 soumis 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 règlement : la guerre privée, puis l'arbitrage volontaire.

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 forma-

liste 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 après la conquête étrusque. Lutttes 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 lutttes 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 lutttes 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 quirritium, 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 tout 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 (303-451).

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 propriété 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,

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

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 majores, 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 decenvirs, dit: Les decenvirs 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 la source de tout le droit public et privé.

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

C'est en ce sens alors que nous dirons, 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 quelles, 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 transformations dans les mœurs, dans le droit des Romains.

Cette transformation a consacré le triomphe des autorités de la cité sur l'ancien système qui établiss-

sait 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 aboutissement de conquêtes progressives des autorités de la cité sur les coutumes gentilices et point de départ d'un développement indéfini du droit civil. Transaction entre le Jus civile et le droit ancien.

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 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 œuvre d'imagination de Sextus Aelius Petrus 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, tous 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 lointaine, 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 pro-

cédures 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.

Les actions
de la Loi.
Sens de cette
expression.

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 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.

Le droit pénal.

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 des 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 gentiliées, 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 différentes. 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.

II - L'Ambassade en Grèce.

Caractère
adventice de
l'ambassade
en Grèce
contredite
par une indi-
cation 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'adaptent 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 (II.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.

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

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.I.I3, 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 douteux 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 décemvirs, - 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 décemvirs avec l'*imperium consulaire* pour écrire les lois, et les listes de ces décemvirs 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 Curiatius 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 Cornicen 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, Duilius 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.

masse, 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.

Pour ou contre l'historicité des XII Tables. 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 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 œuvre 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 œuvres 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 *Dissertatio 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 245-309 le célèbre Junius Brutus pour que les autres Brutus aient un ancêtre. De même on a intercalé des Volumnii, des Minutii, des Sempronii, 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 privatisque 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 patriennes 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 dis-

parues. Parmi les decemvirs, il y en a trois : Romilius, consul de 299/445 et decemvir de 303/451, Sestius, consul en 302/452 et decemvir en 303/451; Curiatius consul, en 301/453 et decemvir 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 magistrature.

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

Si l'historicité des decemvirs 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 dé-

tails 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 decemvirs 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 edito satis correctae viderentur, centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt* : Lorsque les corrections faites d'après l'opinion publique sur chaque chapitre de ces lois parurent 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 decemvirs de la deuxième année, les mauvais decemvirs, rédigent les deux tables qui manquaient. On s'attendait à la convocation des comices, les decemvirs n'en parlent pas. Ils laissent passer les dates habituelles de ces convocations. Tite-Live nous dit pourquoi :

Tite-Live, III, 37, 4 : *Hae 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 decemvirs 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 decemvirs 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 Gasetze* 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 compétence plus ancienne et plus vénérable.

raisonnable
n faveur de
'idée que ce
serait une lex
data.

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 decemvirs 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 decemvirs, parce qu'ils sont dix, qui sont chargés de rédiger cette loi constitutionnelle : ce sont les decemvirs sacris faciens, 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

Unanimité des
historiens
sur le fait de
l'affichage.

XII Tables ait été une *lex rogata*, une loi centuriée, qu'il est possible qu'elle ait été une *lex data*.

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 rostres qui étaient placés 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 rostres, 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 aggrederentur leges decemvirales quibus "tabulas duodecim" est nomen, in aes incisas in publico proposuerunt*.

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 prêteurs, 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 pourraient 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 roboreas, tables de bois, ce qui est plausible, mais arbitraire. Mommsen, *Juris*, *Schrif* 3;p.302 ,4, propose aereras, ce qui est une correction beaucoup plus difficile. Les autres sources parlent de tables de bronze.

lieu de l'affichage.

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 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 ~~est~~ 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 rostrales, 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.

Destruction des XII Tables lors de l'incendie de Rome par les Gaulois. 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

incisés 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 ad sacra pertinebant, a pontificibus maxime, ut religione obstrictos haberent multitudinis animos 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 de la 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.

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 rostrales, 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

" Les Cours de Droit "

3, PLACE DE LA SORBONNE, 3

X

Répétitions Écrites et Orales

Reproduction interdite

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, 110, 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 sunt 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 était 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 pêche. 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 monde
romain à l'é-
poque de Ci-
céron.

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 temps 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 : discēbamus 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 ouvrages
des juricons-
ultes.

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 commenter 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 juriconsultes 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 préoccupations archéologiques sont des préoccupations modernes, 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 jurisconsulte n'a pas de préoccupation scientifique.

Le latin des
XII Tables et
le latin ancien.

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 développée avant le VII^e siècle de Rome fondée, au milieu par conséquent du II^e siècle av. J.C. C'est à l'époque 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 primitif, 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^e 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 commentaires 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 nomme édile curule, en 450/304, par conséquent 150 ans environ après la loi des XII Tables.

Sextus Aelius.

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 : Praeterea etiam in commentariis Labeonis, quae ad XII Tabulas composuit, ita scriptum est : Au reste, même dans les Commentaires de Labéon, qu'il composa sur les XII Tables, voilà ce qui est écrit.

De même XX,1,13, 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.

Chapitre V.

LES LEGIS ACTIONES.

Dans le paragraphe Premier du chapitre précédent (qui aurait dû être le paragraphe dernier puisque c'est par là que nous aurions mieux fini ce chapitre) j'ai essayé de déterminer quels étaient le but et le caractère de la loi des XII Tables.

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 majores, 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 consécrationes religieuses, par des dévotions des personnes et des biens, des coupables aux dieux, par des excommunications, des mises hors de la commu-

nauté, 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 interpé-
nétration.

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 toute 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 apparaîtra de la manière la plus claire et la plus définie depuis longtemps.

Importance de
la procédure

Les legis actiones, nom donné à la procédure.
C'est un fait non douteux que la partie la plus im-

dans les XII
Tables.

portante 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.

Les legis ac-
tiones, sens
et origine
historique
de cette ex-
pression.

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 rap-
peler l'origine historique.

Explication
dogmatique
de Gaius.

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 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. Elles n'est pas le sens d'une explication his-

torique 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 Triperitæ -556/I98-, 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 lois Silia et Calpurnia, créées à une date ignorée, mais postérieures à la loi des XII Tables, ont introduit la legis actio per condemnationem. 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.

explication
historique
Pomponius.

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

Les cinq L.A. de Gaius.

Gaius nous dit qu'il y avait cinq actions de la loi : Gaius, IV, I2 : "Lege autem agebatur modis quinque : sacramento, per judicis postulationem, per conductionem, 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 (mainmise), par pignoris capio (prise de gage).

De ces cinq actions de la loi nommées par Gaius, il en est une, la *legis actio per conductionem*, 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 pecunia; 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 desiderata 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 conditionem* a du 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.

Autres L.A. 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 régle minutieusement cette procédure. Elle devait se faire *certis verbis*; son nom l'indique.

Girard, Manuel, 8^e éd., p. 1027, note 2, p. 1031 et 1032, 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'ac-

tion 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.

Les pièces essentielles du système des L.A.

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.

Son caractère complet et susceptible de développement indéfini

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 jugement 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 procédu-

re 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

IN JUS VOCATIO, MANUS INJECTIO.

Une remarque s'impose à tous ceux qui entreprennent l'étude des actions de la loi dans les XII Tables, et elle s'est toujours imposée avec la même force à tous les historiens. Cette remarque fournit une base solide aux suppositions que l'on fait sur l'état social qui a précédé celui qui nous est révélé par les XII Tables. L'état social des XII Tables est caractérisé par l'intervention de l'arbitrage de l'Etat dans les contestations qui s'élèvent entre les citoyens au sujet de leurs rapports de droit privé.

L'état antérieur, nous ne le connaissons plus directement par aucun témoignage. C'est cet état où, l'arbitrage n'existant pas, les particuliers avaient un autre mode de se faire justice à eux-mêmes, sous le contrôle du formalisme et de la surveillance du groupe. Ce n'était plus le règne de la violence pure et simple, puisque cette justice privée devait suivre certaines

formes, mais l'arbitrage de l'Etat ne l'avait pas encore règlementée.

Cette supposition, l'état social réglé par les XII Tables la transforme en une certitude, qui est d'ailleurs acceptée par tous les auteurs, car l'état antérieur à l'époque des XII Tables, était encore si proche et si vivant que la cité, en imposant son arbitrage, ne met pas sa force à la disposition des particuliers. Le représentant de l'Etat ne se préoccupe pas de donner à la partie lésée les moyens d'amener devant lui celui dont il se plaint. Une fois la sentence prononcée, les organes de la cité ne se préoccupent pas davantage de la faire exécuter.

Ces deux conditions, qui nous paraissent des conditions essentielles de l'autorité publique, le magistrat ne les a pas encore prises à son compte. Il n'a pas encore eu l'idée de créer l'huissier et le gendarme. Il laisse pour le début et pour la fin de la procédure d'arbitrage le champ libre à la justice privée ancienne qui continue dans ce domaine à fonctionner librement.

La loi se contente de fixer minutieusement les conditions dans lesquelles la justice privée s'exercera, mais à condition de respecter ces règles, elle est libre de s'exercer si elle le peut et dans les limites de son pouvoir.

I. L'in Jus vocatio.

Les textes relatifs à l'in jus vocatio ont été placés en tête de notre reconstitution des XII Tables et ils sont, avec ceux de la manus injectio, parmi les textes conservés le mieux, en tous cas ceux qui représentent les passages les plus longs que nous connaissions.

Texte des
XII Tables
sur l'in jus
vocatio.

Table I, loi 1: 1. Si in jus vocat, (ito) ni it, antestamino: igitur em capito. 2. Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito. 3. Si morbus aevitasve vitium escit (qui in jus vocabit) jumentum dato. Si nolet, arceram ne sternito. - 1. Si le demandeur appelle le défendeur devant le magistrat que celui-ci y aille. S'il ne va pas que le demandeur prenne des témoins et ensuite qu'il saisisse le défendeur. 2. Si le défendeur cherche à ruser ou à s'enfuir que le demandeur mette la main sur lui. 3. Si le défendeur est empêché par la maladie ou par l'âge que celui qui l'appelle devant le magistrat lui fournisse une bête de somme (avec un charriot). Si le défendeur refuse, que le demandeur ne fournisse pas de charriot couvert.

Le texte de la loi I est un texte corrigé. Il

nous est donné par le commentateur d'Horace, Porphyre, au Livre I des Satires, Satire IX, vers 76. Dans cette satire, Horace se met en scène. Il est arrêté sur la voie sacrée qui conduit au Forum par un fâcheux. Ce fâcheux l'assomme de ses bavardages, au lieu de se rendre devant le prêteur où il est cité par son adversaire. Horace est délivré par cet adversaire, furieux du retard, qui vient du Forum et qui va faire manus injectio sur le personnage en retard. Il demande à Horace d'être témoin, licet antestari. Puis-je te prendre à témoin, dit-il ? Demandeur et défendeur s'en vont tous les deux et Horace est délivré.

Dans le commentaire donné par Porphyre qui explique la scène en citant la loi des XII Tables, les paroles de la loi des XII Tables sont ainsi rapportées: Si in jus vocationi tantestaminigitur en capito. C'est Jacques Godefroy qui a fait la correction: Vocat ni it antestamino igitur. Il a séparé les mots et n'a ajouté qu'un minimum de lettres.

Ito, qui figure dans la formule donnée par Girard, est une addition; de même que plus loin: qui in jus vocabit.

Les autres sources, Cicéron et Aulu Gelle, ne citent que le début: Si in jus vocat.

Au point de vue de la langue, on fait remarquer que l'inversion constante du sujet qui caractérise ces premières phrases est un signe d'antiquité. Festus explique que em est mis pour eum, ce qui est encore un autre signe d'archaïsme.

Dans la Table I, loi 2, les grammairiens discutent le sens de struit et de calvitur, qui n'est plus très sûr, et dans la Table I, loi 3, ils expliquent ce que c'est que le jumentum et l'arcera.

Nous voyons par ces textes que l'in jus vocatio se fait certis verbis. Ces verba sont d'ailleurs les plus simples qui soient: in jus te voco. Il semble bien que le demandeur n'avait pas à expliquer les causes de l'in jus vocatio. Les explications qu'il a à donner, il les donnera devant le juge.

Cela résulte d'un passage de Plaute, Persa, le Persan, IV, 9, 8: Un dialogue est ainsi échangé entre deux personnages de la Comédie, dont l'un veut appeler l'autre en justice. Le demandeur commence:

Age, ambula in jus, leno. Quid me in jus vocas ?

Illi apud praetorem dicam sed ego in jus voco.

Nonne antestaris ?

Allons viens devant le magistrat, entremetteur. Pourquoi m'appelles-tu devant le magistrat ?

Cela je le dirai devant le prêteur, mais je t'appelle devant le magistrat.

Ne prends-tu pas de témoins ?

La forme de
l'in jus vo-
catio.

Caractère non individualiste de la procédure. Le rôle des amis et des témoins.

L'individu ainsi interpellé doit suivre immédiatement devant le magistrat celui qui l'interpelle. Il n'a pas le droit de résister. S'il n'obéit pas volontairement le demandeur prend à témoin les gens autour de lui et nous voyons dès le début de la procédure apparaître ce trait caractéristique, qui va se manifester dans toutes les péripéties de l'action, à tous les degrés, à tous les moments de la procédure, nous allons voir apparaître ces gens, ces témoins. Nous allons voir comme règle essentielle que la procédure romaine n'est pas une procédure individualiste, qui met en face deux individus, devant un arbitre qui est le juge. Ce n'est pas une lutte d'un homme contre un autre homme, c'est la lutte d'un groupe contre un autre groupe.

Dans tout le cours de la procédure, demandeur et défendeur sont entourés de parents, d'amis, qui interviennent pour eux, qui les garantissent, qui prennent même leur place, qui viennent promettre qu'ils feront des choses, ou qui promettent eux-mêmes simplement que la chose sera faite. Un individu isolé à Rome ne pouvait pas plaider, il n'a pas audience devant le prêteur s'il est seul. C'est donc une solidarité, solidarité qui est un vestige évidemment de l'ancienne vie de clan, de groupe.

Mais il y a quelques difficultés à dire de façon précise que ces représentants du groupe sont des gentilices. C'est ce qu'on dit volontiers, en poussant un peu plus loin qu'il ne faudrait l'hypothèse gentilitice. En réalité on connaît de façon sûre, par tous les incidents de procédure, cette façon de plaider en groupe, entouré de gens qui garantissent, mais on dépasse ce qu'il est permis de dire d'après les textes en affirmant que ce sont des co-gentiles.

Il y a des textes qui parlent d'amici, il y en a même d'autres qui parlent, mais à propos d'autre chose que de la procédure, de vicini. Le pont entre ces amici et ces vicini n'a pas été encore jeté, on n'a pas pu l'apercevoir dans les textes. Par conséquent c'est une supposition trop audacieuse que de parler d'une façon courante de cogentiles pour ces co-jureurs, pour ces garants. C'est toujours une supposition qui entre dans l'ordre de la vraisemblance, mais qui est encore arbitraire.

Mise en scène du demandeur sur le défendeur. Résistance de celui-ci.

Ayant ainsi pris à témoin les personnes qui sont avec lui, le demandeur se saisit du défendeur.

La deuxième loi nous donne des détails sur ce qu'on entend par la résistance du défendeur : Si calvitur pademve struit.

"Les Cours de Droit"

3, PLACE DE LA SORBONNE, 3

X

Répétitions Écrites et Orales

Reproduction interdite

Gaius, D, 50, 16, 2, 33, de Verborum significatione, dit que calvitur veut dire ruser, tromper, pour retarder le demandeur et pour le frustrer.

Festus cite toute la phrase des XII Tables, en expliquant le mot struere, dans son de verborum significatu. Il dit que les anciens employaient le mot struere dans le sens d'ajouter, augmenter. Quant à ces mots des XII Tables : si calvitur pedemve struit, les uns pensent que cela veut dire se rejeter en arrière, les autres aller d'un autre côté, d'autres fuir, chercher à fuir, ou au contraire hâter le pas, d'autres enfin disent que cela veut dire ralentir la marche, lorsqu'un individu, explique Festus, met à peine un pied devant l'autre, lorsqu'il marche lentement et qu'il s'arrête.

Vous voyez que ce sont des mots anciens dont on ne connaît plus le sens précis à l'époque des jurisconsultes classiques. Mais on comprend très bien que ce n'est plus une bataille qu'on veut livrer, c'est un essai de fuite, c'est une résistance par la ruse.

Excuses opposables par le défendeur.

Puis la loi explique que le défendeur peut invoquer quelques excuses : la maladie ou la vieillesse qui l'empêche de suivre le demandeur. Alors cette précaution est prise, qui montre jusqu'à quels détails la loi descend pour protéger les droits de l'un et de l'autre : la loi dit que celui qui excipe de son âge ou de sa santé pour ne pas suivre le saisissant, sera transporté devant le magistrat : on doit le transporter sur un jumentum, mais on ne lui doit pas une arcera. Jumentum dit Aulu-Gelle ce n'est pas une bête de somme mais un chariot attelé. L'arcera est un chariot couvert.

Absence de sanction contre une résistance ouverte du défendeur.

En somme, la caractéristique de ce droit, c'est qu'il ne prévoit pas une résistance ouverte, une véritable bataille. Il prévoit celui qui veut tâcher de se sauver, ou bien qui ne veut pas marcher, mais il ne prévoit pas la bataille. Le défendeur n'a pas le droit de refuser purement et simplement, ouvertement de venir lorsqu'il a été saisi suivant les formes et la loi qui prévoit jusqu'au voile qu'on doit lui mettre sur la tête, ne prévoit pas ce qu'il faudrait faire en cas de résistance ouverte. Elle ne donne pas les moyens de vaincre une résistance déterminée.

Ce n'est que beaucoup plus tard que le prêteur dans son édit donne une action in factum, qui sera au montant de tout le litige contre celui qui, étant appelé en justice ne serait pas venu et n'aurait pas fourni un vindex.

