

418

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1941-1942

DIPLOME D'ÉTUDES SUPÉRIEURES
DROIT PRIVÉ
REPÉTITIONS ÉCRITES
DE

DROIT ROMAIN

approfondi

rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation
de

M. NOAILLES

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

DOCTORAT

"LES COURS DE DROIT"

RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES
PRÉPARATION A L'EXAMEN ÉCRIT

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

Intérêt du
cours de D.R.
approfondi.
Sa place par-
ticulière
dans l'ensei-
gnement.

Avant d'aborder ce qui sera l'objet du cours de cette année, il est bon de dire quelques mots sur l'utilité, l'intérêt, l'importance du Cours de Droit romain approfondi ainsi que sur sa méthode.

Cet intérêt est grand dans le programme général de nos Facultés de Droit, le cours de Droit romain approfondi tient une place très particulière dans notre enseignement, on peut dire qu'il est un de ceux dont le caractère scientifique est le plus marqué, parce qu'il est un de ceux qui a le caractère le plus désintéressé. Il n'a pas pour but en effet, de faire acquérir des connaissances positives, des connaissances susceptibles d'être appliquées pratiquement et directement dans la vie juridique; son but est beaucoup plus élevé. L'intérêt profond d'une matière d'étude n'est pas d'être susceptible d'une application pratique, mais de faire des gens cultivés.

Initiation
à la métho-
de histori-
que.

Ce cours doit être une initiation à la méthode historique, il doit donner un exemple de cette méthode qu'il est indispensable d'avoir pratiquée ou tout au moins dont il faut s'être approché pendant quelque temps, ne fût-ce qu'une année, si l'en veut être un homme vraiment cultivé.

Cela est indispensable non seulement à celui qui veut faire carrière d'historien, mais à tout juriste même à celui qui veut être un praticien mais qui ne doit pas être étroitement enfermé dans la technique

de son métier. Pour participer à la grande culture, il est indispensable d'avoir pu apprécier la valeur de la méthode historique qui est un de ses grands instruments.

En première et seconde année de licence, on présente un exposé sommaire du Droit romain dans son développement historique, c'est une large et vaste synthèse de plusieurs siècles d'histoire, car, somme toute, le programme de première et de seconde année comprend tout le Droit romain depuis la fondation de Rome en 754 avant J.C. jusqu'à la mort de Justinien en 565 après J.C., c'est-à-dire 1300 ans d'histoire.

Ce programme immense ne permet que de retracer tout à fait rapidement les grandes lignes du développement du Droit. 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 possible, les résultats de ces recherches, sans pouvoir entrer dans les détails accessoires et même sans pouvoir montrer les difficultés et les obscurités de cette méthode. On présente notamment comme des données certaines des systèmes généraux qui ne sont souvent que de pures conjectures: dans ces cours généraux de licence, on expose le résultat de la méthode scientifique et il est impossible de la mettre en oeuvre devant les auditeurs, de leur en montrer le fonctionnement.

Cette démonstration, ce fonctionnement, voilà au contraire ce qui fait l'objet du Cours de Droit romain approfondi et voilà aussi ce qui en fait le profond intérêt.

La méthode historique repose avant tout sur l'étude des textes que nous livre le passé.

Les textes, c'est-à-dire dans le sens le plus général les documents quels qu'ils soient qui nous ont été livrés par le passé, que ce soient des documents écrits sur parchemin, sur papier, sur papyrus, ou encore sur bronze et sur marbre, ou même que ce soient des monuments figurés que l'archéologie a le soin d'étudier, ce sont tous des documents que l'on peut et que l'on doit réunir pour approfondir, pour scruter le mystère du passé.

La méthode historique repose avant tout sur l'étude de ces textes. C'est le "caput et fundamentum totius institutionis", la base solide dont on ne doit jamais s'écarter lorsqu'on entreprend n'importe quelle étude historique. Connaître les textes, les respecter, essayer de déterminer ce qu'ils disent, et ne jamais vouloir leur faire dire autre chose que ce qu'ils disent, voilà les principes impératifs qui doivent toujours être présents à l'esprit quand on aborde n'im-

L'étude des
textes et
l'esprit qui
doit y pré-
sider.

porte quelle recherche historique. Principes d'autant plus impératifs que l'esprit humain est naturellement disposé à les transgresser. Même les savants les plus défiants d'eux-mêmes pratiquent à leur insu et pour ainsi dire comme malgré eux, ce que l'on appelle l'art de solliciter les textes pour leur faire dire ce qu'on veut qu'ils disent et ce que, au fond, ils ne disent peut-être pas. Nous aurons de nombreux exemples dans le cours de cette année, de cet art de solliciter les textes, de cette obstination si l'on peut dire involontaire et d'autant plus dangereuse qu'elle est involontaire, de cette obstination à lire les textes comme on le veut et non pas comme ils parlent eux-mêmes si on les laisse parler.