Gaius, IV, 46: Ceterae quoque formulae quae sub titulo de in jus vocando propositae sunt, in fac-

tum 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 sous le titre de l'appel en justice, sont conçues in factum, comme celle qui est donnée contre celui qui, appelé en justice, ne serait pas venu ni n'aurait pas fourni de vindex, de même contre celui qui aurait délivré par la force celui qui est appelé devant le magistrat.

De ce que la loi des XII Tables ne prévoit pas de sanction, que cette sanction n'a été jugée utile, que beaucoup plus tard, je conclus que le besoin ne s'en faisait pas sentir à l'époque des XII Tables, que à cette époque on ne résistait pas à l'in jus vocatio, que par conséquent celui qui était saisi suivant les formes et devant témoins n'aurait pas osé braver la coutume et contre cette coutume résister. L'opinion publique qui est si importante dans ces petites cités primitives ne l'aurait pas toléré.

Mais j'en conclus aussi que le droit des XII Tables est éminemment un droit aristocratique et qu'il est infiniment probable qu'un humilier, comme on a dit plus tard, un homme de basse condition, n'aurait jamais osé attaquer un potens, un puissant et qu'il ne l'aurait pas appelé en justice s'il n'avait pas été lui-même soutenu par un autre groupe qui aurait fait équilibre au premier, ou alors dans les débuts de la démocratie par la foule qui l'aurait soutenu et qui lui aurait donné le courage, à ses risques et périls, de braver le potens.

Cicéron nous parle de l'incertitude du droit que peut vaincre la faveur, que peut détourner la puissance, que la collusion peut éteindre. C'est ce droit reposant sur la force des particuliers, c'est le droit primitif. Les Romains n'ont jamais cessé, et d'ailleurs aucun peuple n'a jamais cessé de tenir compte de l'état social des gens.

Cependant à celui qui est saisi, il reste deux moyens s'il ne veut pas aller devant le juge. Le premier moyen est de donner satisfaction à celui qui le saisit et le deuxième moyen c'est l'intervention du vindex.

Gaius, Livre I sur les XII Tables, D.II,4,22,I nous dit : Qui in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est : si quis ejus personam defendat, et si, dum in jus venit, de re transactum fuerit : Celui qui est appelé devant le magistrat peut être libéré dans deux cas : si quelqu'un prend la défense de sa personne ou si, pendant qu'il est amené devant le

Double moyen
laissé au défendeur pour ne pas se présenter devant le juge : la composition volontaire ou la fourniture d'un vindex.

juge, on transige au sujet de l'affaire.

Ces deux moyens portent l'un et l'autre la trace du droit coutumier le plus ancien car le second de ces moyens c'est la composition volontaire qui arrête la colère et le bras du créancier. Le débiteur est ainsi libéré par une composition volontaire.

Le deuxième moyen est encore plus caractéristique. Ce débiteur qui est saisi ne peut rien faire par lui-même, et voici qu'intervient un *deus ex machina*, un autre citoyen, un membre du groupe. Il se contente de parler, il ne vient pas lutter contre les autres qui entraînent le débiteur, il se contente de dire quelques mots.

Nous verrons, lorsque nous étudierons la *manus injectio*, que ce même personnage réapparaît à ce moment et que la loi des XII Tables nous dit : *vindicit* : il dit la force. C'est le *vindex*.

Que ce soit le *vindex* qui, dans l'*in jus vocatio*, parle, c'est ce qui résulte à la fois des deux passages de Gaius que nous avons cités, en les combinant. En dernier lieu Gaius dit : *si quis ejus personam defendet : si quelqu'un défend sa personne*. Mais plus haut, il a dit, qui *in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit* : celui qui ayant été appelé en justice n'est pas venu ou n'a pas donné de *vindex*.

On admet donc en général que l'*in jus vocatio* peut être arrêtée par le *vindex*. Le *vindex* réapparaît dans la *manus injectio*, c'est parce que ces deux procédures sont arrêtées par le *vindex* que nous les avons réunies. Nous les réunissons parce que dans toutes les deux la loi des XII Tables parle de *manum injicere*.

Conséquence
de l'interven-
tion du *vindex*.

L'effet de cette simple parole *vim dicere*, est un effet véritablement extraordinaire. Il faut y être habitué comme nous le sommes par l'évidence des textes pour l'admettre comme une chose qui va de soi. L'intervention du *vindex* libère totalement et définitivement le défendeur.

Il n'est plus et il ne peut plus être pour la même affaire *in jus vocatus* ou *judicatus*.

Evidemment l'affaire n'est pas finie, elle va reprendre entre le *vindex* et le demandeur, dans la procédure d'arbitrage que nous connaissons.

Mais elle n'a pas été créée en fonction de cette procédure d'arbitrage.

On peut concevoir qu'un autre citoyen se porte fort, vienne garantir, vienne protéger l'autre citoyen dans un système judiciaire, mais on ne peut pas concevoir que par sa simple parole il le libère définitivement. C'est pourquoi sous cette institution telle que nous la connaissons à l'époque de la justice de la cité se cache une autre institution, d'une nature différente. C'est ce que nous verrons en étudiant, dans le chapitre suivant, le vindex.

Mais enfin, s'il n'a pas donné de vindex, s'il n'a pas payé, le débiteur n'a qu'une ressource, c'est de suivre le demandeur devant le magistrat.

Conditions
de validité
de l'in jus
vocatio.

Les conditions dans lesquelles peuvent se faire cette in jus vocatio sont étroitement réglementées. On peut faire la violence, mais on ne peut pas la faire de toute façon et n'importe quand.

1°) bien entendu, l'in jus vocatio ne pourra avoir lieu que les jours judiciaires et du lever du soleil au coucher du soleil. C'est une règle qui subsiste encore: l'huissier ne peut instrumenter que pendant une certaine partie du jour contre les débiteurs.

Elle ne peut avoir lieu que les jours judiciaires, c'est-à-dire ceux où le consul ou le préteur siège sur le Forum, car le droit du demandeur c'est d'amener le défendeur devant le magistrat. Par conséquent les jours qui sont occupés par les cérémonies religieuses, par la réunion des comices, par le vote, ne sont pas des jours où l'on peut faire in jus vocatio; ce sont des jours néfastes et si on faisait ces jours-là in jus vocatio, on s'exposerait à une action d'injure.

2°) Les magistrats qui ont l'imperium, c'est-à-dire les consuls, les préteurs, les préfets plus tard et les proconsuls, en outre les tribuns du peuple (quoiqu'ils n'aient pas l'imperium, leur personne est sacrée) ces magistrats ne peuvent pas être appelés en justice, car ils ont eux-mêmes le droit de coercitio, ils ont le droit de faire conduire en prison les citoyens par leurs appariteurs. D'ailleurs la dignité de magistrats ayant l'imperium ne les empêche pas de répondre volontairement à une citation;

3°) On ne peut pas déranger par une in jus vocatio un citoyen qui est occupé à remplir un office public, ou qui remplit un office religieux, par exemple tout magistrat n'ayant pas l'imperium et occupé à son office: le censeur qui fait le recensement, les édiles qui surveillent les marchés, ne peuvent pas être interpellés et arrêtés par une in jus vocatio, les jurés lorsqu'ils siègent.

De même le particulier lorsqu'il est en train

d'accomplir son devoir familial en enterrant ses morts, lorsqu'il célèbre à titre de devoir religieux les funérailles de quelqu'un. De même encore le marié et la mariée, lorsqu'ils accomplissent les cérémonies nuptiales: pendant tout le jour, ils sont protégés contre leurs créanciers qui ne peuvent pas arrêter la cérémonie en les amenant devant le juge.

4°) On peut appeler en justice, mais on ne peut pas contraindre à venir celui qui est dans sa maison, ou qui est sur son fonds de terre.

5°) Les parents et les patrons ne peuvent pas être appelés en justice par leurs enfants et par leurs clients. Il faudra plus tard, pour pouvoir le faire, une permission spéciale du préteur.

Dans tous ces cas, celui qui voudrait faire une in jus vocatio malgré ces règles est exposé à l'action d'injures. Ces règles sont données en général dans le D.II.4, au titre de in jus vocando.

6°) Un trait de mœurs nous est indiqué par Valère Maxime, 2.I.5.: une matrone, c'est-à-dire une femme mariée peut être appelée en justice si elle a des dettes, mais on ne peut pas la toucher, on ne peut pas faire manus injectio sur elle. J'ai essayé l'année dernière d'expliquer cette règle par le souvenir des très anciens tabous qui interdisent aux femmes mariées tout contact avec un autre homme que leur mari.

Quand le défendeur est amené devant le magistrat, l'action de la loi organisant le procès doit normalement s'engager immédiatement. Mais cela n'est pas toujours facile, les formalités sont longues et difficiles, le magistrat peut être empêché, il peut avoir d'autres choses à régler. Alors on prend date pour revenir au jour fixé.

Ici encore apparaît le caractère aristocratique de la procédure romaine. Si le défendeur est un pauvre diable, qui est seul et sans défense, il sera emmené par son créancier, dans sa prison domestique et sera représenté le jour fixé. Mais s'il n'est pas abandonné de tous, s'il fait partie d'un groupe, son groupe interviendra. Lui personnellement, il ne peut rien promettre, il ne peut rien faire; les autres viendront promettre pour lui qu'il réparera devant le magistrat. Ce sont les vades, c'est le vadimonium: c'est le vās ou les vades qui garantissent la comparution de nouveau du défendeur devant le magistrat. Là encore, la situation de ces vades n'est pas quelque chose d'absolument clair. Nous les étudierons en même temps que le vindex. Chaque fois qu'il y a des remises, ces vades s'engagent à de nouvelles comparutions.

Nous avons ainsi vu le premier acte du drame

Comparution
devant le ma-
gistrat. Or-
ganisation
immédiate de
l'instance ou
remise à un
jour fixé.
Vades et va-
dimonium.

Caractère provisoire de la manus injectio réalisant l'in jus vocatio.

judiciaire. C'est une manus injectio, les textes le disent: manum injicit, mais elle est provisoire, en attendant le jugement.

Nous allons maintenant tout de suite passer au dernier acte, en laissant de côté la partie centrale qui est le jugement; nous allons étudier la manus injectio proprement dite, celle qui place le débiteur définitivement sous la main de son créancier et qui le conduit jusqu'au bout de son triste sort.

Nous examinerons d'abord les différentes formes de procédure, et nous terminerons en indiquant dans quels cas la manus injectio peut être employée.

II. La manus injectio.

Textes sur la manus injectio.

La manus injectio est relativement assez bien connue; Elle nous est décrite par Gaius, dans ses Institutes, IV, 21 à 25; elle nous est très longuement expliquée par Aulu-Gelle dans ses Nuits Attiques, Liv. 20 ch. I, § 22 à 45 et au Liv. XV, ch. 13, § 11. Dans ces deux endroits, Aulu-Gelle nous donne le texte de la loi des XII Tables sur la manus injectio et il commente la manus injectio.

Puis la manus injectio nous est encore connue par le Chapitre 61 de la Lex Coloniae Juliae Genetivae, de l'an 710 (Textes de Girard, p. 90). C'est une application qui est faite par la loi de la manus injectio.

Discussion du texte des XII Tables, sur la Manus Injectio.

La manus injectio se trouve dans la loi des XII Tables, à la Table III, loi 1; voici comment commence pour nous ce texte de la loi des XII Tables: Aeris confessi rebusque jure judicati XXX dies justis sunt.

Je ne traduis pas tout de suite ce texte; le fonds en est clair et ne souffre aucune difficulté. La loi dit qu'à partir du moment où la dette a été avouée: aeris confessi, à partir du moment où l'affaire a été jugée, rebus judicatis, le défendeur a un délai légal de trente jours: dies justis. Et Aulu-Gelle explique: c'est pour que pendant ce délai il s'ingénie pour réunir l'argent et pour payer son créancier.

Par ce texte le confessus est assimilé au judicatus: celui qui a avoué in jure devant le magistrat est dans la même situation que celui qui a été condamné, tous les deux sont soumis à la manus injectio judicati.

Donc le sens n'est pas douteux, mais il est un peu plus difficile de se rendre compte grammaticalement de la phrase: aeris confessi est au génitif, là pas de doute: de la dette confessée. Mais rebus judica-

tis peut être aussi bien au datif qu'à l'ablatif. Plusieurs philologues, en particulier Horn: Zur Geschichte der absoluten Partizipialkonstruktionen in Latein (1918, p. 88): sur l'histoire de la construction du participe absolu en latin, et plusieurs autres, voient dans ces deux termes un génitif absolu, suivi d'un ablatif absolu. Aëris confessi: la dette ayant été avouée; rebus judicatis jure: les choses ayant été jugées selon le droit, triginta dies sunt, qu'il y ait un délai légal de trente jours.

Voilà une traduction. Le génitif absolu est grec, l'ablatif absolu est latin; pour les uns il y aurait eu contamination de la syntaxe latine par la syntaxe grecque. Pour d'autres, ils voient dans ce génitif absolu, qui est suivi d'un ablatif absolu, un exemple strictement latin. Pour eux ce n'est pas une contamination du grec, c'est une règle latine. Mais à cela on fait remarquer que c'est un exemple unique dans la langue latine. Il y a bien des exemples de génitif absolu dans la langue latine, mais il n'y a pas un autre exemple qui dans un même texte et à la même époque superpose un génitif absolu avec un ablatif absolu.

Un juriste, Hagerström, qui est professeur à Upsal, a étudié ce texte, dans un recueil de Mélanges, Symbolae philologicae, offert à un autre professeur d'Upsal, Danielson, en l'honneur de ses 80 ans, en 1932. Hagerström commente notre loi et il propose de changer rebus judicatis en reis judicatis: le défendeur, reus, ayant été jugé. Il verrait dans la loi des XII Tables non pas l'affaire elle-même: rebus judicatis, mais le plaideur: reis judicatis.

En effet, avant de citer la loi des XII Tables, Aulu-Gelle l'explique, et son explication débute par la reproduction libre, par la reproduction à sa manière de la phrase des XII Tables qu'il va citer plus loin.

Voici comment il la commente: Livre XX, ch.1.42: Confessi igitur aëris ac debiti judicatis triginta dies sunt dati, conquirende pecuniae causa, quam dissolverent. Que l'on peut traduire de la manière suivante, mot à mot: Au sujet de la dette avouée (c'est alors un génitif de relation) et en faveur de ceux qui sont jugés pour dette (c'est un datif qui indique l'avantage) trente jours sont donnés pour que le débiteur se procure l'argent pour payer.

Ce serait donc pour Hagerström un génitif de relation, un datif de faveur. Il pense qu'il est invraisemblable de parler d'un génitif en faveur de la chose jugée; cela ne peut être vraisemblable que si l'on dit:

en faveur de celui qui est jugé.

Mais un philologue italien, cette fois-ci, Gino Funaioli, dans ses *Observations critiques* sur la loi des XII Tables, lui répond en 1934, dans les *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, I, p. 74. Il dit que cette correction n'est pas une correction facile, que c'est une correction arbitraire. A deux reprises, Aulu-Gelle donne le texte de la loi des XII Tables, d'abord dans ce livre XX.1.42, puis dans le livre XV, ch. 13, et dans les deux cas, il a dit: *Rebus judicatis*. Ce ne peut pas être par conséquent une erreur d'un scribe qui aurait pris un i pour un b. Cette erreur peut se produire une fois, elle ne peut pas se reproduire deux fois. Le b, de toutes façons d'ailleurs, ne peut pas être pris pour un i; le contraire serait plus facile.

De plus, la correction ne lui paraît pas utile, parce que le passage d'un nom de chose, *rebus judicatis*, à un nom de personne n'empêche pas la difficulté grammaticale du génitif suivi d'un datif.

Ce qu'on peut dire, dit le philologue, c'est que cette difficulté n'a pas arrêté Aulu-Gelle, non seulement lorsqu'il cite la loi, mais lorsqu'il la commente; dans les deux cas il reproduit cette suite. Il pense donc qu'il s'agit, dans l'un et l'autre cas, d'un génitif et d'un datif et que ce sont un génitif et un datif de même nature, ce sont tous les deux des temps possessifs qui indiquent la possession, qui sont gouvernés par le verbe être. En effet, d'après la grammaire latine on peut dire: *Haec domus patris mei est*, ou *patri meo*: cette maison appartient à mon père, ou elle est de mon père. Le génitif et le datif indiquent ici la possession.

Pour lui, il traduit de cette façon, mot à mot: A la dette avouée et à l'affaire jugée suivant le droit, trente jours légaux sont donnés. Le datif est plus possessif, si je puis dire, que le génitif. Le délai est donc donné, comme le dit Aulu-Gelle, à celui qui a avoué et à celui qui a été jugé pour chercher à se procurer l'argent.

II- *Post deinde manus iniectionis esto*. In jus du-
citur: Qu'ensuite il y ait mainmise, qu'il le conduise
devant le magistrat.

La mainmise
et la condui-
te devant
le magistrat.
La formule
de la L.A. ju-
dicati d'a-
près Gaius.

Gaius complète ces paroles des XII Tables en nous donnant la formule de la *legis actio judicati*: Gaius, IV, 21: *Per manus iniectionem aequae 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, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium judicati manum injicio: On agissait par mainmise 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 disait: 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 pour cela, je fais sur toi la mainmise en vertu du jugement pour 10.000 sesterces.

L'archaïsme de la formule et son rajeunissement.

Dans cette formule, quandoc est un mot archaïque que l'on ne trouve plus ailleurs, ce qui indique l'antiquité de la formule, mais elle porte la preuve en elle-même qu'elle a été modernisée, car elle parle de sesterces qui sont des monnaies frappées, tandis qu'à l'époque des XII tables, c'était les lingots de cuivre pesés qui servaient de monnaie. Il s'agit donc d'une formule archaïque mais qui a été rajeunie.

Observation sur l'emploi du terme manus injectio dans les XII Tables.