Grâce au titre de ce cours de Droit romain approfondi, nous ne sommes pas limités en principe, comme on est limité par exemple dans un cours de Pandectes aux seuls textes du Digeste, nous pouvons faire le plus large usage de tous les Historiens et dans le cours de l'année Plutarque, Denys d'Halicarnasse, Aulu-Gelle, Cicéron nous donneront beaucoup de renseignements précieux que nous aurons à harmoniser avec les renseignements tirés de nos livres techniques, du Digeste et des Institutes de Gaius.

Caractère
fragmentaire
de la docu-
mentation.

Mais les textes que nous possédons ne sont que les restes d'une documentation beaucoup plus abondante. Ainsi le Digeste, la source principale de notre connaissance du Droit romain, est un recueil d'extraits de l'oeuvre des jurisconsultes classiques des trois premiers siècles de l'ère chrétienne, extraits qui ont été faits sur l'ordre de Justinien autour des années 533-535, par conséquent au milieu du VI^e siècle. De toute l'immense littérature des jurisconsultes classiques, il ne nous reste, pour ainsi dire, sauf une exception assez importante, mais cependant réduite, les Institutes de Gaius, il ne nous reste plus rien que ces extraits.

Les interpo-
lations.

Et encore ces extraits ont-ils été volontairement changés, modifiés par les compilateurs pour les mettre au courant du Droit du temps de Justinien. D'innombrables suppressions et de non moins nombreuses additions ont été faites dans ces textes avant de les comprendre dans le Digeste de Justinien. Cette recherche des additions et des suppressions est la difficulté et en même temps l'intérêt des études modernes de Droit romain, c'est la fameuse recherche des interpolations.

L'établisse-
ment et la
critique des
textes. Con-
naissances

Le premier travail de la méthode historique, c'est donc l'établissement et la critique du texte. C'est un travail lent et difficile. Il nécessite des connaissances très étendues et des connaissances de toute

qu'elles exigent.

sorte, non seulement des connaissances juridiques qui sont nécessaires pour un historien du Droit, mais des connaissances purement historiques, littéraires, épigraphiques, philologiques et même archéologiques.

Il est par exemple indispensable, pour faire du Droit romain d'une façon un peu approfondie, de bien connaître la langue latine. Pour ceux qui voudraient devenir historiens du Droit une forte culture gréco-latine est la condition essentielle d'une véritable carrière scientifique.

Toutes les sciences auxiliaires de l'histoire doivent donc être plus ou moins connues par l'historien.

Pour établir les textes, il faut faire appel à toutes les ressources de la science historique, il faut les replacer dans leur cadre originaire pour dégager leur signification exacte et toute leur signification. Ce travail est celui dont la lenteur rebute parfois le plus les esprits qui sont plus logiques qu'historiques. Ils reprochent aux historiens de s'attarder indéfiniment dans les recherches de détail, trop lentes, trop fragmentaires et considèrent souvent que cet effort de recherches est disproportionné avec le résultat que l'on en tire.

On reproche souvent aux érudits-car on donne à cette sorte de recherches le nom péjoratif d'érudition-d'amonceler les montagnes de recherches pour trouver parfois un détail insignifiant. L'importance et la nécessité de ces travaux d'approche, de ces travaux d'érudition n'apparaissent pas toujours aux profanes. Sans nous y attarder dans ce cours il sera cependant nécessaire de montrer leur importance, leur utilité et leur résultat.

L'interprétation et l'explication des faits. Difficulté qu'elles présentent à raison de l'insuffisance des textes. La conjecture et l'hypothèse.

L'observation des faits, l'établissement des textes, ce n'est pas là tout du travail historique: il faut encore, et ceci est peut-être plus important, interpréter ces faits et les expliquer. Ici intervient le raisonnement et la logique auxquels il faut encore ajouter l'intuition historique.

Les faits historiques sont ainsi expliqués par le raisonnement et par la conjecture: car les documents qui nous restent du passé ne sont ni très nombreux, ni très explicites. Ils sont fragmentaires, ils ne sont que des restes et souvent défigurés d'une documentation beaucoup plus abondante. Les témoignages du passé ont disparu sans laisser de traces et ceux qui nous restent ne sont pas nécessairement les plus abondants, les plus importants et les plus caractéristiques. Au contraire, dans cette documentation du passé, il y a une masse de renseignements tout à fait insignifiants.

La première raison de cet état malheureux de la

science historique ce sont les destructions dues au hasard. Inutile d'indiquer l'importance que représentent dans l'histoire ces destructions, destructions amenées par les guerres, par les inondations, par d'autres causes encore, qui font que chaque génération s'acharne à détruire inlassablement les restes que les générations précédentes ont laissés de leur histoire.

La deuxième raison, c'est que les documents contemporains sont souvent des documents de détail, qui sont muets sur les choses qui nous intéresseraient le plus, à savoir sur les principes généraux, sur la structure fondamentale sur laquelle est bâtie la Cité. Ces principes n'apparaissent le plus souvent dans le détail de la documentation qui nous reste que par de simples allusions on les suppose connus car, en effet, ces principes généraux étaient connus des contemporains. Mais il nous sont inconnus et c'est spécialement ce qu'ils ne nous disent pas que nous voudrions trouver dans la documentation. Nous suppléons ici à notre ignorance par la conjecture, par l'hypothèse.

L'hypothèse, c'est l'explication plausible des faits et l'hypothèse la meilleure est celle qui explique le plus grand nombre possible des faits que nous connaissons et en dégage la signification, c'est celle qui relie ces faits avec les autres faits de même nature. L'hypothèse historique est reconnue la meilleure lorsqu'elle fournit l'explication la plus simple et en même temps lorsqu'elle n'est contredite par aucun fait.

C'est là la règle de la méthode historique; un fait c'est une chose contre laquelle un historien ne doit pas aller. Il doit respecter le fait et l'accepter pleinement et, si son hypothèse, si ingénieuse qu'elle soit, est contredite par un fait, c'est la faute de l'hypothèse ce n'est pas la faute du fait historique.

La méthode historique on le voit est un mélange très délicat entre les faits certains, connus par les textes et les conjectures qui essaient de les coordonner. Il est d'une importance capitale de toujours se rendre un compte exact du degré de certitude de la connaissance historique. Il faut toujours faire la part du fait connu et de l'hypothèse, et il n'y a rien de plus condamnable pour un historien, rien de plus mauvais pour une méthode historique que de confondre hypothèse et fait connu et de prendre une hypothèse comme point de départ d'une série d'autres hypothèses sans s'apercevoir qu'il n'y a là qu'une hypothèse et non pas un fait certain.

C'est cette hypothèse qui rend la connaissance historique susceptible de se modifier, de se perfectionner indéfiniment, c'est ainsi que s'explique le travail continu des générations d'historiens sur les mêmes documents, sans que nécessairement ils fassent la même chose ou

qu'ils fassent un travail inutile. Car la découverte de faits nouveaux est un événement heureux, mais un événement rare dans le chantier historique: ce n'est pas tous les jours qu'on découvre des fragments nouveaux de Gaius et c'est pourquoi une découverte de ce genre a une telle importance, même lorsqu'il s'agit seulement de quelques pages nouvelles. En réalité, la plupart du temps, le perfectionnement dans la science historique est amené par une meilleure interprétation de faits déjà connus.

Le caractère conjectural de l'histoire.

On s'étonne et on se scandalise souvent de la part considérable de la conjecture dans l'histoire. C'est en effet la grande difficulté, la grande obscurité des sciences historiques, et ces incertitudes rebutent parfois certains esprits qui sont plus amoureux de certitude même apparente, de certitude logique que de la connaissance difficile et fragmentaire des événements. On reproche quelquefois à l'histoire de n'être qu'une petite science conjecturale; c'est un reproche injuste, et surtout c'est un reproche inutile; le caractère conjectural de l'histoire est un fait et l'historien doit s'incliner devant les faits; il est inutile de le nier, il est beaucoup plus fructueux de le comprendre et d'essayer d'utiliser ce caractère conjectural.

D'ailleurs ce caractère conjectural n'est pas spécial à l'histoire, c'est le caractère commun à toutes les branches de la connaissance plus ou moins bien déguisé par la rigueur et la clarté apparente des principes généraux qui ne sont au fond que des conjectures. Il en est de même ainsi dans les sciences naturelles qui paraissent les plus certaines.

Il est indispensable de s'en rendre compte, il est indispensable de "sonder" le fond de cette infirmité humaine. De quelque côté que l'esprit se tourne, il se trouve en face de l'incertitude, même lorsqu'il se tourne vers les sciences naturelles, même lorsqu'il se tourne vers les sciences mathématiques, qui de toutes, devraient paraître les plus certaines. Mais ce n'est qu'une certitude apparente, c'est parce qu'on a pris un parti au début et qu'on le continue logiquement jusqu'à la fin; si ce parti pris - qui s'appelle un axiome dans la science mathématique - change, toute la science tombe d'un coup pour être reconstituée d'une autre façon.