Comme je l'ai déjà dit, les auteurs ont l'habitude de réserver le nom de manus injectio, au sens strict du mot, à cette formalité accomplie devant le magistrat. C'est elle, en effet, qui place définitivement le débiteur jugé sous la main de son créancier. Ils font remarquer que dans l'in jus vocatio il n'y a pas de manus injectio de cette espèce, car elle n'est que provisoire, elle a pour but seulement d'amener le débiteur devant le juge.

Ces distinctions sont exactes, mais en refusant d'appeler la première, manus injectio, ils sont plus exclusifs que la loi des XII Tables elle-même. Nous avons fait remarquer que quand le demandeur met la main sur le défendeur pour l'amener en justice, la loi a dit: manum endo jacio. De même dans la partie qui indique la procédure d'exécution, la loi parle de manus injectio dès le début de la saisie, avant que l'on ait conduit le débiteur devant le magistrat: Post deinde manus injectio esto. Comme nous n'accuserons pas la loi des XII Tables d'inexactitude dans l'emploi qu'elle fait de ce terme, nous dirons que ce sont les auteurs modernes qui, à force de vouloir raffiner, font preuve d'une certaine inexactitude. Toute la procédure de saisie s'appelle manus injectio, depuis le moment où sur la place publique le créancier se saisit de son débiteur, mais elle n'a pas toujours le même résultat. Il y a une première partie qui précède la procédure de jugement proprement dite, c'est l'in jus vocatio; mais après que le jugement a été prononcé, la mainmise recommence, celle-ci pour aboutir

tir définitivement à l'exécution. C'est la manus injectio iudicati.

Dans sa déclaration devant le magistrat, le créancier nomme la cause de la dette. Il dit ce qui a été jugé, le iudicatum, il invoque le chiffre de la dette, et c'est encore une preuve a contrario que lorsqu'il saisit son débiteur sur la place publique, il n'a pas à dire pour quelle cause il le fait. C'est seulement devant le magistrat, soit qu'on veuille plaider, soit qu'on veuille rendre la saisie définitive, que l'on explique la cause de la saisie.

Situation du débiteur après le prononcé de la formule de mainmise. Les trois solutions possibles.

III - Ni iudicatum facit aut quis endo eo (in iure) vim dicit, secum ducito. Vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne majore, aut si volet minore vincito. S'il n'exécute pas ce qui a été jugé, ou si personne ne vient exprimer la force, c'est-à-dire se porter vindex, que le créancier l'emmène avec lui, qu'il le lie avec des entraves ou par des chaînes de 15 livres, jamais plus, mais moins s'il le veut.

Quand la formule de mainmise est prononcée, le débiteur ne peut pas résister. Il est placé dans la même alternative qu'au début de l'in ius vocatio et pour la même raison, parcequ'il est sous la main de son créancier: ou bien il doit le suivre sans rien dire, ou bien il doit payer: iudicatum facere.

L'intervention du vindex.

Mais il y a une troisième solution, qui ne dépend pas de lui, c'est l'intervention du même deux ex machina qui l'a miraculeusement délivré dans l'in ius vocatio. Ici il fait tomber ses chaînes, il le libère définitivement: c'est le vindex. Le vindex est un tiers, une autre personne, qui n'a qu'un mot à dire pour libérer le débiteur: "Vim dicit", mot à mot: "il exprime la force". Le vindex est donc celui qui vient opposer une déclaration à la déclaration du saisissant et le même effet radical se présente dans ces deux déclarations: pas plus que le saisi ne peut résister aux paroles et aux gestes du saisissant, le saisissant ne peut résister aux paroles et aux gestes du vindex. Le saisi est libéré et, nous le verrons, définitivement libéré, il ne doit plus rien.

Dans la procédure définitive des actions de la loi, c'est-à-dire celle qui comporte l'arbitrage de l'Etat, la responsabilité du vindex prend la place de celle du saisi. Elle est aggravée, car s'il est intervenu à tort, il doit le double. Nous aurons à rechercher l'origine et l'explication de cette institution singulière qui, somme toute, dessaisit au sens le plus radical du mot à la fois le saisissant et la justice, libère définitivement vis-à-vis du saisissant et de la justice le débiteur.

Absence de
paiement ou
de vindex -
le créancier
emmène le dé-
biteur.

Le rôle du
magistrat.

Mais pour continuer l'action de la loi, nous supposons que le saisi n'a pas pu payer ce qui a été jugé et n'a pas pu fournir de vindex. La loi des XII Tables dit alors immédiatement: *secum ducito*: que le créancier emmène le débiteur chez lui.

La loi est muette sur le rôle du magistrat devant qui se passe le fait, mais dans le commentaire qu'il donne de la loi, Aulu-Gelle, 20,42, dit: *Post deinde, nisi dissolverant, ad praetorem vocabantur, et ab eo, quibus erant iudicati, addicebantur nervo aut compedibus vinciebantur. Sic enim sunt, opinor, verba legis: "Aeris confessi...etc...: A la suite du délai de 30 jours, à 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 par des entraves ou par des chaînes. Telles étaient, je crois, les paroles de la loi: Aeris confessi, etc.,...*

Il y a donc controverse entre les auteurs modernes sur le point de savoir si dès l'époque des XII Tables le magistrat prononçait l'*addictio*. C'est le rôle essentiel du magistrat de prononcer les paroles sacramentelles: *do, dico, addico*.

Varron, de *Lingua latina*, VI,30: *Dies nefasti per quos dies nefas fari praetorem: do, dico, addico, itaque non potest agi*: Les jours néfastes dans lesquels jours il n'est pas permis au préteur de dire: *do, dico, addico*; c'est pourquoi on ne peut agir en justice.

Varron ajoute: *Necesse est aliquo uti verbo cum lege agitur*: Il est nécessaire de se servir de quelque'un de ces mots lorsqu'on agit dans une action de la loi.

D'après l'opinion commune, *do* indique le pouvoir du magistrat de donner un juge; *dico*, c'est son pouvoir d'attribuer les *vindiciae*, c'est-à-dire la possession provisoire des choses en litige sur lesquelles il y a contestation; et *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 dans les actions de la loi que sous la procédure formulaire, était essentiellement résumé dans ces trois termes. C'était des paroles sacramentelles qu'il prononçait dans les actions.

En était-il de même à l'époque des XII Tables? J'hésiterais à trancher la question avec une certitude qui ne résulte pas des textes. Je crois cependant que le silence de la loi est en faveur de la négative. Aulu-Gelle, parle de l'*addictio*. L'*addictio* était

en effet en usage de son temps. On ne peut donc pas croire qu'il ait omis par inattention une partie aussi importante du texte de la loi. L'explication qu'il donne immédiatement avant les paroles mêmes devait, au contraire, attirer son attention spécialement sur l'*addictio*, si elle figurait dans la loi des XII Tables.

De même la *lex Coloniae Juliae Genetivae*, dont les dispositions sur la *manus injectio* sont nettement inspirées de la loi des XII Tables, ne parle pas de l'*addictio*, à une époque où elle existait certainement. C'est que dans son modèle l'*addictio* ne figurait pas. On peut donc dire avec quelque vraisemblance qu'elle n'existait pas dans le modèle, c'est-à-dire dans les XII Tables.

Au reste, la *mancipation* nous donne un autre exemple d'une déclaration faite devant une personne dont la présence seule rend l'acte valable et qui écoute en silence cette déclaration, bien que l'acte repose tout entier sur son autorité. C'est donc un usage du droit archaïque. On peut imaginer que dans ces formulaires archaïques seules les paroles absolument indispensables sont dites. Il semblerait qu'à l'époque très ancienne, où l'acte juridique se rapproche, se confond même avec l'acte religieux, ou mieux encore avec l'acte magique, il y a un certain danger à prononcer des paroles dont l'effet est mystérieux et même magique. On écarte toutes celles qui ne sont pas absolument indispensables.

Le sort du débiteur dans la prison domestique. Les *nervi* et les *compedes*.

Le débiteur saisi était emmené par son créancier dans sa prison domestique. La loi règle son sort avec minutie: il sera enchaîné, dit-elle, avec un *nervus*. Le *nervus*, dont l'archéologie nous fournit des exemples, est une pièce de bois dans laquelle on introduit les pieds des esclaves ou des débiteurs. Il y en a qui sont comme une espèce de carcan dans lequel les mains et la tête sont engagés. Ou bien encore on peut lier les débiteurs avec des *compedes*, c'est-à-dire des fers qui sont mis aux pieds.

Jobbé-Duval, dans son ouvrage très intéressant, intitulé "*Les morts malfaisants*" (p. 256) dit que ce n'est pas une simple précaution pour empêcher le débiteur de s'enfuir, c'est un véritable supplice qui commence sa punition.

D'après le texte que nous avons indiqué, et qui est le texte admis par tous les recueils de textes, on fait dire à la loi que ces chaînes doivent peser au maximum 15 livres, moins, si le créancier le veut. Si l'on se reporte au texte d'Aulu-Gelle, on y constate un renversement curieux. Dans le texte d'Aulu-

Gelle, la loi disait que les chaînes doivent être au moins de 15 livres et si le créancier le veut, de plus. On corrige traditionnellement en pensant qu'il y a là une faute d'inattention du copiste. On change la place des deux mots mineure et majeure et l'on interprète alors cette prescription comme une mesure d'humanité pour empêcher que le créancier puisse trop lourdement charger son débiteur.

Jobbé-Duval, dans le livre que nous avons cité, analyse au contraire, avec probablement plus d'exactitude, cette disposition et il pense qu'il faut accepter le texte tel qu'il nous a été transmis, sans le changer et y voir bien un minimum et non pas un maximum. Le créancier doit mettre une chaîne d'au moins 15 livres, et ceci, dit Jobbé-Duval, pour éviter les protestations des autres créanciers qui pourraient se plaindre que le créancier principal, trop humanitaire, ait diminué la lourdeur du châtiment.

Obligation
pour le créancier de nourrir le débiteur.

IV - Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato. 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'épeautre par jour. S'il le veut, qu'il lui donne plus.

Nous voyons indiqué dans ce texte que l'on doit donner au débiteur au moins la ration d'un esclave.

Possibilité
d'une transaction entre le créancier et le débiteur.
Faute de quoi
présentation
du débiteur
à 3 marchés
successifs.

V - Aulus Gelle, 20.1.46.47. Aulus Gelle, après avoir cité ces paroles des XII Tables qui règlent l'obligation pour le créancier de nourrir à ses frais le débiteur enchaîné chez lui, explique la suite de la loi sans en citer les paroles: Erat autem jus interea paciscendi; ac, nisi pacti forent, habebantur in vinctulis dies sexaginta. Inter eos dies, trinis nundinis continuis, ad praetorem in Comitium producebantur, quantaque pecuniae judicati essent, praedicabatur. Tertiis 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 l'on proclamait pour quelle somme ils avaient été jugés. Mais après le troisième jour de marché, ils payaient leurs dettes de leur tête, ou bien ils étaient vendus à l'étranger, au-delà du Tibre.

Pendant qu'ils sont emprisonnés, les saisis n'ont pas encore perdu leur condition d'hommes libres. Ils ne sont pas esclaves, et comme l'a dit la loi, ils peuvent se nourrir sur leur patrimoine et ils peuvent en-

core composer, prendre un arrangement avec le créancier.

Ils peuvent soit faire une promesse garantie par la caution de leurs parents ou de leurs amis qu'ils paieront. Ces parents et ces amis n'ont peut-être pas en effet voulu prendre la responsabilité trop redoutable du vindex et consentir cependant à les cautionner: c'est la *satisfatio*.

Où bien ils peuvent encore promettre un certain temps de travail. Pendant ce temps ils seront, eux ou leurs enfants, in *mancipio* du créancier. C'est cette solution qui devient la règle lorsque, par désuétude, le droit de vendre ou de tuer le débiteur a disparu du droit romain assez vite, et c'est pour obtenir que quelques-uns de ces parents ou de ces amis les aident que la loi exige qu'ils soient conduits à trois marchés successifs.

Ils y étaient conduits enchaînés, dans le *comitium*, à côté du prêteur. Le créancier devait proclamer à voix haute le chiffre de la dette.

Ce spectacle soulevait l'indignation des Romains de l'époque historique. En effet, dans les longues guerres du V^e et du VI^e siècle de Rome fondée, l'obligation de s'équiper à leurs frais et d'abandonner leurs affaires pendant quelquefois plus d'une année, eurent ruiné les classes moyennes, ces classes d'agriculteurs qui faisaient la solidité et la grandeur de l'Etat romain, il y eut un grand nombre de débiteurs réduits ainsi à l'insolvabilité. A leur retour de la guerre qu'ils avaient faite à leurs frais, ils étaient obligés d'emprunter aux riches pour reprendre leurs cultures abandonnées. On connaît cette loi mémorable qui fait qu'un agriculteur qui commence à emprunter est fatalement sur le chemin de la ruine. Ils étaient donc perdus et leur destin aboutissait à ce triste spectacle qui indignait leurs anciens compagnons d'armes.

Les historiens citent de nombreux exemples de ce cas qui soulevait la colère des citoyens et ils parlent de nombreux mouvements sociaux en faveur des débiteurs. De nombreuses lois ont été votées cherchant à alléger leur situation.

Nundinae, qui veut dire marché, est un mot qui vient de *novem*: *novem dines*? *novem dies*: neuf jours, il y avait en effet des marchés à Rome. Si l'on veut faire le petit calcul qui consiste à rechercher le délai de trois *nundinae* successives, on verra que cela ne fait que 27 jours. Or, dit Aulu-Gelle, au troisième marché, les débiteurs sont tués ou vendus. Il n'y a donc pas le délai de 60 jours pendant lequel, dans

ce même texte, Aulu-Gelle dit qu'ils sont dans les fers.

Aulu-Gelle ne paraît pas avoir vu la contradiction entre le début et la fin de son explication. Les modernes, qui essaient de l'expliquer, ne paraissent pas non plus être arrivés à une solution satisfaisante.

La mise à mort
ou la vente
trans Tiberim.

Quoi qu'il en soit, au bout du délai, le débiteur pouvait être mis à mort par son créancier; il payait de sa tête, dit la loi. Ou bien encore, c'est une deuxième alternative, il pouvait être vendu comme esclave à l'étranger, trans Tiberim, c'est-à-dire dans le pays étrusque, à cause du principe de la République romaine, d'après lequel le citoyen ne pouvait pas être esclave dans son pays, et cette mise à mort du débiteur était complétée par une disposition célèbre, pour le cas où il y aurait plusieurs créanciers.

Le partes se-
canto. Discus-
sion sur la
portée de cet-
te disposi-
tion.

VI - Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve sequerunt, se fraude esto. Au troisième marché que les créanciers le coupent en morceaux. Si on le coupe en plus ou en moins que cela ne porte pas préjudice.

Dans cette formule il y a deux formes archaïques qui ont été relevées: partis pour partes et se voulant dire sine.

Cette disposition de la loi des XII Tables a toujours révolté les âmes sensibles et malgré l'apparente clarté de ses termes elle a toujours été contestée. On en a tenté diverses explications.

L'opinion traditionnelle, représentée par le plus grand nombre d'auteurs, prend la disposition au pied de la lettre et l'on pense qu'il s'agit bien d'un partage matériel du corps du débiteur entre les créanciers. Le créancier unique, dit la loi, peut tuer le débiteur, plusieurs créanciers peuvent se partager le corps. Et la loi ajoute même que s'ils font plus de morceaux qu'ils ne sont en nombre, ils n'encourent pas de responsabilité.

A la vérité, cette disposition est incontestablement barbare. Elle n'est pas plus barbare cependant que la loi du talion, le droit d'infliger la même blessure que celle qui a été faite.

L'interpréta-
tion littérale.

Cette interprétation littérale est adoptée notamment par Savigny: Vermischte Schriften, Tome II, p. 420; Mommsen: Römische geschichte, p. 161; Bethmann-Hollweg, Civilprozess, I, 220; Ihering, Esprit du droit romain, 247. C'est aussi l'avis de tous les auteurs des manuels que vous avez entre les mains, de Girard, de MM. Giffard et Monier.

Cet avis s'appuie non seulement sur l'interpréta-

tion littérale de la loi, mais aussi sur l'interprétation qui a été donnée par les Romains eux-mêmes. Aulu-Gelle et le jurisconsulte qu'il fait parler, Sextus Cecilius, comprenant sans hésiter la loi comme parlant du dépeçage du corps à partager, ce qui est jugé par son interlocuteur du jurisconsulte, Favorinus, 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 prévoit des dispositions analogues du dépeçage du corps du débiteur. Et enfin Jobbé-Duval, dans son livre "Les morts malfaisants" p. 243 et suivantes, montre, par de nombreux exemples, que cette peine avait probablement une origine religieuse.

Cette opinion a été adoptée par Huvelin, dans son cours de Droit romain (p. 140 et suivantes), par Wenger : Institutes (p. 215) et par M. Giffard, dans ses Leçons de procédure (p. 54 et 55), de même que dans le Manuel de M. Monier.

Le débiteur était poursuivi par la vengeance du créancier non seulement jusqu'à la mort, mais même au-delà de la mort. Le créancier pouvait le priver de sépulture, pour qu'il ne trouve ni bonheur, ni repos dans l'au-delà. Si les parents ne rachètent pas son corps pour l'enterrer comme ils le doivent, il restera non enseveli, et, par ce dépeçage du corps, chaque créancier s'assure que ce corps du débiteur ne sera pas enterré malgré lui suivant les rites, que par conséquent la vengeance à laquelle il a droit continuera à s'exercer.

Ce droit barbare choquait déjà les Romains de l'époque classique. Aulu-Gelle, dans ses Nuits Attiques, 20, 40, fait dire à l'interlocuteur de Sextus Cecilius: 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 Cecilius répond, faiblement d'ailleurs en faisant l'apologie de la loi. Si la loi des XII Tables a prononcé la peine de mort et du partage du corps, c'est pour mieux assurer le respect dû à la foi promise, à la fides, et si l'on entoure la peine de cet appareil de cruauté c'est pour n'avoir jamais à y recourir, car, dit-il, qu'un homme ait été dépecé, c'est ce que je n'ai jamais lu, ni ouï dire: Dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi, neque audivi.