Nous allons essayer, dans le cours de cette année de sonder cette incertitude de l'histoire et son caractère conjectural, et de voir que, malgré tout, on peut en tirer quelques résultats.

Voilà le fond même, voilà le but suprême de l'enseignement supérieur et en particulier de l'enseignement du Droit romain approfondi.

Notre cours de cette année est intitulé d'après le programme de la Faculté : "Du droit sacré au droit civil, essai sur l'origine de la juridiction civile à Rome". L'origine de la justice voilà certes, un grand et noble sujet! Nous chercherons à déterminer sous l'empire de quelles idées, dans quelles conditions, les Romains ont introduit la paix dans la cité, en soumettant les citoyens à la règle sociale, en apaisant les querelles privées, par l'arbitrage du chef, par le jugement de l'autorité publique.

Depuis plusieurs années, depuis 1937, j'ai consacré mes cours de doctorat à ce problème. Mon dessein primitif était d'étudier d'une façon générale et sans idée préconçue le monument le plus vénérable et le plus illustre du droit romain, la loi des XII Tables. Je me suis peu à peu détaché de cet objet particulier pour étudier un phénomène historique d'un ordre plus général, la naissance de la justice dans une civilisation donnée.

La partie principale de la loi des XII Tables, celle à laquelle le législateur a attaché le plus d'importance, c'est la réglementation de la procédure, c'est-à-dire l'organisation de la juridiction civile. Les Romains ont appelé, vous le savez, leur plus ancienne procédure les actions de la loi. Or, en les étudiant dans la Loi des XII Tables, je suis arrivé à la conviction non seulement que leur nature primitive était différente de celles qu'elles ont prises dans le droit romain historique, mais qu'elle était même très différente de celle qu'on leur accorde généralement dans la littérature moderne du droit romain.

Il est possible de faire sur leur naissance une hypothèse beaucoup moins élémentaire que celles qui sont faites jusqu'ici; et grâce à cette hypothèse, nous pourrions pénétrer beaucoup plus profondément le mystère de leur origine. Cette idée s'est développée peu à peu au cours d'études successives. Elle a abouti à un système que je voudrais cette année exposer sous sa forme définitive. Après avoir fait l'objet de ce cours, elle sera au point, je l'espère, pour fournir la matière d'un volume imprimé. Notre titre, du droit sacré au droit civil montre déjà les tendances de notre hypothèse explicative. Au début de ces leçons nous allons montrer les lignes générales qui l'inspirent.

Le Vieux
système des
A.L. Expli-
cation de leur
caractère par
l'hypothèse
de la justice
privée.

Gaius Inst. IV, 12 nous dit quelles étaient les principales actions de la Loi : "Leges autem agebatur modis quinque : sacramento, per iudicis postulationem, per condictionem, per manus iniectionem, per pignoris capionem. On avait coutume d'agir par les actions de la loi de cinq manières ; par le sacramentum, par la demande du juge, par la condiction, par la main-mise, par la

prise de gage". De ces cinq actions de la loi, quatre ont été créées par les XII Tables, le sacramentum, la manus injectio, la pignoris capio, la judicis postulatio. La cinquième, la condictio est l'oeuvre de deux lois postérieures, la loi Silie en matière de dettes de sommes d'argent, pecunia certa, la loi Calpurnia pour les dettes d'objet certain, certares. Le sacramentum et la manus injectio sont les deux dont la structure conserve le mieux les traces d'un archaïsme étrange. Aussi ce seront celles que nous étudierons particulièrement.

La caractéristique des actions de la loi est leur formalisme. Le fond du procès c'est-à-dire la détermination du point de droit à juger et le jugement proprement dit sont précédés d'un cérémonial de paroles et de gestes qui constitue l'action de la loi proprement dite. Ce cérémonial est la partie la plus originale et la plus pittoresque de l'action. Il donne à l'ancien droit romain sa physionomie propre. C'est aussi la partie la plus mystérieuse de la procédure, celle dont les auteurs ont toujours cherché à découvrir la signification. Les éléments essentiels du cérémonial sont avant tout la forme générale de la vindictio que l'on retrouve dans la plupart des actions de la loi, la manus injectio et le sacramentum.

Tous les auteurs qui ont examiné le problème sont d'avis que ces formes singulières sont les témoins dans le droit historique que nous connaissons d'un état antérieur différent dont il s'agit de découvrir la nature par hypothèse, puisque nous ne le connaissons plus que par les traces qu'il a laissées dans le droit historique.