On peut retenir de cette indication non pas évidemment que la loi n'ait jamais été appliquée, ce qui est bien hors de cause, mais que depuis très longtemps elle a été adoucie et que cette pratique est tombée

de bonne heure en désuétude. C'est ce qui explique très simplement pourquoi ni Tite-Live ni Denys d'Halicarnasse ne parlent de cette règle de la loi des XII Tables lorsqu'ils exposent les réclamations véhémentes de la plèbe contre le sort rigoureux des débiteurs. Les tribuns qui font de fougueux réquisitoires contre la rapacité des créanciers ne parlent ni de la mort, ni du dépeçage des débiteurs. C'est que ce droit n'était plus en usage.

Autres interprétations voulant écarter le sens littéral de cette disposition.

Cette interprétation littérale a toujours scandalisé un grand nombre d'auteurs. Ce droit barbare leur paraît d'autant plus choquant qu'ils ont une admiration plus grande de la loi des XII Tables, vue à travers le développement du droit romain. Aussi quelques uns veulent-ils échapper au caractère inexorable de cette interprétation.

Ces auteurs partent, pour trouver d'autres interprétations de cette hypothèse, que cette interprétation littérale est inadmissible. Alors on cherche d'autres explications du texte. Ils s'appuient sur ce fait, que avant Aulu-Gelle, par conséquent avant l'ère chrétienne, aucun auteur et aucun historien ne parlent de ce dépeçage du cadavre du débiteur. Ils considèrent que ce silence serait singulier si les auteurs avaient toujours interprété d'une façon littérale la loi du XII Tables. Ce serait donc, d'après cette opinion, les auteurs de basse époque, Aulu-Gelle, Tertulien, Saint Cyprien, qui auraient commencé à se tromper sur l'interprétation des XII Tables.

Cet argument négatif est toujours contestable. Nous l'avons vu employé pour dire que la loi des XII Tables n'a jamais existé. Ce qui le rend encore plus contestable c'est que ce n'est pas d'Aulu-Gelle dont il faut parler comme autorité. Cet auteur a eu très probablement comme source le commentaire de Labéon des XII Tables. Nous aurions donc là l'autorité non pas d'un historien, mais d'un jurisconsulte.

Les auteurs qui ont soutenu qu'il ne fallait pas s'attacher à l'interprétation littérale de la loi sont Schwegler : *Römische Geschichte*, Tome III, p. 39; Karlova *Civil Prozess*, p. 104, Schulin *Lehrbuch des römischen Rechts*, p. 535, et principalement Max Radin: *Secare partis*, in the *American Journal of Philology*, Baltimore, 43, I, 1922, p. 40 et ss.

Pour ces auteurs, il ne faudrait pas prendre au pied de la lettre le texte des XII Tables : capite poenas dabant aurait un sens juridique non matériel, le caput ne serait pas la tête entendue matériellement, mais la personnalité : ils perdraient leur caput c'est-à-dire leur personnalité. Il y aurait dans

cette loi comme une espèce de mise hors la loi, d'excommunication, le personnage serait mis hors de la communauté, il pourrait être tué par qui le voudrait, celui qui le tuerait ne serait pas accusé de crime, de parricide puisqu'il a tué quelqu'un qui n'a plus de personnalité, de caput.

A cela on peut répondre que nous avons des exemples nombreux et certains où le caput entre et qui veut dire : la peine de mort, Et d'autre part cette perte du caput ferait double emploi avec le deuxième procédé qu'a le créancier de vendre son débiteur comme esclave au-delà du Tibre. De même il faudrait entendre in partes secanto non pas comme le partage du corps, mais comme le partage des biens entre les créanciers, la sectio bonorum. En effet secare est un verbe qui est employé, mais assez tard, dans les derniers siècles de la République, pour indiquer la vente par l'Etat des biens de ses débiteurs. La loi aurait donc réglé la possibilité pour les créanciers d'un partage des biens de leur débiteur. Et si plus minuscule cette règle qui dit que si on le partage en plus ou moins, ce serait la possibilité pour les créanciers de partager inégalement les biens de leur débiteur, de les partager d'une façon qui ne serait pas proportionnelle à leurs créances.

Cette interprétation est difficile, car le premier effet de l'exécution du débiteur c'est qu'il perd sa liberté : vendu trans Tiberim, ou ayant perdu son caput; par conséquent les biens automatiquement, sans qu'il soit nécessaire que la loi le dise, deviennent la propriété de ses créanciers et on ne voit pas le danger qu'ils pourraient courir en se les partageant comme ils l'entendent.

M. Lévy Bruhl, dans son volume "Quelques problèmes du très ancien droit romain" (p. 152) a tenté une explication plus originale. Il admet, lui aussi, que caput voudrait dire personnalité et non pas la personne, mais en utilisant la donnée de Jobbé-Duval qu'il s'agit d'une peine religieuse, il faudrait voir dans ces paroles des XII Tables une peine religieuse, mais qui ne serait pas pour aboutir à la privation de sépulture. Ce serait une formule de malédiction prononcée en public, au troisième marché, avant que l'on ait tué le débiteur ou avant qu'on l'ait vendu trans Tiberim, car il insiste sur ce point, que 60 jours et trois marchés successifs n'aboutissent pas au même calcul et qu'il y a là un problème que l'on n'a pas résolu. Par cette formule de malédiction prononcée au troisième marché, le débiteur serait voué aux dii inferi, aux démons, et ce serait eux qui seraient sous-entendu comme sujets de secanto. Ce serait les

démons, mais on ne les nomme pas, parce qu'il est dangereux de les appeler et la loi se serait contentée de les passer sous silence.

Nous traduirions ainsi : Que les esprits infernaux que les démons les coupent en morceaux. Ce serait une laceration d'un caractère mystique, et non pas matérielle, une formule de malédiction un peu forte, qui correspond à certaines formules de malédiction que nous connaissons, où l'on dévoue certaines parties du corps de celui que l'on veut maudire.

Je ne développe pas cette interprétation. Elle est ingénieuse, mais elle est vraiment un peu trop arbitraire pour qu'on s'y arrête et je crois en définitive que l'interprétation qui paraît la meilleure et la plus sûre, c'est bien de dire que la loi des XII Tables prévoit que l'on coupe son débiteur en morceaux et que l'on se partage ses morceaux.

Des différents cas d'application de la manus injectio. La confessio et le judicatum.

Le texte de Gaius, IV, 21, et la théorie de Girard sur les actes contenant une damnatio.

Il nous reste maintenant, pour en terminer avec la manus injectio, à dire quelques mots des différents cas de manus injectio : dans quels cas va-t-elle être possible ? Pour dire cela, nous devons un peu dépasser le cadre de la loi des XII Tables. Nous avons vu qu'en ce qui concerne la loi des XII Tables il n'est prévu que deux hypothèses : la confessio, l'aveu, et le jugement. Le confessus est assimilé au judicatus. Celui qui a confessé in jure, devant le magistrat, sa dette, qui l'a reconnue, celui-là est comme s'il avait été jugé, il est inutile de passer à la deuxième partie de l'instance, il est lui aussi judicatus.

Mais Gaius, dans ses Institutes, IV, 21, dit, dans la formule que prononce le saisissant : quod tu mihi judicatus (sive damnatus) : parce que tu as été jugé à mon égard, ou condamné. Paul-Frédéric Girard (Manuel, p. 1042 et 1043) établit un système sur la foi de ce texte. Il pense qu'il y avait dans le droit le plus ancien une damnatio assimilée au jugement, un damnatus assimilé au judicatus et contre qui la loi des XII Tables ouvrait la manus injectio sans jugement. Il reconnaît trois cas de damnatio et dans ces trois cas il y en a au moins un qui paraît antérieur à la loi des XII Tables.

Ces actes qui comporteraient par eux-mêmes une damnatio, ce serait le nexum, l'engagement per aes et libram du débiteur d'une somme d'argent, celui envers qui il s'engage prononcerait une damnatio de la créance. Cette damnatio dans le nexum, c'est aussi une conjecture qui est actuellement de moins en moins acceptée. Elle paraît contraire à ce que nous savons de l'acte per aes et libram où celui qui ne s'engageait pas ne prononce aucune parole.

2°- Le deuxième cas, c'est le legs par damnationem. Pour celui-là il n'est pas certain, loin de là, qu'il soit antérieur à la loi des XII Tables. Le testateur disait, damnas esto, condamnait son héritier à payer le legs.

3°- Enfin, une damnatio serait prononcée contre celui qui a commis le délit de la loi Aquilia.

Nous n'insistons pas davantage sur ces trois cas. Je considère que cet indice tiré uniquement de la parole de Gaius n'est pas suffisant pour faire reconnaître cette damnatio à côté de la judicatio. Les mots, sive damnatus ne se trouvent pas dans la loi des XII Tables, ce n'est pas là que nous le voyons, c'est dans le commentaire de Gaius et même dans ce commentaire de Gaius ces mots ne se trouvent pas à la fin du texte. Gaius, à la fin, ne parle que de manum injectio judicati, il n'ajoute pas sive damnati. Par conséquent ces mots, sive damnati, peuvent être une glose et nous ne sommes pas très certains de leur signification.

La manus injectio pro judicato.

Gaius montre par la suite que quand les lois postérieures à la loi des XII Tables ont voulu étendre les cas de manus injectio, on les a appelées manus injectio pro iuricato, que nous traduirons, comme s'il y avait jugement : Gaius, 4, 22 : Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis leges pro judicato manus injectionem in quosdam dederunt : Par la suite quelques lois, pour quelques autres causes, ont donné la manus injectio comme s'il y avait jugement, dans certains cas contre certaines personnes.

Ce nous est donc l'indice qu'au moment de ces lois il n'y avait pas d'autre manus injectio que la manus injectio judicati. C'est par exemple la loi Publilia de sponsu, qui donne au sponsor qui a payé pour le débiteur principal un recours au double sanctionné par la manus injectio. C'est encore la loi Furia qui a pris une mesure analogue. Gaius ajoute qu'il y a un grand nombre d'autres lois de même espèce.

Après quoi, dit Gaius, apparaissent de nouvelles manus injectiones qui sont établies, elles aussi, par des lois et que l'on appelle manus injectiones purae. Dans celles-ci le débiteur peut être à lui-même son propre vindex, autrement dit il peut se défendre lui-même, et peut-être est-il exposé au double comme le vindex, mais cela n'est pas absolument certain. Cet adoucissement est étendu par la loi Vallia du VI^e siècle, à toutes les manus injectiones sauf deux : la manus injectio judicati et la manus injectio de la loi Publilia.

Chapitre VII.

LE VINDEK ET LES VADES.

Nous avons vu dans le cours du chapitre précédent que la procédure d'exécution peut être arrêtée à deux reprises par l'intervention d'un tiers, qui s'appelle le vindex.

L'intervention du vindex et le moment où elle se produit.

Vous remarquerez que cette intervention se produit exactement au moment de la mainmise, au moment où le saisissant saisit par quelque partie du corps le saisi. Par conséquent cette intervention du vindex se produit au moment précis où on ne verrait pas d'autre solution pour résister que la bataille. L'attaque du créancier ne pourrait avoir d'autre réponse de la part du débiteur que sa riposte, s'il n'y avait pas d'autre alternative que la violence pour se faire justice à soi-même. Evidemment celui qui est saisi à tort n'a plus qu'un recours c'est la force de ses poings, et la vis, la violence, la force privée de celui qui attaque et la force privée de celui qui se défend, que ce soit une attaque positive ou une attaque négative pour résister, c'est toujours la violence.

Mais cependant déjà à l'époque la plus primitive, dès l'instant où la conscience juridique se révèle et, si l'on peut ainsi parler, au moment où elle fait entendre son premier vagissement les Romains ont distingué deux sortes de violence, la violence qui agit, même se sachant dans son tort, parce qu'on a la force, voilà la violence pure ou bien la force qui agit parce qu'elle a un droit à venger, parce qu'elle veut appliquer la justice. Ce sentiment du juste et de l'injuste est, sans aucun doute, un des sentiments les plus primitifs de l'humanité.

Au moment où cette violence menace, il y a nécessairement un des deux, s'il veut résister, qui a tort, par conséquent qui menace de se servir de cette violence non permise. A ce moment-là intervient le vindex, il intervient aux deux moments où une violence menace. Tout au début de la procédure quand, sur la place publique, le créancier *manum injicit*, met la main sur son débiteur pour le trainer devant le juge et pour le faire juger; le vindex intervient encore tout à la fin de la procédure, quand le créan-

cier fait manus injectio sur son débiteur qui est confessus ou judicatus.

Y a-t-il

lieu de distinguer entre deux manus injectiones ?

Pour l'expliquer les auteurs modernes veulent faire une grande différence entre ces deux manus injectiones, l'une qui se passe n'importe où, sans la présence du juge, l'autre qui a lieu in jure. Les uns ne veulent même pas appeler la première manus injectio et cela est contraire au texte : la loi des XII Tables l'appelle manus injectio.

Les autres, et c'est sinon l'unanimité du moins la majorité des auteurs, ne veulent pas que ces deux manus injectiones produisent le même effet libératoire. Nous examinerons cela, mais il me paraît assez sûr que la distinction entre ces deux manus injectiones n'est pas permise. Elle ne peut dater que du moment où l'instance est organisée, où il y a recours à une autorité supérieure qui juge régulièrement : c'est la main-mise et elle a le même résultat. On a mis la main sur le débiteur, si l'on ne veut pas que la bataille se produise il faut chercher autre chose et cette autre chose c'est l'intervention du vindex. Voilà le fait capital, voilà le fait certain qui, nous le verrons, libère le débiteur.

A travers toutes les difficultés, à travers toutes les incertitudes de l'interprétation de ce fait il apparaît cependant clairement que c'est cette intervention du vindex qui empêche la violence de se produire entre créancier et débiteur.

L'individualisation de la responsabilité dans la procédure romaine.

Je n'ai pas peut-être jusqu'ici assez insisté sur un caractère de cette procédure ancienne. C'est que dans sa forme même la plus primitive elle montre que les Romains en sont arrivés à l'individualisation de la responsabilité. C'est le débiteur, le coupable qui est personnellement responsable de son fait et c'est lui qui est puni. Si c'est un homme libre, il est saisi, si c'est un esclave il doit être abandonné d'abord par son maître mais c'est lui qui est responsable finalement, c'est lui qui est puni, ce n'est pas le maître.

Il faut insister sur ce point-là, parce qu'il y a d'autres états de civilisation où c'est le groupe tout entier qui est considéré comme coupable et responsable de celui dont il fait partie. Dans la procédure romaine, c'est l'individu qui est coupable et responsable de sa faute.

Mais le règlement de sa responsabilité, le règlement de la contestation n'est pas une affaire privée entre les deux individus, entre celui à qui on a fait tort et celui qui a fait le tort. Créancier et débiteur ne sont pas laissés l'un en face de l'autre avec

une seule solution, la violence. L'intervention du vindex empêche cette violence et c'est un premier essai d'arbitrage destiné à l'écarter.

A ce premier essai viendra se superposer plus tard l'arbitrage de l'autorité publique, l'arbitrage du magistrat de la cité. Mais c'est un fait curieux, que la procédure constate, que cet arbitrage vient se superposer au premier sans le remplacer totalement. En ce sens, le titre qui est donné à la dernière étude faite sur le vindex est tout à fait exact: Düll, Vom vindex zum judex, Z.S.St.1934, p.981. Le droit a été du vindex au judex et leurs noms marquent le rapport fondamental qu'il y a entre les deux personnages.

Il nous faut donc rechercher d'abord ce que l'on peut savoir par les textes du vindex, nous aurons à déterminer les effets de son action, et ceci, posé nous rechercherons quelles sont les origines du vindex et nous essaierons d'en établir la véritable nature.

I- Les textes sur le vindex.

Les textes sur le vindex de la manus injectio.

Les textes sur le vindex ne sont ni très nombreux ni très explicites.

1°- Le premier est celui qui parle de la manus injectio d'après Aulu-Gelle, Nuits Attiques, 20,1, c'est le texte des XII Tables que nous connaissons déjà : Ni judicatum facit aut quis endo eo (in jure) vindicit, secum ducito : à moins qu'il n'exécute le jugement ou qu'il ne donne un vindex, ou que le créancier emmène le débiteur avec lui.

Ce texte nous dit une chose absolument essentielle . Il nous dit que payer ou fournir un vindex c'est la même chose, par conséquent il nous donne déjà une clef de cette situation : le vindex a un effet libératoire, le vindex délivre le débiteur de sa dette, comme s'il avait payé. C'est une constatation de grande importance.

2°- Un autre fragment de la loi des XII Tables est tiré d'Aulu-Gelle, 16,1 à 4 : Adsiduo vindex adsiduus esto proletario civi qui volet, vindex esto : A un adsiduus (c'est-à-dire qui est inscrit sur les listes des citoyens payant un cens) il faut un vindex qui soit lui-même inscrit sur les listes du cens. Mais pour un prolétaire (c'est-à-dire celui qui ne fait partie d'aucune des cinq classes) celui qui veut sera son vindex.

3°- Dans la Lex Coloniae Juliae Genetivae, (textes de Girard, p. 86,89 et suivantes) nous trouvons un texte très important sur le vindex. Cette loi a été gravée sur des tables de bronze qui ont été découvertes en 1870 et en 1874 à Osuna en Andalousie, sur l'emplacement de l'ancienne ville romaine qui portait le nom de Urso. Il reste quatre tables sur l'ensem-

ble qui devait être au moins de neuf tables, il y en a une qui est entière et les autres ne sont plus qu'en fragments. C'est une *lex data*, une *lex* qui a été faite en vertu d'une loi proposée par Antoine du vivant de César, en 710 *senatus consulte* et un *plébiscite* ont confirmé les pouvoirs pour donner cette loi, c'est la loi constitutive de la colonie de citoyens, *Julia Genetiva* fondée à cet endroit et qui était l'ancêtre d'Urso.