L'hypothèse explicative, universellement admise jusqu'ici nous le verrons est ce que l'on appelle le système de la justice privée, en allemand, Selbstshilfe secours de soi-même, la justice que l'on se rend soi-même. On pense que les formes mêmes de la procédure apportent la preuve que la juridiction civile, c'est-à-dire l'arbitrage par l'autorité du chef de la cité, roi, consuls, prêteurs, n'était pas l'état originnaire. Avant qu'ils aient pris en main la justice et imposé leur juridiction aux citoyens, ceux-ci se faisaient justice à eux-mêmes, par leurs propres forces, comme ils le pouvaient et quand ils le pouvaient. Le combat pour le droit n'était pas une métaphore, c'était une réalité matérielle, un combat effectif par la force des poings et des armes. Mais pour distinguer ce combat d'une violence injustifiée, celui qui voulait se faire justice à lui-même employait certaines formes dans son acte de force. Le cérémonial des actions con-

serve la trace de ces formes; elles ne servent plus à la violence, mais elles figurent la violence, elles en sont le simulacre; simulacre qui sert à fonder l'intervention du juge. A la lumière de cette hypothèse, les formes singulières des actions de la loi reprennent leur signification primitive et peuvent être expliquées.

Voilà le système, qui depuis Jhering (Esprit du droit romain, I, p. 119 et suivantes) est universellement accepté et sur lequel repose actuellement toute l'interprétation des actions de la loi. Il suppose que la procédure civile que nous connaissons, l'arbitrage du chef de la cité a succédé directement à un état d'anarchie, à un état de violence dans lequel comptait seule la force matérielle. Nous dirons les raisons que nous avons de combattre cette hypothèse. Malgré son apparente simplicité, peut-être à cause d'elle, elle a arrêté nettement tous les progrès de la critique. Elle a stérilisé toutes les recherches tendant à faire mieux comprendre les vieilles actions de la loi.

Nouvelle hypothèse fondée sur la force rituelle et la force spirituelle du rite.

Il nous a semblé qu'à ce système pouvait être substitué une hypothèse beaucoup meilleure, rendant mieux compte des particularités des actions et les expliquant plus profondément. La base de notre système sera l'examen attentif et minutieux des formes des actions de la loi, c'est-à-dire des paroles et des gestes et nous arriverons à deux conclusions fondamentales.

1°) Nous reconnaissons dans le cérémonial de l'action une manifestation rituelle. En accomplissant vindictio, manus injectio ou mancipatio, l'auteur de l'action accomplit un rite déterminé à l'avance. Et l'efficacité du rite est subordonnée à son observation rigoureuse. C'est parce qu'il est suivi trait pour trait sans que la moindre partie du formulaire ne soit modifié qu'il produit son effet juridique. Celui qui veut faire triompher son droit fait appel à une force, mais ce n'est pas à la force matérielle de ses poings. Il invoque la force rituelle, la force spirituelle du rite. Voilà le point de départ que d'ailleurs tout historien moderne du droit romain sera très disposé à accepter. Car cette idée ne heurte aucun principe actuellement admis et il est très conforme aux conceptions répandues sur le formalisme, le but et l'efficacité des formes dans les très anciens droits.

2°) Mais ce qui est plus nouveau c'est le fondement que nous voulons donner à la manifestation rituelle; la raison profonde que nous chercherons à dégager de son efficacité.

Nous pensons que la manifestation rituelle dans sa nature primitive était un acte religieux. Elle conserve la trace la plus formelle de l'époque où le

droit n'était pas encore laïcisé, où il n'y avait pas encore de droit civil, où les règles qui devaient plus tard donner naissance à ce droit civil étaient encore du domaine du fas, de la religion. La manifestation rituelle avait pour but de faire apparaître le droit divin, ce qui était conforme à la volonté des dieux. Elle était le moyen donné aux hommes de découvrir cette volonté. Elle organisait les modes grâce auxquels cette volonté pouvait se manifester. La force rituelle dans son essence primitive reposait sur l'autorité des dieux. Telle est l'hypothèse à laquelle nous conduit l'examen minutieux des rites des actions de la loi.

Fustel de Coulanges a montré l'importance du rôle de la religion dans tous les aspects de la vie antique. La religion n'est pas cantonnée, comme dans les temps modernes, dans le domaine de la vie intérieure, de la vie morale des individus. Les croyances religieuses des Romains, comme de tous les peuples antiques sont dominées par cette idée que les dieux interviennent continuellement dans tous les actes de la vie privée. Les dieux aident les hommes ou les empêchent, ils approuvent ou ils condamnent. Le monde antique n'était pas arrivé à la notion de lois naturelles. Pour nous modernes les phénomènes de la vie dépendent de causes naturelles et ne sont pas l'effet d'une volonté individuelle divine ou humaine.