Ce qui est intéressant c'est que ce ne sont pas les tables originales de 710 que nous possédons, c'est une révision qui date de la fin du I^{er} siècle. Le Chapitre 61, nous donne des indications précises sur la *manus injectio*.

Voici ce que dit ce chapitre : Cui quis ita manum injicere jussus erit judicati jure manus injectio esto itque et sine fraude sua facere liceto. Vindex arbitrato duumviri quive jure dicundo praerit locuples esto. Ni vindicem dabit judicatumve faciet, secum ducito. Jure civili vinctum habeto. Si quis in eo vim faciet ast ejus vincitur, dupli damnas esto colonisque ejus coloniae. Sestertium viginti milia dare damnas esto, ejusque pecuniae cui volet petitio, duumviro quive jure dicundo praerit esactio judicatioque esto: Si quelqu'un a reçu ordre de faire *manus injectio* relativement à une personne qu'il soit fait contre cette personne *manus injectio* en vertu du jugement à bon droit, et que celui qui aura reçu l'ordre puisse y procéder sans que cela lui occasionne du tort. Que le vindex soit solvable d'après l'appréciation du duumvir ou de celui qui présiderait à la justice. Si le défendeur 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 une violence et qu'il est vaincu dans cette intervention qu'il soit tenu du double et qu'il soit tenu de payer aux colons de cette colonie une somme de 20.000 sesterces et que le droit d'agir en paiement de cette somme appartienne à qui voudra, que le recouvrement et le jugement de cette créance appartienne au duumvir ou à celui qui le remplacera dans l'exercice de la juridiction.

4°- Gaius, IV, 21, après avoir donné la formule de la *manus injectio* que nous avons vue, ajoute : et simul aliquam partem corporis ejus prehendebat. Nec licebat judicato 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 sai-

sissait quelque partie du corps de son adversaire. Le condamné ne pouvait pas écarter la main mise sur lui et défendre à l'action de la loi pour soi-même, mais il donnait un vindex qui d'après l'usage conduisait la cause pour soi-même. Celui qui ne fournissait pas de vindex était conduit dans sa maison par le poursuivant et il était mis dans les fers.

Les textes
sur le vindex
de l'in
jus vocatio.

Voilà tous les textes pour le vindex de la manus injectio. Nous en avons deux maintenant pour le vindex de l'in jus vocatio.

5°- La loi Rubria (Gallia Cisalpina) Ch. 21 (Textes de Girard, p. 76 : in eum, quei ita vadimonium Roman ex decreto ejus, quei ibei jure deicundo prae-rit, non promissierit aut vindicem locupletemita non dederit : contre celui qui n'aurait pas promis le vadimonium pour aller à Rome d'après le décret de celui qui préside en cet endroit à la juridiction ou n'aurait pas de même donné de vindex solvable.

6°- Enfin 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 : D'autres formules qui sont proposées dans ce titre de l'appel en justice sont jugées en fait, sont conçues comme formules in factum, par exemple contre celui qui, appelé devant le magistrat, ne 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.

Voilà pour les textes et sur ces textes il nous faut construire toute la théorie du vindex. Il faut par conséquent suppléer par l'imagination, conduite suivant les règles de la prudence mêlée à l'audace, suppléer à tout ce que nous ne savons pas et chercher à découvrir ce mystère des premiers temps du droit qu'est le vindex.....

.....

Monsieur le Professeur Noailles ne pouvant actuellement reprendre son enseignement, celui-ci sera continué par Monsieur le Professeur Lebras qui traitera de la liberté du mariage à Rome.

Monsieur Lebras a bien voulu nous autoriser à reproduire ses leçons. Ses occupations ne lui permettant pas de revoir la sténographie, cette reproduction paraît sous notre seule responsabilité. Nous apporterons naturellement tous nos soins pour qu'elle donne toute satisfaction à nos abonnés.

--:--:--:--:--:--:--:--:--

LA LIBERTÉ DU MARIAGE

A ROME.

Sujet du cours: sa place dans le problème général de la liberté et des servitudes du père et du fils de famille à Rome.

C'est une toute petite partie d'un sujet beaucoup plus vaste, qui demanderait à être traité en plusieurs années. Ce sujet s'insère, en quelque sorte, dans le cadre beaucoup plus général de l'histoire de la liberté individuelle à Rome.

La grande division des hommes à Rome, c'est: esclaves et libres. Entre les libres, il faut encore distinguer les sui juris et les alieni juris, les alieni juris dont la liberté est en quelque sorte paralysée par l'autorité du père de famille, et le père de famille dont la liberté est limitée, elle aussi, de plusieurs façons, nous le verrons.

En d'autres termes, s'il fallait mettre un sous-titre à ce cours sur l'histoire de la liberté individuelle à Rome, je mettrais: les servitudes des pères et les libertés des enfants.

A Rome, et dans toutes les sociétés, ce qui limite la liberté de l'individu, ce sont non seulement les circonstances économiques, les croyances, mais surtout les groupes. La liberté de l'individu

est limitée par le groupe : groupe social, la famille, domus, la gens; groupe politique; la cité, l'Etat; groupe religieux : l'église, la secte.

D'une façon très générale, je pense que l'on pourrait dire, quitte à y mettre par la suite bien des atténuations, que l'histoire de la liberté individuelle à Rome c'est l'histoire de l'émancipation sociale de l'individu vis-à-vis du groupe social et de son asservissement vis-à-vis du groupe politique. J'entends par là qu'au fur à mesure que l'individu se libère du groupe familial, du groupe gentilice, c'est pour tomber sous la domination du groupe politique, de la cité, et surtout de l'Etat.

En d'autres termes la liberté individuelle est une sorte d'illusion. Au fur et à mesure que l'individu, dans une société, échappe à un groupe c'est pour retomber sous la domination d'un autre, et c'est ce qui s'est passé à Rome.

J'ajoute d'ailleurs qu'il serait très intéressant de savoir, mais qu'il est très difficile de présumer, quel était le besoin et quel était le sentiment qu'avaient les Romains de la liberté individuelle. Quand nous étudions les textes, nous nous imaginons, parce que nous sommes des hommes de loi, qu'ils contiennent tout et que la division de la liberté et de la servitude qui s'y trouve, c'est la division de la liberté et de la servitude pour les hommes qui ont été vivants à Rome. Ce n'est pas cela, mais il faudrait chercher dans toutes les sources littéraires, dans les documents de la pratique, pour savoir leur sentiment sur la liberté individuelle et le besoin qu'ils en éprouvaient. Cette remarque s'applique d'ailleurs à d'autres peuples que le Romain.

Si la liberté du fils de famille a toujours été limitée par l'autorité du père de famille, la liberté du père de famille elle-même a été limitée. Par la loi d'abord, ce sont ce que nous pouvons appeler les limitations politiques, par la coutume et ce sont surtout les limitations sociales : limitations par la coutume de la famille, par la coutume de la gens, et enfin par une notion qui semble s'être établie à Rome avant même l'époque classique : la notion de l'abus du droit. L'individu qui use de son droit à seule fin de nuire à autrui, agit par animus nocendi (l'expression se trouve dans les textes romains) va contre le droit.

Le sujet général que j'aurais traité si j'avais eu plusieurs années pour le faire, aurait donc comporté l'étude de la liberté et des servitudes du père et du fils de famille, par la loi, par la coutume et par la notion d'abus du droit, et cela dans tous les domai

nes du droit : domaine personnel, domaine réel, domaine des obligations et domaine des successions. Je me bornerai à étudier, et encore très rapidement, le mariage et la liberté du mariage.

La question de la liberté du mariage comprend trois grands problèmes, à savoir : la liberté de la formation du lien, la liberté du régime matrimonial et la liberté de la rupture du lien, ou liberté du divorce.

Nous étudierons uniquement le premier problème : la liberté dans la formation du lien matrimonial.

DOCT
BIB
NO 1

LA LIBERTÉ DANS LA FORMATION DU LIEN

MATRIMONIAL.

Ceci comporte trois sujets :

La liberté du consentement,

La liberté du choix,

La liberté des formes.

Bibliographie. - Les traités généraux, les manuels français, particulièrement ceux de Girard et de Cuq.

Parmi les ouvrages allemands : *Römische Rechtsgeschichte* de Karlowa, et *Römisches Privatrecht* de Mitteis.

Parmi les italiens, le cours de Bonfante, son ouvrage sur le droit de famille.

Parmi les ouvrages spéciaux, l'ouvrage le plus étendu, l'ouvrage fondamental, bien qu'il soit très dépassé, c'est l'ouvrage de Rossbach : *Untersuchungen über die römische Ehe* (Stuttgart, 1854).

Puis un ouvrage de Brini : *Matrimonio e divorzio nel Diritto romano* (Bologne, 1887).

Enfin un ouvrage beaucoup plus récent de Corbett *The roman law of marriage* (Oxford, 1930).

Il y a place pour un ouvrage français ; nous sommes la seule grande langue qui ne soit pas représentée dans cette énumération.

Nous étudierons d'abord la liberté du consentement. Posons la question.

I - La liberté du consentement.

Quelle est la place du consentement dans le mariage ?

Les 3 grandes conceptions de la formation du mariage : le mariage peut être solennel, il peut être réel ; il peut être consensuel. Je prends ces expressions pour la simplicité.

La validité du mariage peut être subordonnée à certaines formes : c'est le mariage solennel ; ou bien il peut être subordonné à l'union sexuelle, à la consommation, à la *copulatio carnalis*, à la *commixtio sexuum*, etc, et c'est le mariage réel ; ou bien encore le mariage peut être parfait par le seul consentement :

c'est le mariage consensuel.

Certaines législations ont admis successivement ces trois systèmes. Par exemple d'après le droit canonique, avant l'an 1000, plusieurs nations ne considèrent le mariage comme parfait qu'après la copulatio (mariage réel); à partir d'Innocent III (XIII^e siècle) et même à partir d'Alexandre III (fin du XII^e) le mariage est parfait par le seul consentement (mariage consensuel); depuis le Concile de Trente, le mariage est solennel. Voilà donc une législation qui a admis successivement les trois modes.

Les conceptions admises par le D. Romain aux origines et au temps de Justinien.

Les Romains ont admis successivement deux de ces modes et ils ont exclu volontairement, dans les textes que nous allons voir, le troisième.

Il est de bonne méthode, au lieu de suivre l'évolution à travers les textes, des différentes époques, de se demander quelle a été la première conception et quelle a été la dernière conception des Romains, comment ils ont considéré la formation du lien matrimonial aux origines de leur droit, c'est-à-dire avant même les XII Tables, et comment ils l'ont considérée à la fin de leur droit, c'est-à-dire au temps de Justinien. C'est ce que nous appelons, pour la commodité, la méthode des différences. Il est inutile d'étudier tous les textes dans leur ordre chronologique, car les juristes se répètent.

La solennité et l'absence de liberté du fils de famille dans la formation du mariage à l'époque primitive.

Dans les débuts du droit romain, aux origines romaines, le mariage est un acte solennel, il n'y a de mariage que cum manu. Dans le mariage cum manu, qu'est-ce qui est capital ? Ce n'est évidemment pas le consentement, c'est la forme et l'accomplissement des rites solennels.

Le droit romain est à l'origine un droit coutumier, dans lequel la volonté individuelle ne compte qu'insérée dans certaines formes. Ce sont les formes qui créent le droit. Ainsi c'est le mot prononcé au moment de la stipulation, de la sponsio qui crée le droit, ce n'est pas l'intention individuelle, et tant pis si on s'est trompé, on ne recherchera pas l'intention.

Dans ces conditions, il ne faut pas s'attendre à trouver une grande place pour le consentement, pour la liberté du consentement.

De qui donc dépend, à ce moment, le mariage ? Pour le père de famille, pour le sui juris, il dépend du simple accomplissement des formes. Lorsque c'est un fils de famille qui se marie - et c'est la majorité des cas, les Romains se mariaient jeunes, ils avaient généralement leur père, ils étaient des alieni juris - c'est de la volonté paternelle que dépend l'accomplissement des formes. En d'autres termes, le

fils de famille romain est marié par son père. Il est très vraisemblable qu'il y a pour le fils de famille romain une très faible part de liberté dans la formation du mariage.

Comment savons-nous cela ? Nous ne le savons pas directement, par des textes précis, parce qu'il ne nous est parvenu que très peu de textes du VII^e, VI^e, V^e ou même IV^e siècle avant notre ère, mais nous le savons par des déductions qui peuvent être considérées comme sûres, déductions tirées des formes du mariage. La *confarreatio* aussi bien que la *coemptio* supposent une sorte de passivité du fils de famille. La *coemptio* était très probablement à l'origine une vente réelle, le fils de famille était considéré comme un objet. Voilà donc une première preuve du rôle effacé que jouait le consentement du fils de famille.

La seconde preuve est tirée de la condition de l'*alieni juris*. L'*alieni juris* n'a aucune capacité propre, en droit privé. Il n'a pas de patrimoine à l'origine, il ne peut pas faire de contrat, il ne peut pas plaider. Comment pourrait-il se choisir une femme et comment aurait-il la liberté dans le mariage, alors qu'il ne l'a nulle part ailleurs ?

D'autre part, le fils de famille n'acquiert sur sa femme qu'une sorte de *manus mortua*. Il acquiert la *manus* sur sa femme, mais c'est une main morte. Aussi longtemps que vivra son père, c'est le père qui a la véritable *manus* sur la femme, *alieni juris*. La véritable puissance effective est entre les mains du père de famille.

Enfin il y a une troisième raison, qui paraît si non probante et définitive, tout au moins assez pressante. C'est l'argument tiré du droit comparé. Tout ce que nous savons des Indo-Européens nous porte à penser que le mariage n'a pas été chez eux, au temps de leur communauté primitive, un mariage voulu par les parties, mais un mariage voulu par le père.

D'ailleurs cela n'est pas propre aux Indo-Européens. Dans la plupart des peuples anciens il en est ainsi : voyez la situation de Babylone au temps de Hammourabi : le mariage est conclu par le père, c'est le père qui décide le mariage du fils. (Cf. l'ouvrage de Louis de Vélle sur la Mésopotamie p.80).

Voilà donc une série de raisons qui portent à penser que, non seulement le mariage était un acte solennel, mais encore que cette solennité était voulue par le père de famille, en d'autres termes que la liberté du fils, c'est-à-dire la liberté de la grande majorité de ceux qui se mariaient, était, au moins

d'après la coutume, nulle.

La consensualité du mariage à l'époque de Justinien. Nuptias non concubitus sed consensus facit.

Plaçons-nous maintenant au temps de Justinien. Au temps de Justinien, le mariage est un acte consensuel. Le mariage par manus a disparu et ce qui fait le mariage c'est le consentement. Nous avons là-dessus des textes suffisamment clairs et qui ne nous mettent pas en présence de l'opposition solennité - consensualité, mais en présence de l'opposition réalité - consensualité. Ce que se demandent les Romains, ce n'est pas si la solennité est indispensable pour que le mariage soit parfait, c'est si la réalité est indispensable. C'est ce que nous disent plusieurs textes.

Le premier : D. 35, I, 15 est d'Ulpien, Libr. 35 ad Sabinum : Cui fuerit sub hac conditione legatum, si in familia nupsisset : videtur impleta conditio, statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit : Un legs a été fait sous cette condition : s'il se marie. La condition est remplie dès que la femme a été conduite dans la maison, quoique ce ne soit pas dans le lit du mari. Ce n'est pas la consommation, c'est le consentement qui fait le mariage, ce n'est pas le concubitus c'est le consensus.

On retrouve ce texte au D. 50, I, 30 : Nuptias non concubitus, sed consensus facit.

Et encore D. 23, 2, 6, Ulpien 35 ad Sabin. : Denique Cinna scribit : eum, qui absentem accepit uxorem, deinde veniens a coena juxta Tiberim perisset, ab uxore lugendum, responsum est : Un homme épouse une femme et à la sortie du banquet nuptial il se noie dans le Tibre. Sa femme devra porter le deuil.

Par conséquent c'est que le mariage était parfait dès l'instant où les époux avaient consenti, avant qu'il y ait eu consommation.

* Personnes

dont le consentement est requis.

Voilà donc une série de textes parfaitement clairs : à l'époque de Justinien le mariage est purement consensuel.

Mais de qui le consentement est-il requis? Ici nous sommes en présence d'une règle très ferme et très claire : D. 23, 2, 2., Paul lib. 35 ad Edict : Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt. Il ne peut y avoir de mariage sans le consentement de tous ceux qu'intéresse le mariage, c'est-à-dire des conjoints et de ceux sous la puissance de qui ils sont placés.

Voilà un texte d'une clarté parfaite.

Il y a donc une première vérité qui semble clairement établie par les textes et par les conjectures antérieures, à savoir que dans l'antiquité la

plus éloignée, dans le temps sur lequel nous ne savons rien du tout, sur lequel nous ne pouvons que faire des hypothèses, le mariage est un acte solennel. Cela c'est très certain. Puis le fils de famille, très probablement, était placé sous la volonté de son père. Enfin, si nous nous plaçons à l'autre extrémité du droit romain, nous savons d'une façon certaine que le mariage est un acte consensuel, et nous savons d'une manière aussi certaine qu'il faut le consentement non seulement de ceux qui marient mais de ceux qui se marient, c'est-à-dire non seulement du père de famille, mais encore du mari et de la femme.

Le passage de l'ancien état de droit au dernier.

Nous sommes là en présence de plusieurs problèmes : comment a-t-on passé de ce premier à ce dernier état du droit? Qu'est-ce que nous savons du passage? Nous n'allons pas trouver toutes les étapes et il y aura bien des conjectures à faire pour aller du VI^e siècle avant notre ère au VI^e siècle après notre ère. Mais enfin nous avons tout de même quelques indications.

Les textes classiques-survivance de l'importance ancienne du consentement du paterfamilias à côté de tendances nouvelles mettant en relief celui du fils.

Plaçons-nous à l'époque classique : est-ce qu'il est vrai, comme nous le dit ce texte d'Ulpien (23,2,2,) qu'au début du III^e siècle le consentement des époux est requis au même titre que le consentement du père? Parcourons les textes dits classiques qui nous permettent de répondre à cette question.