Aussi avant d'accomplir un acte quelconque de la vie, le Romain s'assure qu'il est conforme à la volonté des dieux. Cette règle s'étend à tous les actes de la vie publique, domi militariae, à tous les événements de la paix et de la guerre. Réunion des comices, votes de lois, élection de magistrats d'une part, déclaration de guerre, départ de troupes en campagne, engagement d'une bataille, d'autre part, rien n'est entrepris avant que les dieux aient été consultés et aient donné leur approbation. Il en est de même pour tous les actes de la vie privée, acte important comme le mariage ou même acte journalier tel que la culture d'un champ. Cette consultation des dieux, cette recherche de leur approbation se font suivant les règles de la science augurale ou de la science des haruspices. Elles s'effectuent par les prises d'auspices et par les sacrifices. Les auspices prises sont tombées en désuétude plus tôt que les auspices publics. Aussi les connaissons nous moins bien. Mais les uns et les autres ont joué un rôle capital dans la vie des anciens Romains avant que la transformation des mœurs et des croyances ne les aient fait abandonner.

D'autre part, tous les historiens, qu'il s'agisse des historiens anciens de Rome ou des historiens moder-

Le rôle de la religion dans tous les actes de la vie ancienne. Origine religieuse du droit.

nes, reconnaissent que, d'après les idées romaines, le droit comme toutes les autres institutions de la cité est d'origine divine. Le droit primitif ne se différencie pas du droit sacré. Il n'était qu'une partie du fas, nom que nous conservèrent après la séparation les règles religieuses proprement dites appliquées au droit.

Car le droit romain plus tôt et plus complètement que le droit de n'importe lequel des peuples antiques fut laïcisé. Cette laïcisation est un fait accompli à l'époque des XII Tables. Dans ses sources et dans ses applications le droit est considéré comme suivant des règles purement humaines, comme l'émanation de la volonté des hommes dans un domaine purement rationnel. Mais les Romains n'ont jamais perdu le souvenir de l'origine religieuse de leur droit et ils en ont conservé de nombreuses traces.

Nous ferons une application précise de cette notion générale et fondamentale acceptée de tous, dans nos recherches spéciales. Nous concluons que dans leur fonctionnement primitif les actions de la loi étaient une émanation du droit sacré, un mode de consultation des dieux. Nous irons même jusqu'à dire que dans cette première phase, dans cette phase de leur préhistoire elles furent une branche de l'auguration et de l'haruspicine. Nous montrerons comment, sous cette forme religieuse les manifestations rituelles constituaient déjà un système juridique très différent sans doute du système définitif, mais déjà assez complet. Elles rendaient possible une organisation stable permettant de reconnaître les droits de chacun, d'en assurer le respect et la défense.

Dans les deux premiers chapitres, nous réunirons les indices externes servant de cadre à cette démonstration et augmentant sa valeur de crédibilité. Nous étudierons d'abord les rapports du fas et du jus et les nombreuses traces de leur identité primitive. Notre cours ne comportera plus cette année d'étude externe de la loi des XII Tables. Car cette étude ne fait pas partie de notre sujet dans sa forme définitive. Néanmoins, cette loi reste la base fondamentale de ce sujet. Nous verrons dans un deuxième chapitre quelle est sa place et son importance dans le droit romain. Nous lui reconnaitrons une importance supérieure à toute celle qu'en lui avait donné jusqu'ici: nous reconnaitrons une portée beaucoup plus précise et plus littérale à la tradition qui voit dans cette loi la source du droit civil. Car c'est elle qui, en consacrant la laïcisation du droit sacré, a véritablement créé ce droit en utilisant les anciennes formes détournées de leur sens primitif.

Mais le véritable sujet du cours commencera seulement à être développé de façon interne dans les chapi-

tres suivants. Car le système que nous prétendons construire et défendre résultera de l'examen minutieux des formes de chacune des actions de la loi. Pour en déterminer la signification, nous emploierons une méthode nouvelle. Cette méthode consiste dans l'interprétation littérale du cérémonial conservé dans sa forme primitive, à travers les siècles, sans changement essentiel, au milieu des transformations du droit. Cette immobilité de la forme, malgré les modifications du fond du droit, la rend incompréhensible au point de vue du droit nouveau. En revenant au sens littéral nous prétendons revenir à l'état primitif.

Voici donc la série des chapitres dans lesquels se développeront nos 40 leçons.

Chapitre I - Fas et jus.

Chapitre II: Les XII Tables, source du jus civile.

Chapitre III: Vindicare.

Chapitre IV: Justice privée ou manifestation rituelle?

Chapitre V : Vindicta.

Chapitre VI: Manum injicere.

Chapitre VII: Vindex

Chapitre VIII: Adsertor libertatis

Chapitre IX: Per aes et libram agere

Chapitre X : Auctoritas.