Voici d'abord au D.3,2,1, un texte qui nous paraît très éclairant, parce que sous le nom de Julien, lib. I ad Edict., il nous donne, ou il est censé nous donner le texte d'un édit prétorien qui éclaire notre question. Je ne dis pas qui tranche, mais qui éclaire. Voilà la partie du texte qui nous intéresse : Praetoris verba dicunt : Infamia notatur...Voici les paroles du préteur, voici les termes de l'édit : Est noté d'infamie.....

Il y a toute une série de cas envisagés et l'on trouve enfin celui qui nous intéresse : Qui eam, quae in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elegeret, in matrimonium collocaverit : eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus, in cujus potestate est : Le fils qui a épousé sciemment une veuve qui n'a pas encore accompli le temps de deuil et qui l'a épousée sciemment et non jussu.....

Il faut conclure de ce texte qu'il arrivait au temps de Julien, si le texte était de Julien, qu'il arrivait au temps où ce texte a été rédigé; à l'époque classique, que le fils se mariât sur l'ordre de son père, jussu patris. Nous serions donc là en présence d'un texte qui nous révélerait le maintien à

l'époque classique de la volonté dominante du père.

Ce texte est rempli d'interpolations, mais non point pour le sujet exact qui nous intéresse. Ce texte primitivement ne visait pas l'infamie et celui qui eam potestate ejus esset n'était pas noté d'infamie, il lui était seulement interdit de postulare pro alio et primitivement notre texte se trouvait dans l'édit du prêteur sous le titre : Qui nisi....la note d'infamie n'apparaît qu'après Constantin. Mais la partie qui nous intéresse est probablement saine.

Sur ce texte il y a un commentaire d'Ulpien, 3,2,II,4, qui nous dit ceci : Notatur etiam, qui eam duxit, sed si sciens : ignorantia enim excusatur non juris sed facti. Excusatur, qui jussu ejus, in ejus potestate erat, duxerit et ipse, qui passus est ducere notatur. Utrumque recte : nam et qui obtemperavit, venia dignus est, et qui passus est ducere, notari ignominia.

Ce texte, où nous laissons de côté ce qui concerne l'infamie et où nous admettons que ce qui concerne l'infamie est interpolé, contient cette idée qui, elle, est du II^e ou du III^e siècle, suivant qu'on attribue ce texte à Julien ou à un autre à savoir qu'à l'époque classique il y a des mariages qui se font jussu patris, par le commandement du père, et qu'il y a des fils qui obtempèrent.

Ce n'est pas le seul texte : D. 23,2,21, : Non cogitur filius familias uxorem ducere : Le fils de famille n'est pas contraint de prendre femme, ou de prendre telle femme.

Ce texte est complété par le suivant : D. 23,2,22, Celsus lib. 15 Digest. : Si pater cogente ducit uxorem, quam non duceret, si fui arbitrii esset, contrahit tamen matrimonium : quod inter invito non contrahitur : maluisse hoc videtur : Si sous la contrainte de son père il prend une femme qu'il fuirait s'il était libre de choisir, malgré cette répugnance et ce désir de fuite il est marié, bien qu'entre ceux qui ne veulent pas se marier il n'y ait pas de mariage, mais parce qu'il s'est laissé faire il est censé avoir préféré se laisser faire.

Je n'ai pas eu le temps de regarder d'assez près ce texte qui est considéré comme pur pour y chercher les critères d'interpolations, mais il paraît difficile de croire qu'un texte aussi mal construit soit un texte pur. Il nous dit que lorsqu'un fils se marie sous la contrainte paternelle, il est quand même marié. C'est ce que nous dit le droit canonique en matière de mariage contracté par dol. Ici il nous est dit qu'il n'y a pas de contrainte qui puisse libérer celui qui

a bien voulu se soumettre à cette contrainte.

Il y a d'autres textes, et du même Celse, qui semblent contredire celui-là D. 29,2,6,7, en ce qui concerne l'héritage. Par conséquent il y a des raisons de croire que ce texte n'est pas pur.

Enfin voici un troisième texte qui semblerait indiquer qu'à une époque un peu postérieure à l'époque classique, le fils de famille pouvait se marier, presque à son insu. Ce texte nous avons pu croire qu'il était pur, car il est dans les Règles d'Ulpien 5,2. Or les Règles d'Ulpien ne sont pas d'Ulpien. Les Règles d'Ulpien sont une compilation post-classique, dont on discute la formation. C'est peut-être un simple remaniement des Institutes de Gaius avec des additions d'Ulpien et de Modestin. Le plus probable, c'est que c'est une compilation de la première moitié du IV^e siècle; on fixe finalement sa composition, comme dates limites, entre 320 et 342 (Cf. P. Collinet, Histoire de l'école de droit de Beyrouth, p. 265). Il est très agréable d'avoir sous la main un texte dont nous pouvons supposer qu'il traduit le droit de cette époque, quoique la question se pose toujours pour un texte comme celui-ci de savoir ce qu'il y a d'ancien et ce qu'il y a d'actuel dans ce texte? Est-ce un droit vivant ou un droit qui a déjà vécu? La question est tranchée pour le Code Théodosien, où les constitutions nouvelles annulent les constitutions anciennes, mais ici il ne peut en être de même.

Voici ce que nous dit ce manuel : 5,2. : *Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit et utriusque consentiant, si sui juris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.* Il y a justes nocces s'il y a conubium, âge légal et s'ils consentent s'ils sont sui juris et de plus s'ils ont le consentement des parents s'ils sont sous la potestas.

Par conséquent la question qui se pose est de savoir comment il faut traduire aut etiam : est-ce que cela veut dire : et par dessus le marché celui des parents? Cela semblerait dire que le jussus patris suffirait, qu'il suffit au fils de se marier le père ayant la volonté de le marier.

Nous sommes là en présence d'une très grosse difficulté et en tous cas voilà des textes qui ne nous autorisent pas à affirmer d'un façon catégorique que tous les auteurs au début du Bas Empire étaient d'accord pour donner la primauté à la volonté des époux. La primauté du consentement des parties ne ressort certainement pas d'un certain nombre de textes de l'é-

poque classique et l'on peut se demander quel est le consentement qui a la primauté.

Le problème est posé. La certitude c'est qu'il n'y a pas un texte classique, autre que celui d'Ulpien qui nous dise d'une façon catégorique que la volonté des époux est aussi nécessaire que celle des parents. Cela nous amènerait à nous demander, étant donné le *id est*, qui est un signe de glossème si ce texte n'a pas été interpolé.

Ce qui est certain c'est que dans le temps où ont été rédigées les Règles d'Ulpien, avaient paru deux constitutions de Constantin qui semblent résoudre la question. Ces deux constitutions sont au C.J. 5,4,I2 et I4.

Il faut arriver à faire la discrimination dans le droit de la part des survivances et de la part des nouveautés. Dans le cas présent, la part du passé, la survivance c'est la grande importance du consentement du père, qui est liée à l'ancien système de la *manus*. Il faut aussi rattacher à l'institution de la *manus* la nécessité du consentement du grand père et de tous les ascendants. Il y a donc là une simple survivance, la grande importance du consentement paternel est une tradition, c'est une très vieille idée, mais qui reste vivante, qui n'est pas quelque chose de mort. Puis il y a des règles actuelles, neuves, à savoir la mise en relief du consentement du fils. Et enfin ceci c'est la part du présent et de l'avenir, des tendances, à savoir la réduction de tout ce qui est survivance et tradition pour faire la place à l'actualité, aux tendances nouvelles.

Résistance dans ces textes de la fin de l'époque classique de l'ancien principe de la pression du père à côté de l'idée nouvelle de liberté du fils.

A la fin de l'époque classique, il y avait, au commencement du III^e siècle, une certaine discordance dans les textes. D'une part, on met en relief la nécessité du consentement de tous ceux qui sont intéressés au mariage, et d'autre part il semble que la pression du père de famille puisse encore être efficace.

Nous trouvons l'écho de cette sorte de discordance, de dissonance dans des textes incontestablement purs, qui n'ont jamais été suspectés d'interpolation, deux constitutions de Dioclétien, C.J. 5,4,I2 et I4, deux constitutions qui nous montrent à la fois l'action assez énergique des pères, et d'autre part que l'on se préoccupe de sauvegarder la liberté des fils. Voici ces deux constitutions, très courtes :

C.5,4,I2.

C. 5,4,I2, (année 285) : *Ne filium quidem familias invitum ad ducendam uxorem cogi legum disciplina permittit. Igitur, sicut desideras, observatis juris praeceptis sociare conjugio tuo, quam volueris,*

non impeditis, ita tamen, ut in contrahendis nuptiis patris tui consensus accedat : Les lois ne permettent pas que l'on contraigne le fils de famille à prendre femme.

Nous avons dans la première partie de ce texte l'affirmation très nette que le père de famille ne peut pas obliger son fils à se marier, qu'on ne peut pas lui imposer une femme.

"En conséquence tu pourras épouser qui tu voudras, étant bien entendu toutefois que tu auras le consentement de ton père."

c. 5.4.14.

Et la seconde constitution, la constitution 14, qui est du même Dioclétien : Neque ab initio matrimonium contrahere, neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest; unde intellegis, liberam facultatem contrahendi, atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere : Personne ne peut obliger un individu à contracter mariage. Il est donc bien entendu que ce principe de la liberté de contracter mariage ou de rompre le mariage ne doit pas être transformé en une loi de nécessité.

Cette constitution est une affirmation catégorique de la liberté du fils de famille. Dans l'espèce deux fils de famille avaient posé à l'empereur cette question : "Est-ce que notre père peut nous contraindre à nous marier?"

Nous pouvons donc dire que la liberté du fils de famille s'est affirmée par ces constitutions et nous pouvons dire aussi que c'est une acquisition tardive du droit romain et que même dans le temps où on proclame cette liberté on maintient encore, et jusqu'à l'époque de Justinien, les textes qui affirmaient la liberté de contrainte du père de famille. Il n'y a donc jamais eu une parfaite fusion des textes. On a laissé traîner dans le Digeste des textes qui exprimaient des règles fort anciennes. Il y a des survivances et une tradition assez forte en faveur des ascendants.

Le fils de famille est en principe libre, le fils de famille peut cependant être contraint, et dans ce cas il sera censé avoir référé, cédé à son père. On cherche donc à accorder par des artifices le principe de la liberté du fils et le principe de la pression du père. Voilà les deux principes contradictoires que l'on n'arrive pas à accorder.

Du consentement des ascendants au mariage du fils de famille
Explication de cette exigence.

J'ai dit : du père; ce n'est pas assez, car le fils de famille doit avoir l'assentiment de tous ses ascendants. C'est ce qui nous est dit dans un texte du Digeste : 23,2,16,1, : Nepote uxorem ducente, et filius consentire debet; neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet : Si le petit-fils prend femme;

par référence au mariage cum manu et à la situation de la femme in manu. il doit avoir l'assentiment non seulement de son grand père, mais encore de son père, alors que pour la petite-fille il suffira qu'elle obtienne de son grand père, de celui sous la puissance duquel elle est placée.

Voilà un garçon tout jeune, qui a un père de 40 ans, un grand père de 60 ans, un arrière grand père de 80 ans, il lui faudra le consentement de tous ces intermédiaires, et non seulement de celui qui est le chef de la maison, tandis qu'il suffira à sa soeur d'avoir le consentement de son grand père, elle n'aura pas besoin du consentement de ces intermédiaires.

Cette règle, qui est très simple, dont le mécanisme ne comporte aucune difficulté, nous met en présence de la structure de la vieille famille romaine, et nous allons voir ici un phénomène de survivance très caractéristique. La raison pour laquelle il faut le consentement de tous les ascendants, c'est que le mariage du fils introduit un nouveau membre dans la famille. Quand il s'agit du mariage avec manus, la femme va se trouver sous la manus de son mari (*loco filiae mariti*), mais elle va se trouver aussi sous la manus du père de son mari (*loco neptis*) et c'est celle-là qui sera la plus effective, car c'est là encore, le père qui gouverne.

Cette femme, elle est sous la manus de son mari, *loco filiae*, elle est *loco neptis* par rapport au père du mari; et elle est l'arrière petite fille du grand père du mari. Nous avons vu que la manus du mari est presque une manus mortua, c'est un peu exagéré elle est bien sous la manus de son mari, mais elle est aussi sous la manus beaucoup plus rigide et beaucoup plus effective du père de son mari. C'est ce que nous savons par des textes dont le principal est un texte d'Aulu-Gelle.

On sait l'importance des renseignements que nous a fournis Aulu-Gelle. Né aux environs de l'année 130, il a publié des *Nuits Attiques*, ouvrage qui n'est pas très original, mais qui est très instructif et très saisissant. Il est plein d'anecdotes. Aulu Gelle est un érudit, un archaïsant, qui aime à recourir aux sources les plus anciennes. Aussi voici ce que l'on trouve dans les *Nuits Attiques*, 18,6 : *matrem autem familias appellatam esse eam solam quae in mariti manu mancipioque, aut in ejus, in cujus maritus, manu mancipioque esset : quoniam non in matrimonium tantum sed in familiam quoque mariti, et in sui heredis locum venisset.* " La femme qui se marie avec manus est non seulement dans la manus de son mari, mais dans la manus de celui qui a la potestas sur son mari."

Et ce texte est reproduit par les grammairiens, et par un commentateur de Virgile, du temps de Théodose.

La femme in manu, bien qu'elle soit sous la manus de son mari, est aussi sous la manus du père de son mari. Il est donc naturel que le grand père, l'arrière grand père, le chef de famille ait à donner son consentement en vertu de la règle : in sua potestate habetur non vivere qui non est suae potestatis.

Ce paterfamilias, ce père du mari a donc sur la femme la puissance. Ce n'est pas le mari seul, c'est le père du mari et c'est le père du mari qui a la puissance effective. La dot de la femme appartient au père, le père a juridiction sur elle; après la mort du mari, elle reste sous la puissance du père, elle ne retourne pas dans sa famille; le père peut lui nommer, une fois que le mari est mort, un tuteur par testament; nous le savons par Gaius, I, 148; elle hérite du père, Gaius, II, 159, et voici précisément la raison pour laquelle il faudra le consentement du père.... in invito heres agnoscitur. Il nous suffirait, pour expliquer cette règle que la femme est sous la puissance du père du mari, de ce texte de Gaius qui nous fait savoir que la femme hériterait du père du mari si le mari venait à mourir.

Toutes les explications qui précèdent, et que l'on donne ordinairement de cette règle, dépendent de l'ancien régime de la manus. Elles s'expliquent par la manus. Elles survivent dans un temps où la manus n'existe plus. Vous avez là un très bon exemple d'une règle faite pour une société et qui s'applique à une société tout à fait différente, où il n'y plus les mêmes raisons de l'appliquer, car la manus avait disparu à l'époque classique.

Par conséquent le consentement du grand père est une survivance, le consentement du père est une tradition, le consentement du fils est une acquisition. Reste maintenant à montrer que l'exclusion des consentements paternels est une tendance du droit post-classique. Il y a une tendance à réduire la part du père; la part des ascendants.

Déjà dans l'ancien droit, et dans le très ancien droit; il y a des cas où l'on n'avait pas à demander le consentement des ascendants. Le cas le plus clair et qui cadre très bien avec le système général de l'ancienne famille romaine, comme de la nouvelle, c'est le cas de l'émancipé.

Il va de soi que l'émancipé n'a pas besoin du consentement de son ascendant : D.23,2,25 : Filius e-

Tendance post-classique à l'abandon des consentements paternels.

Des cas où le consentement du père est inutile.

Mariage de l'émancipé.

mancipatus etiam sine consensu patris uxorem ducere potest; et susceptus filius ei heres erit : Le fils émancipé, même sans le consentement de son père, peut se marier, et son fils susceptus sera son héritier (en effet ce n'est pas le fait de la naissance qui crée la filiation légitime, c'est la susceptio, c'est-à-dire l'acceptation par le père de l'enfant qu'on lui présente). Ce texte signifie donc que le mariage contracté par l'émancipé sera un mariage légitime, bien qu'il n'ait pas le consentement de ses ascendants.

Mais il y a d'autres cas dans lesquels il est plus difficile d'avoir le consentement du père.

Mariage de la
fille ou du
fils du furio-
sus ou du mente
captus.

Le premier de ces cas, c'est le cas du père fou : est-ce que le fils du fou sera empêché de se marier? C'est une question qui est résolue d'une façon claire dans un texte du Code, 5, 4, 25, qui nous montre quelles difficultés avait soulevées le mariage du fils du fou. Voici cette constitution de l'empereur Julien.

"Si furiosi parentis liberi, in cuius potestate constituti sunt, nuptias possunt contrahere, apud veteres agitabatur. Et quidem filiam furiosi marito posse copulari, omnes paene juris antiqui conditores admiserunt : sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat. In filio autem dubitabatur : et Ulpianus quidem rettulit Constitutionem Imperatoris Marci, quae non de furioso loquitur, sed generaliter de filiis mente capti....."

"Si les enfants d'un père furiosus, placés sous la potestas de ce furiosus peuvent contracter mariage, les anciens en discutaient. Pour ce qui concerne la fille du furiosus, qu'elle peut se marier, presque tous les anciens auteurs l'admettaient."

La fille s'en va, c'est beaucoup moins grave que de permettre au fils d'introduire quelqu'un dans le groupe; l'exclusion d'une fille d'un groupe a beaucoup moins d'importance que l'introduction d'une nouvelle mater-familias dans l'intérieur de la famille. Cela est vrai non seulement ici mais pour d'autres textes; nous y reviendrons plus tard.

Il y avait des doutes en ce qui concerne le fils de famille et Ulpien rapportait la constitution de l'empereur Marc-Aurèle, constitution dans laquelle il n'est pas question du furiosus, mais d'une façon plus générale des fils du mente captus". (Cf. Audibert : La folie et la prodigalité en droit romain, p. 15; Solazzi : Furor vel demantia, T. II, 1924).