Chapitre XI: Sacramentum

Chapitre XII: Nuncupare.

Chapitre XIII: Do, dico, addico.

Chapitre I

FAS et JUS.

S'il est une règle générale que l'on peut tirer de l'histoire comparée, c'est bien que tous les peuples, au stade primitif de leur civilisation, ont cru que le droit qui régissait leurs rapports était d'origine divine. Toutes leurs règles de conduite, y compris les lois, sont un don de leurs dieux. Ils ne conçoivent pas qu'il y ait deux domaines séparés, le domaine de la religion où ils dépendent de la volonté divine et le domaine du droit où ils sont leur maître et qui est régi par leur propre volonté ou d'une façon générale par une volonté humaine, celle des membres de la cité ou celle du roi.

Les Romains n'ont pas échappé à cette loi générale et n'ont jamais perdu la mémoire de cette origine divine du droit. Cicéron, De legibus II, 8, dit: "Que les citoyens aient avant tout la conviction que les dieux sont les maîtres et les régulateurs de toutes choses que tout ce qui se fait, se fait par leur puissance, par leur volonté et par leur providence." Dans le même livre, de legibus, II, 4, il disait d'une façon plus précise: "Ainsi la loi véritable et primitive, ayant caractère pour ordonner et pour défendre, est la droite raison du Jupiter suprême."

Les lois anciennes fondatrices de la cité, ce n'est pas un homme qui les a créées. Solon, Lycurgue, Minos, Numa, ont pu mettre en écrit les lois de leurs cités, ils ne les ont pas faites, ils les ont reçues des dieux. Les Crétois attribuaient les leurs, non à Minos, mais à Jupiter; les Lacédémoniens croyaient que leur législateur n'était pas Lycurgue, mais Apollon. Les Etrusques avaient reçu leurs lois du dieu Tagès. Les Romains enfin disaient que Numa avait écrit les lois sous la dictée d'une des divinités les plus puissantes de l'Italie ancienne, la déesse Egérie. Il y a du vrai dans toutes ces traditions. Le véritable législateur chez les anciens ne fut pas l'homme, ce fut la croyance religieuse que l'homme portait en soi. Cela revient à dire que dans ce stade primitif, ils ne concevaient pas le droit comme séparé de la religion.

Il y a des peuples comme les Hébreux, qui n'ont jamais distingué la loi divine de la loi humaine. Pendant tout le cours de leur histoire, le prêtre est resté le législateur et le juge et il est dans ses fonctions l'interprète de la volonté divine. Chez les Grecs, cette séparation s'est faite dans les temps historiques. Nous avons donc des documents certains qui nous permettent de constater chez les premiers la persistance de cette confusion et chez les seconds la façon dont elle a cessé. Chez les Romains au contraire, la séparation s'est produite de très bonne heure avant ce que l'on appelle l'époque historique de Rome, c'est-à-dire avant cette époque à partir de laquelle nous avons des documents écrits, des sources authentiques, nous permettant de connaître de façon sûre les événements de l'histoire. Avant, nous en sommes réduits directement à des traditions peu sûres ou à des légendes. Pour apprécier l'importance de cette remarque il convient de rappeler que les historiens font commencer ces temps historiques à la prise de Rome par les Gaulois, 364 de Rome fondée, 390 av. J.C., cinquante-neuf ans après la date traditionnelle de la loi des XII Tables, 305 de Rome fondée, 449 av. J.C., cent dix neuf ans après la date traditionnelle de la chute des Rois et de l'établissement de la République, 245 de R.F. 509 av. J.C.

La laïcisation du droit romain s'est donc produite en un temps que nous ne connaissons plus directement. Aussi un auteur comme Mitteis (*Röm. Privatr.* I, p. 22) a pu dire que la séparation a toujours existé et que la loi civile comme telle est aussi ancienne que la loi religieuse. Pour tous les autres auteurs, cette séparation aurait eu lieu à une époque indéterminée précédant de loin toute histoire, car ils pensent en général qu'elle est déjà un fait accompli à l'époque royale. Quant à nous, nous pensons préciser bien davantage l'époque de la laïcisation. Nous pensons qu'elle a été l'oeuvre de la loi des XII Tables et qu'elle a été accomplie par la création du droit civil.