C'est une question très délicate de savoir à partir de quand s'est établie cette distinction entre le furiosus et le mente captus ou demens. Dans le droit de Justinien la distinction est claire : le furiosus

c'est le fou qui a des intervalles lucides, et le mente captus ou le demens c'est le fou qui a de la constance dans sa folie. La question qui se pose c'est donc de savoir s'il faudra attendre le moment où le furiosus sera lucide pour lui demander son consentement au mariage, tandis que pour le mente captus la question est résolue : il n'aura jamais de moments lucides. C'est la raison pour laquelle Julien fait remarquer dans cette constitution que Marc-Aurèle parlait bien des déments, mais il ne parlait pas des furiosi, ce qui laissait subsister la question, ce qui la fait surgir pour les Byzantins.

Voici ce qu'ils disaient : ils admettaient que le fils du dément pouvait se marier sans attendre le consentement de son père : faut-il appliquer la règle au fils du furiosi ? Voici la réponse :

"Nous allons dire ce qui manque à la constitution de Marc-Aurèle et nous décidons, nous, que les fils du furiosus aussi peuvent contracter mariage sans attendre le consentement de leur père".

Il y avait là une explication supplémentaire qui allait dans le sens de la liberté du fils de famille, et ne subordonnait pas son mariage à l'éventualité d'un retour de raison chez son père furiosus. On trouve la même règle dans les Institutes, I.10.pr. et enfin dans un tout petit fragment du Digeste, 23.2.9, qui enregistre en somme la décision de Julien, sous le nom d'Ulpien : "Si nepos uxorem velit ducere avo furente, omnimodo patris auctoritas erit necessaria : sed si pater furit, avus sapiat, sufficit avi voluntas". Ce texte démontre clairement que si l'un des ascendants est furiosus, que ce soit le père ou le grand père, on se passera de son consentement.

Mariage du
fils du captif
ou de l'absent.
Un exemple typique d'interpolation.

Voici un autre cas où l'on saisit sur le fait les compilateurs, et leur travail d'interpolation ; je voudrais même y insister quelque peu. La question est intéressante et pratique, mais en outre comme exercice de méthode sur les textes du Digeste c'est un exemple qui n'est pas à dédaigner ; nous allons voir là un phénomène d'interpolation évident, ce n'est pas toujours le cas.

Il s'agit des captifs, et d'une façon plus générale des absents. Un père de famille est captif chez les hostes, ou bien un père de famille est absent. La captivité est un cas d'absence spéciale, puis il y a le phénomène général de l'absence. L'absent c'est ce lui qui n'est pas au centre de ses affaires. Voici la règle que nous allons trouver au Digeste, dans une série de textes courts et très clairs. Ces textes, relatifs au captif et à l'absent sont au D.23.2.9, 23.2.10

et 23.2.II; ce sont trois petits fragments dont il est très facile de dégager les idées essentielles :

23.2.9.I : Is, cujus pater ab hostibus captus est, si non intra triennum revertatur, uxorem ducere potest: Celui dont le père est prisonnier chez l'ennemi, s'il ne revient pas au bout de trois ans, peut se marier".

Ainsi donc voici un fils dont le père est pris par l'ennemi, au bout de trois ans il pourra se marier.

23.2.10 : Si ita pater absit, ut ignoretur ubi sit, et an sit, quid faciendum est, merito dubitatur ? Et, si triennum effluxerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus, ubi degit, et an superstes sit, non prohibentur liberi ejus utriusque sexus, matrimonium vel nuptias legitimas contrahere.

Un père est absent, on ne sait pas où il est, on ne sait même pas s'il vit encore. Qu'est-ce qu'il faut faire ? C'est avec raison qu'on se le demande. Et voici la réponse : Si un délai de trois ans s'est écoulé depuis qu'il est évident qu'on ne sait pas où est le père, s'il vit, il n'est pas interdit aux enfants de l'un et l'autre sexe de se marier.

Ce texte de Paul applique à l'absent la même règle qu'au captif : au bout de trois ans d'absence comme au bout de trois ans de captivité du père, le fils peut se marier.

Enfin 23.2.II : Si filius ejus qui apud hostes est vel absit ante triennum captivitatis, vel absentiae patris uxorem duxit vel si filia nupserit; puto recte matrimonium vel nuptias legitimas contrahere : dummodo eam filius ducat uxorem, vel filia tali nubat cujus conditionem certum sit, patrem non repu diatorum.

Il réduit les deux hypothèses : voici un fils dont le père est ou prisonnier ou absent; il se marie, avant que soient écoulés les trois ans depuis le commencement de l'absence ou depuis le commencement de la captivité de son père. Je pense que ce mariage est valide, pourvu qu'il ait épousé une fille de telle condition que le père ne l'aurait pas répudiée.

La solution du droit de

Justinien : possibilité pour le fils de se marier au bout d'un délai de trois ans.

Voilà la série de textes qui dans le droit de Justinien règlent la condition du fils de l'absent.

En dépit des interpolations, il n'y a pas de doute sur la solution dans le droit de Justinien. En effet, à moins de contradictions dans les textes, ce qui n'est pas le cas ici, les textes du Digeste, même interpolés, nous donnent l'état du droit sous Justinien. Il est bien certain que dans le droit de Justinien, lors que le père est prisonnier ou absent, au bout de trois ans le fils peut se marier.

Est-ce l'expression du droit classique ? Est-

ce que ces textes sont vraiment d'Ulpien, Paul et Julien, comme on nous le dit ici ? C'est la question que se sont posée plusieurs auteurs et parmi eux le plus important est Lévy (*Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten Gedächtnisschrift für Sechel*, Berlin, 1927, p. 159, 180, 181) Voilà les deux endroits où est discuté notre texte, mais il a été discuté bien avant par nos historiens du XVI^e siècle et l'interpolation est décelée par une admirable dissertation du Président Favre.

Interpolation
de ce délai de
trois ans.

Il y a d'abord une première vérité qui apparaît à la comparaison pure et simple des textes du Digeste, c'est que le délai de trois ans a été interpolé; ce sont les commissaires de Justinien qui l'ont inventé, ou ce sont les post-classiques, mais ce ne sont pas les classiques qui déclareraient qu'il faut attendre trois ans.

Comment le savons-nous? Parce que nous avons des textes, qui n'ont pas été jusqu'à présent suspectés, qui reproduisent la pensée des classiques sur la question qui nous occupe et qui ne précisent pas qu'il y a un délai de trois ans à observer. Le principal de ces textes est au D. 49.15.12.3 : Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest : quamvis consentire nuptiis pater ejus non potest : nam utique nec dissentire ; susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate, ut redierit, erit, suusque heres ei quodammodo invito, cum nuptiis non consenserit : non mirum : quia illius temporis conditio necessitasque faciebat, et publica nuptiarum utilitas exigebat.

Pendant la captivité du père, le fils peut se marier, quoique le père soit hors d'état de donner son consentement, aussi bien que d'exprimer son dissentiment. Quand le père reviendra et trouvera des fils de son fils, ce seront ses petits-fils et il les aura eus comme malgré lui, puisqu'il n'a pas consenti au mariage. Ce n'est pas étonnant, car la nécessité a imposé cette solution et on avait besoin de gens qui se mariassent.

Par conséquent il n'est pas question du délai de trois ans, il n'en est question nulle part, ce sont les post-classiques et ce sont peut-être les commissaires de Justinien qui ont introduit ce délai de trois ans.

Interpolation
de la mention
du fils de
l'absent. F.V.
102.

Ce n'est pas tout : nous avons un autre texte pur, qui nous montre qu'il y a au moins une interpolation. Il s'agit cette fois du fils de l'absent, non

plus du fils du captif. Ce texte pur ou du moins nous pouvons supposer qu'il est tel, est dans les Fragments du Vatican, Fragment 102.

Les fragments du Vatican sont une petite compilation qui a été découverte en l'année 1821, par le cardinal Angelo Mai. C'est la seule date certaine d'ailleurs de leur histoire. C'est un recueil de fragments de constitutions et de fragments de jurisconsultes qui ne peuvent pas être antérieurs à Constantin. Il est certain que ce recueil est postérieur à l'année 320 et antérieur à l'année 438, car il n'y a aucun texte du Code Théodosien, il y a une constitution de l'année 372, qui fait qu'on peut admettre que c'est entre 372 et 438 que le recueil a été composé. Nous avons si peu de textes pour cette période qu'il est utile de savoir auxquels on peut se fier. Il y a des auteurs qui pensent que cette constitution unique de l'année 372 est une addition et que le recueil, dans sa forme primitive, aurait été fait vers l'année 320. Voici donc ce qu'on trouve dans les fragments du Vatican : Fragment 102 :

Titius cum esset in patris potestate, absente eo duxit in matrimonium Septiciam filiam familias cuius nomine dotem accepit a patre. Postea supervenit pater, quo praesente duravit in diem mortis filii matrimonium. Postmodum decessit L. Titius. Quaero an ex eo quod non contra dixit, pater etiam dotis dationi consensisse videatur et ideo actione rei uxoriae filii nomine teneatur. Paulus respondit patrem etiam postea nuptiis consentientem et matrimonium filii sui et dotem efficere....

Titius qui était en puissance, son père étant absent, épousa une certaine fille de famille, qui s'appelait Septicia et au nom de laquelle il reçut du père une dot. Et voici que survient le père, et comme le père était encore vivant, voici que le fils mourut. Je pose cette question : est-ce que par le fait que le père n'a pas contredit il est censé avoir accepté la dation de dot et passible d'être poursuivi par l'action rei uxoriae ? Paul répond que si le pater a donné son consentement au mariage il a donné validité au mariage et à la dot.

Par conséquent il a fallu le consentement du père. Voilà un texte qui nous rapporte du droit classique pur et qui nous montre que non seulement il n'est pas question de délai de trois ans, mais encore que si la fille se marie, le père étant absent il faudra que le père revenu donne son consentement pour que le matrimonium soit justum.

Nous sommes amenés à cette conclusion que le

droit de Justinien énonce ces deux vérités certaines qu'après trois ans de captivité ou d'absence du père le fils peut se marier, que son mariage est tout de suite valide, tandis que le droit classique n'avait posé nulle part cette exigence et que pour le captif il fallait le consentement du père s'il revenait.

A certains égards, le droit de Justinien a encore élargi la liberté du fils de famille.

Le consente-
ment exprès ou
tacite du père.

Quel consentement du père faut-il? Est-ce qu'il faut un consentement exprès ou un consentement tacite, ceci dans les cas où le père est présent, naturellement. Il y a des textes qui indiquent qu'un consentement tacite suffirait. Ceci est insinué dans notre texte des Fragments du Vatican, et dans le C.J. 5.4.5., où il est dit expressément :

Si, ut proponis, pater quondam mariti tui, in cujus fuit potestate, cognitis nuptiis vestris non contradixit : vereri non debes, nepotem suum ne non agnoscat : Si, comme tu l'affirmes, le père de ton mari, sous la puissance de qui tu as été placée, connaissant votre mariage n'y a pas contredit, tu n'as pas à craindre, pauvre femme, qu'il ne reconnaisse pas son petit-fils.

Du droit à l'é-
poque de Jus-
tinien de con-
traindre le pè-
re qui refuse
son contente-
ment. D.23.2.19.

Par conséquent l'inquiétude de Maxima est une inquiétude inutile. Donc le consentement tacite suffit pour que le grand-père soit obligatoirement le grand-père.

Mais on est allé plus loin. A l'époque justinienne, non seulement on s'est contenté du consentement tacite, mais on s'est demandé si le père qui refuse injustement son consentement ne pourrait pas être contraint et la réponse affirmative est dans un texte tout à fait singulier : D.23.2.19, qui est attribué à Marcien : Qui liberos, quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex Constitutione Divorum Severi et Antonini, per Proconsules, Praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare, et dotare. Prohibere autem videtur et qui conditionem non quaerit : Les pères qui sans droit, sans bonne raison, empêcheraient leurs enfants de se marier, ou qui ne veulent pas donner de dot, d'après une constitution des divins Septime Sévère et Antonin, les proconsuls, et les gouverneurs de province les contraindront à marier leurs enfants et à les doter et il faudra considérer comme empêchant sa fille de se marier celui qui ne lui cherche pas un galant.

Voilà donc les expressions dont se sert un tex-

te du Digeste mis sous le nom de Marcien : le père qui ne cherche pas à marier sa fille est considéré comme un mauvais père et le gouverneur de province peut l'appeler auprès de lui et lui donner des injonctions.

Ce texte est bien singulier. On trouve sa discussion dans un article d'ailleurs probant, de Moriaud "Du consentement du père de famille au mariage en droit classique" (Mélanges Girard, 2ème vol. p.294 et ss.). Toute l'argumentation de Moriaud tend à prouver que notre texte primitivement ne visait pas le fils de famille, mais la fille, car, dit Moriaud, on ne dote pas le fils, on ne colloque pas le fils; ces expressions ne s'appliquent qu'à la fille.

Les arguments que donne Moriaud ne paraissent pas tout à fait convaincants ; il est tout à fait sûr que le texte est interpolé ; il y a des discordances, presque des absurdités. Nous pouvons seulement dire avec certitude qu'au temps de Justinien il vise à la fois les fils et les filles.

Est-ce la règle pour les filles à l'époque classique? Oui sûrement. Est-ce la règle pour les fils? Moriaud le nie; je ne crois pas qu'il soit possible de le nier; il y a seulement une trituration du texte sur l'étendue de laquelle nous ne pouvons pas nous prononcer.

La libération
du fils de fa-
mille d'Augus-
te à Justinien.

Nous pouvons conclure qu'il y a une sorte de libération historique du fils de famille, libération à laquelle nous pouvions nous attendre, car c'est un fait bien connu que d'Auguste à Justinien la puissance paternelle s'est singulièrement affaiblie; mais il y en a encore des survivances.

La coutume
sociale et le
consentement
du père.

La grosse question qui se pose, et pour laquelle nous n'avons pas de réponse, c'est : quelle était la coutume sociale? Quel usage la coutume sociale autorisait-elle le père à faire de sa puissance et le fils de sa liberté?

M. Noailles pense qu'en droit romain, il faut rechercher plutôt la coutume sociale que la coutume juridique. Je pense avec lui que ce n'est pas toujours la coutume juridique qu'il faut chercher, mais la sociale. Et, chose curieuse, il y a plus d'indices pour la coutume ancienne que pour la coutume du temps de Justinien.

Le consente-
ment de la
fille.

Je dirai un mot de la fille de famille. On s'est demandé si le consentement de la fille de famille était requis avant le V^e siècle de notre ère. Voici les arguments que l'on a invoqués contre cette nécessité du consentement de la fille de famille.

D'abord le contraste des expressions dont on se

sert pour désigner le mariage des filles et celui des fils. Pour la fille on dit : *filiam in matrimonium collocare, tradere, dare* : le père colloque donc la fille au mari. Pour le fils on dit, *uxorem ducere* : conduire l'épouse.

Cet argument a été produit notamment par Solazzi dans ses différents travaux sur le mariage. Mais il semble que la différence d'expression s'explique par la différence de situation. La fille quitte la maison, la fille est livrée au mari, pour aller dans la maison du mari, tandis que le fils mène la fille dans la maison paternelle. Il est donc tout naturel que dans un cas il soit question de *tradere, collocare, dare*, et dans l'autre de *ducere*.

Un argument est encore tiré du Code de Justinien 5,4,20, pr. constitution des années 408 ou 409 qui semble indiquer que pour les filles la volonté paternelle seule s'exerce. Mais il ne s'agit pas de consentement du père, mais de son assentiment préalable aux conversations entre le futur mari et la future femme.

En réalité, les textes que nous avons sous les yeux, relatifs au consentement des filii, visent à la fois le fils et la fille. La fille de famille s'est trouvée dans la même situation que le fils de famille; son consentement a été requis dans le même temps, donc à l'époque de Justinien.

Nécessité du
consentement
de tous les
intéressés
dans le Droit
de Justinien.

Donc dans le droit de Justinien le consentement de tous les intéressés est requis, on en est arrivé à la règle qui sera celle du droit moderne. Cette règle, le droit canonique devait la conduire encore plus loin, en éliminant les consentements des ascendants pour tout rapporter au consentement de l'homme et de la femme. Sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, le droit canonique a poursuivi la marche commencée par le droit romain, écartant les entraves, les obstacles et tendant à la liberté individuelle; à la volonté personnelle et au consentement des intéressés. Ceci s'est produit aussi dans le domaine des contrats.

Nous avons vu quelles sont les personnes dont le consentement est requis et dans quelle mesure le fils de famille peut être contraint. Il nous resterait à étudier une question plus difficile, à savoir quel est le contenu de ce consentement, en quoi consiste le consentement matrimonial, mais cela nous entraînerait bien au-delà des limites que je me suis posées. Je me bornerai à renvoyer aux articles publiés par Albertario notamment (Apolinaires, 1932) sur la définition donnée par Modestin du mariage.

La théorie des empêchements.

Nous n'insisterons pas sur cette question et nous allons nous demander quelle est la liberté des parties dans le choix, nous savons qui doit consentir, nous savons que le trait essentiel de l'évolution du droit romain, c'est que le consentement des parties a pris de plus en plus d'importance, nous avons à nous demander maintenant quelle est la liberté de leur choix. C'est la théorie des empêchements.

Cette théorie des empêchements est sacrifiée dans les ouvrages, et même dans les ouvrages spéciaux (Cf. Corbett).

Classification des empêchements.

Nous pourrions classer les empêchements en : 1°- empêchements physiques (empêchements d'âge, d'impuissance); 2°- empêchements sociaux, empêchements dus à la situation sociale de l'individu (manque de liberté, fonction publique, etc...); 3°- empêchements moraux (empêchements de parenté, empêchements d'affinité,) ce sont les seuls dont nous nous occuperons.

Les empêchements moraux.

Nous allons voir de quelle façon la question doit être envisagée et traitée, et ce sera une occasion pour moi de montrer comment il faut lire et interpréter les manuels et quelles sont les questions qu'ils laissent en suspens. Je vais vous citer quinze lignes d'un des manuels les mieux faits et les plus récents: (Monnier, p.332);

"Le *connubium*" (c'est sous le titre général de *connubium* que l'on doit inclure l'empêchement de parenté). "La parenté que l'on doit envisager ici sous la forme de *cognation*, a toujours été une source d'empêchements, en ligne directe et jusqu'à un certain degré, en ligne collatérale. Mais on est très mal renseigné sur les usages primitifs des Romains et il est possible que les coutumes patriciennes aient été différentes des traditions plébéiennes : d'après Tite-Live (XXXIX, 19, 5) il semble que les mariages se faisaient régulièrement à l'intérieur d'une même gens, puisqu'en l'an 186 av. J.C. on voit le Sénat accorder, à titre exceptionnel à l'affranchie *Facenia Hispalla* le droit de se marier en dehors de la gens à laquelle elle était rattachée (*gentis emptio*); par contre le mariage a toujours été prohibé d'une manière absolue entre ascendants et descendants, et Tite-Live nous rapporte que le patricien *Cloelius* provoqua un soulèvement de la plèbe en épousant, vers l'année 241-229 av. J.C., une cousine d'un degré plus rapproché que le septième degré de *cognation*. La prohibition du mariage entre cousins germains, qui avait subsisté pendant un certain temps, disparut avant la fin de la république.

Sous l'empire, un sénatus-consulte rendu en l'an

49 ap. J.C., pour permettre le mariage de l'empereur Claude et d'Agrippine déclara licite le mariage entre l'oncle paternel et la nièce, tout en maintenant l'interdiction d'épouser la fille d'une soeur ou la tante paternelle (Gaius, Inst. I, 58, 62; Inst. Just. I, 10, 1, 5; Tacite, Ann. 12, 6). Cette disposition exceptionnelle ne fut abrogée que par Constantin, en l'année 342 (C. Th. 3, 12, 1). Le mariage entre cousins germains fut temporairement prohibé au Bas-Empire mais Justinien l'a autorisé à nouveau.

Il y a là un exposé excellent, tout est vrai, tout l'essentiel y est. Mais ce qui est plus intéressant pour nous que de connaître les solutions que les Romains ont adoptées au cours de l'histoire, c'est de savoir quelle est la question, quelles sont les solutions possibles, pourquoi on a adopté successivement toutes ces solutions, comment on les a adoptées, par quelles voies.

Définissons d'abord les termes : la parenté, c'est le lien entre les personnes qui descendent les unes des autres ou d'un ancêtre commun. Dans le premier cas, c'est la parenté directe, dans le deuxième cas, c'est la parenté collatérale. Dans la plupart des législations le mariage est interdit entre parents.

Quels sont les deux extrêmes entre lesquels une législation peut avoir à opter ? Ce sont l'endogamie et l'exogamie. Il y a des sociétés qui n'admettent le mariage qu'entre gens du groupe et il y en a qui n'admettent le mariage qu'en dehors du groupe. Dans ces dernières sociétés se développe tout un système de sanctions de ce que l'on appelle l'inceste.

Il s'agit donc de savoir dans quelle mesure les Romains ont admis l'endogamie ou l'exogamie, pourquoi ils ont adopté l'un ou l'autre système, et de quelle manière ils ont réprimé l'inceste. Il serait utile pour cela de consulter les travaux sociologiques (Cf. 1er numéro de l'Année sociologique, art. de Durckheim.) Pour les Romains, il y a des éléments sociaux et des éléments religieux engagés dans le problème. Nous ne pouvons pas entrer dans tous les détails.

Demandons-nous maintenant quelles ont été les solutions.

L'empêchement
définitif en
ligne directe.

Commençons d'abord par celui qui est permanent. D'une façon permanente, le mariage a été interdit à Rome entre tous les parents en ligne directe, qu'il s'agisse de parenté naturelle ou de parenté adoptive, sans qu'il y ait de différence entre les agnats et les cognats.

Cet empêchement en ligne directe est un empêchement définitif, c'est-à-dire que si le père émancipe

L'empêchement
en ligne
collatérale.
Son atténua-
tion progres-
sive.

sa fille adoptive, il ne peut pas cependant l'épouser. C'est ce que l'on verra dans Gaius (I, 59). "C'est pour-quoi celle qui par adoption a été une fois ma fille ou ma petite-fille, je ne pourrai pas l'épouser, bien que je l'aie émancipée". Voilà un texte très clair.

Quant à la parenté collatérale, les plus anciens textes nous prouvent que l'empêchement était au sixième degré. Le mariage était interdit entre enfants de cousins germains, il était permis probablement au 7ème degré. Mais pour une époque plus ancienne, ou pour une époque plus ancienne que les textes, nous ne savons pas comment se passaient les choses.

Certains auteurs ont supposé (Durckheim, Huvelin) que le mariage, dans la Rome primitive, aurait été prohibé entre agnats chez les plébéiens et entre non agnats chez les patriciens, c'est-à-dire que les plébéiens auraient pratiqué l'exogamie et les patriciens l'endogamie.

On a cherché à expliquer certaines difficultés du droit romain par l'existence de deux systèmes contradictoires. C'est notamment le système de Piganiol. Les solutions que nous connaissons, difficiles à expliquer, seraient une cote mal taillée entre ces deux systèmes contradictoires.

Quoi qu'il en soit, voilà le point de départ historique : empêchement au 6ème degré. Que s'est-il passé par la suite ? Le premier texte qui nous montre la règle du 6ème degré violée est un texte de Tite-Live, texte qui a été lu assez récemment et publié dans Hermes. Ce texte nous dit que le patricien Seius fut le premier qui, contre les anciennes mœurs, se maria à une personne qui était sa parente au 6ème degré et Tite-Live ajoute qu'il y eut un soulèvement de la plèbe, tant cette violation des anciens usages fut odieuse aux Romains. L'événement se serait passé entre 241 et 229.

Ce texte devrait être soumis à une critique très sévère, parce qu'il arrive très souvent que Tite-Live rapporte à un moment historique et à une personne une transformation qui s'est produite par le simple effet de la coutume. Nous pouvons tenir toutefois pour sûr qu'il y a eu à un certain moment, et peut-être aux environs de l'année 200, une première violation de la règle. (On peut établir un parallèle avec la matière du divorce).

Il y aurait donc d'après Tite-Live une première violation de la règle et on se serait marié au 6ème degré. Un peu plus tard, à la fin de la République, nous avons des exemples de mariages entre cousins germains. Par exemple nous savons par Cicéron que la fil-

le de Quintius épousa son cousin germain Melius. Autre exemple dans Tite-Live (42,34).

Une autre source à laquelle il faudrait recourir et qui est une des sources les plus intéressantes et les plus fraîches encore nous confirme cela : dans le C.I.L. IX, N° 2845 nous avons une inscription funéraire qui nous indique que le défunt était mari et cousin germain de son épouse. Voilà donc la preuve qu'il y a eu des mariages entre cousins germains à la fin de la République. Désormais l'empêchement n'est plus qu'au 3ème degré.

On est parti au moins du 7ème degré, et peut-être même de l'infini, à la fin de la République on en est au 3ème degré. On est donc parti d'un système exogamique, tout au moins qui était de tendance exogamique, et probablement, disons peut-être, d'origine exogamique, on en est arrivé à la fin de la République à un système qui n'est pas un système endogamique puisqu'on n'est pas obligé de se marier dans son groupe, mais qui tend à se rapprocher de l'essence de l'endogamie. Comment cela s'est-il fait ?

Il n'y a pas eu de loi, très certainement, nous sommes donc là en présence d'une transformation coutumière et c'est un des exemples les meilleurs que l'on puisse donner de création de la coutume : il y a eu un premier mariage qui a rompu avec les règles anciennes, puis les cas se sont multipliés, le nouvel usage s'est créé, et qui a dû révolutionner la ville. C'est comme cela, par voie de coutume que des transformations capitales peuvent s'opérer dans un régime social.

Raison de cette atténuation.

Maintenant pouvons-nous imaginer les influences qui ont amené le nouvel état de choses ? Voilà qui est encore plus intéressant. Pourquoi en est-on venu à établir successivement l'empêchement de parenté au 5°, au 4°, au 3° degré.

Il y a une première raison, qui est certaine, c'est l'effondrement de la gens, et on peut bien le dire aussi de la famille romaine. Cette première raison est tellement évidente qu'il n'y a pas lieu de la développer,

Mais il y en a une seconde, qui me paraît aussi probable : c'est l'influence des coutumes étrangères. Le moment où l'on a commencé à Rome à se marier entre parents assez proches, c'est le moment précis où les Romains se sont trouvés en contact avec des peuples qui admettaient le mariage entre proches parents, et entre très proches parents. C'était le cas des Grecs, des Egyptiens qui admettaient le mariage entre frères et soeurs (Cf. Moret, Journal des Savants p. 86).

Ces influences internes et externes ont fait que l'ancien état de choses a paru archaïque et a été dépassé. Nous pouvons donc dire que ce sont des circonstances générales qui par voie de coutume ont causé la transformation que je viens de vous montrer.

Le sénatus
consulte de
l'année 49.

Maintenant nous allons assister à une seconde transformation qui, elle, s'est opérée par voie législative, et non pas à cause de circonstances générales mais à cause des caprices d'un homme. L'empêchement de parenté subsistait au troisième degré, il a été supprimé au troisième degré entre l'oncle et la nièce, par un sénatus-consulte de l'année 49, pour permettre à l'empereur Claude d'épouser Agrippine.

Nous avons le récit de cet événement dans quelques pages extrêmement pittoresques de Tacite, aux Annales, liv. 12,5 à 7 :

"Sous le consulat de l'ompei et de Vêranius le mariage arrêté entre Claude et Agrippine était déjà connu par la rumeur publique, confirmé par la licence de leurs amours, et toutefois ils n'osaient encore le célébrer solennellement, cette union d'une nièce avec un oncle étant sans exemple. Claude allait même jusqu'à s'effrayer de l'inceste, il craignait en le bravant d'attirer des désastres sur l'Etat, et il fallut que Vitellius avec sa complaisance ordinaire se chargeât de lever ses scrupules. Il demanda à Claude, s'il ne se rendrait point aux ordres du peuple à l'autorité du Sénat. Celui-ci ayant répondu qu'un citoyen ne pouvait résister au vœu général, Vitellius lui prescrivit de se tenir dans son palais, tandis que, de son côté, il se rendrait au Sénat. Il annonça en rentrant qu'il venait pour une affaire qui intéressait vivement la chose publique, demanda à parler le premier et commença ainsi: "les immenses travaux du prince embrassant le monde entier, exigent une aide, qui en l'affranchissant des soins domestiques, lui permettra de veiller au bien général, or quel délassement plus convenable à l'austérité d'un censeur qu'une épouse, compagne de son bonheur et de ses peines, dépositaire de ses secrets, gardienne de ses enfants en bas âge, ressource d'autant plus nécessaire pour lui, qu'il n'avait jamais connu la débauche, ou même les plaisirs et que dès sa première jeunesse, il s'était imposé l'obéissance des lois".

Après ce début, qui disposa favorablement les esprits, et auquel les sénateurs donnèrent une pleine approbation, il ajouta que, puisqu'ils conseillaient tous au prince de se marier, il fallait choisir à Claude une femme distinguée par sa naissance, par sa fécondité, par sa vertu, que, d'abord, on accorde

rait sans peine à Agrippine la prééminence du nom; qu'elle avait donné des preuves de sa fécondité, que ses vertus y répondaient, que de plus, elle était veuve, ce qui semblait une attention particulière des dieux pour un prince qui n'avait jamais attenté aux droits d'un autre époux, que leurs pères, qu'eux-mêmes avaient vu des Césars enlever au gré de leur caprice, les femmes à leurs maris, que de pareilles violences étaient bien éloignées du système de modération actuelle, qu'on voulait même laisser un modèle des formes qui pourraient désormais régler les mariages des empereurs, que l'union des oncles et des nièces, nouvelle, il est vrai, parmi eux, mais consacrée dans d'autres pays, n'était défendue par aucune loi, que les mariages entre cousins longtemps ignorés, s'étaient multipliés avec le temps, que les convenances modifiaient les coutumes et que bientôt cette nouveauté deviendrait un usage".

Voilà une transformation qui se fait dans l'intérêt de l'empereur et par voie de sénatus-consulte. Le mariage est permis au 3ème degré, entre l'oncle et la nièce, et désormais la notion de l'empêchement de parenté ne devait plus se modifier jusqu'à la fin de la période classique. Vous en trouveriez l'expression dans Gaius, I, 61 et 62 : *Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint, sive alterutro eorum, sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere, cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere, sed et si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis.*

62 : *Fratris filiam uxorem ducere licet; idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam fratris sui filiam uxorem duxisset, sororis vero filiam uxorem ducere non licet. Et haec ita principalibus constitutionibus significantur. Item amitam et materteram uxorem ducere non licet.*

Mais au Bas-Empire, il y eut un renversement de la situation, de nouvelles idées s'introduisirent. Nous avons vu jusqu'à présent des transformations coutumières, imposées par les circonstances générales, puis une transformation légale, imposée par un intérêt privé, vous allez voir maintenant de nouvelles transformations dues à une idéologie, ce sera la réaction de l'Eglise contre le système endogamique.

Les Pères de l'Eglise ont condamné les mariages entre parents pour plusieurs raisons 1^o - La plus

Réaction de
l'Eglise con-

tre le système
endogamique.

ancienne, est tirée des Ecritures : Lévitiques 18, verset 6 : "Qu'un homme ne s'unisse pas à l'une de ses proches". 2°- A cela les Pères ont ajouté des raisons qui développées surtout par Saint Ambroise et Saint Augustin, sont certainement bien antérieures à Saint Ambroise et à Saint Augustin, à savoir qu'une certaine pudeur naturelle et louable, comme dit Saint Augustin dans la Cité de Dieu doit empêcher le mariage entre proches. 3°- Enfin cette idée, qui est également de Saint Augustin, mais qui lui est antérieure, le mariage doit être l'occasion pour les familles de s'unir et il ne faut donc pas le favoriser entre gens qui sont déjà de la même famille.

Il y a donc dans l'Eglise une opposition incontestable au mariage entre proches parents.

Les résultats de cette opposition ecclésiastique se sont manifestés dès la conversion de Constantin. En effet une constitution des fils de Constantin abroge le sénatus-consulte fait en faveur de Claude et cette abrogation se trouve au C. Th. 3,12,1. C'est la première du titre : De incestis nuptiis : "l'oncle qui épousera sa nièce aura la tête tranchée". Donc retour à la règle de l'empêchement du troisième degré qui avait été supprimé pour Claude.

Enfin, au IV^e siècle, l'empereur Théodose est allé plus loin et il a interdit le mariage entre cousins germains. Nous arrivons donc à l'empêchement au 4^eme degré : Le mariage n'est plus permis qu'à partir du 5^eme, nous le savons par un texte de Saint Ambroise. La règle se trouve dans le C. Th. 3,10,1 C'est une très longue constitution de l'année 409, de l'empereur Honorius. Toutefois les sanctions sont moins sévères que pour le 3^eme degré et la dispense peut être accordée par l'empereur.

Cette règle sévère n'a pas pu se maintenir et dans le droit de Justinien le mariage est à nouveau autorisé entre cousins germains (Institutes, I,10,4), mais ce mariage entre cousins germains a toujours été mal vu par l'Eglise.

En même temps que l'Eglise rétablissait la sévérité dans l'empêchement de parenté, elle introduisait un nouvel empêchement dont je veux dire quelques mots, à savoir l'empêchement d'affinité.

L'affinité c'est le lien qui existe entre un époux et les parents de l'autre époux, par exemple beau-père et belle-fille, beau-frère et belle-soeur. C'est une notion qui est probablement étrangère à l'ancien droit romain, mais qui s'est constamment développée à partir de la fin de la République. A la fin de la République l'usage condamne le mariage en-

empêchement
affinité.

tre les alliés en ligne directe. Il y a sur ce point un texte de Cicéron dans le pro Quentio (6,15). En droit classique, c'est une règle de droit que l'empêchement de mariage entre alliés en ligne directe, cette règle se trouve dans Gaius, I, 63, au D. 23, 2, 14, 4 et au Code 5, 4, 17 constitution de Dioclétien, de l'année 295.

L'Eglise a été beaucoup plus loin et a établi l'empêchement d'affinité en ligne collatérale. Le premier texte ecclésiastique est un texte du Concile d'Elvire, de 305, canon 61. Un homme ne peut épouser la soeur de sa femme prédécédée, un veuf ne peut épouser sa belle-soeur. Le veuf qui épouse sa belle-soeur est écarté de la communauté des fidèles pendant cinq ans. Au concile de Néocésarée, en l'année 314, le canon 2 porte : "Une femme veuve ne peut épouser son beau-frère", une femme ne peut épouser le frère de son mari". Si une femme a épousé deux frères elle sera excommuniée jusqu'à sa mort". Par conséquent c'est l'empêchement d'affinité collatérale au premier degré.

Les raisons sont les mêmes que pour l'empêchement de parenté.

Quelle a été l'influence de ces textes ecclésiastiques sur le droit séculier ? Dès l'année 355 une constitution, qui est au C. Th. 3, 12, 2, interdit le mariage entre le beau-frère et la belle-soeur. Lorsqu'il y a un mariage entre un beau frère et une belle-soeur, les enfants sont illégitimes, ce sont des spurii. Par conséquent un homme ne peut épouser successivement deux soeurs, ni une femme épouser successivement deux frères et l'on peut dire que c'est l'application littérale des conciles d'Elvire et de Néocésarée.

L'application apparaît encore plus frappante, si au lieu de s'en tenir à ces textes, on se reportait à certaines des versions de ces conciles, par exemple la version syriaque. On voit une ressemblance frappante entre les termes de ces versions et les termes des constitutions impériales. Par conséquent nous pouvons dire qu'il y a là un cas d'influence directe de la législation ecclésiastique sur la législation romaine.

F I N

Cours terminé d'imprimer le 7 Mai 1938.