Religion et droit naissent d'une même pensée, d'un même besoin. Cette pensée commune est qu'il y a un ordre que l'on sent nécessaire et qui est l'idéal essentiel de toute société. Mais tandis que la religion est conçue comme une émanation directe des dieux dont eux seuls peuvent donner les règles, ordres et défenses, le droit est envisagé par les peuples arrivés à un certain stade de la raison comme issu de la volonté rationnelle des hommes. Les règles du droit sont édictées par la volonté humaine qui s'exprime dans la loi et son application peut être soumise à l'examen également

traditionnel des autorités de la cité. Et c'est ainsi que s'établissent l'un par l'autre le jus civil et la juridiction civile. L'ordre civil reste lié au sol réel et sous la protection de l'Etat. Alors commence, croît et se fortifie la différenciation des organes de la religion et des organes du droit, l'opposition entre l'ordre divin et l'ordre humain.

I. Fas et Jus.

Cette opposition extérieure entre les deux mondes, le monde divin et le monde humain est caractérisée par l'emploi de ces deux mots: Fas pour le droit divin, jus pour le droit humain. Le commentateur de Virgile, Servius, expliquant le vers 269 de la première Géorgique qui contient ces mots: "Fas et jura sinunt. - Le fas et le droit permettent" explique: "Id est divina humanaque jura permittunt: nam ad religionem, fas, ad homines jura, pertinent: - C'est-à-dire le droit divin et le droit humain permettent, car le fas concerne la religion, le droit concerne les hommes".

D'après les philologues anciens et modernes (Ernout et Meillet, Dictionnaire étymologique) le mot fas de même que fastus doit être rapproché du verbe fari qui signifie parler. Il y a un parallélisme curieux et instructif entre l'expression de la volonté divine, fari, parler et l'expression de la loi civile par le magistrat. Le magistrat judiciaire à Rome est appelé essentiellement le judex, de jus dicere, celui qui dit le droit. Dans quelques inscriptions, le prêtre est appelé le dicator, celui qui dit. Nous aurons longuement l'occasion de faire ressortir l'importance mystérieuse et divine, la souveraine efficacité de la parole, des verba certa, dans le droit et dans la religion. La parole de ceux qui ont qualité pour la prononcer est le véhicule par excellence de la volonté des dieux pour ce qui est de la religion, de la volonté de la loi pour ce qui est du droit. Le fas c'est la parole divine exprimée par les représentants qualifiés des dieux, roi, prêtres, pontifes. Le jus c'est la parole de la loi qu'expriment ceux qui parlent en son nom, avant tout le judex mais aussi les parties. Et nous ferons remarquer à la fin de ce cours l'identité étonnante dans les deux domaines des règles d'après lesquelles les verba sont appelées à exprimer ces volontés.

Il ne faut pas considérer le domaine du fas et le domaine du jus comme deux mondes fondamentalement séparés et ayant chacun leurs règles séparées (Mitteis Röm. Privatr. I, p. 22), Jörs-Kunkel (Röm. Recht. p. 19 note 1) en ont fait ingénieusement la remarque. Jus et fas

ont un idéal commun, l'ordre dans la cité, il leur en reste une union beaucoup intime.

Il ne s'agit pas dans le fas de règles positives du droit sacré s'opposant aux règles de droit civil. Le droit pontifical proprement dit qui réglemente le culte et la religion est appelé jus sacrum, jus pontificum; jus et non pas fas.

Fas et jus sont destinés tous deux à donner aux hommes leurs règles de conduite, les règles de la vie sociale. Le fas est la sphère libre d'activité des dieux; c'est ce qui est permis ou ordonné par les dieux à côté de ce qui est ordonné par la loi. Il n'y a pas d'opposition entre ces deux ordres, mais interpénétration; le domaine du jus est celui dans lequel s'exerce le droit civil. Les mots sont souvent joints ensemble dans la formule fas jusque. Virgile, dans les Géorgiques (I, 269) à propos des occupations auxquelles on peut se livrer les jours de fête dit: "Fas, juraque sinunt...le fas et le droit permettent". A propos d'un complot contre l'Etat, le consul Tullius Manlius Torquatus s'écrit devant le sénat (Tite Live VIII, 5, 6): "Aude, Jupiter, haec scelera; audite, jus fasque. Entends, Jupiter, ces crimes, écoutez, droit humain et droit divin".

Cette opposition a quelques points de ressemblance, avec celle qu'établirent les jurisconsultes byzantins entre le droit civil et le droit naturel. Si fas et jus ne concordent pas toujours, c'est parce que le droit civil, c'est-à-dire la sanction de la règle juridique est restée, autrefois, comme aujourd'hui, en deça du désir qu'en ont les hommes. Par exemple dans les rapports internationaux, les garanties extérieures dont la civilisation sent la nécessité, ont été de tout temps insuffisantes ou même inexistantes, faute d'une autorité publique supérieure aux cités et aux Etats, capable d'imposer cette garantie. Aussi dans cet ordre, c'est le fas, non le jus, qui a établi ses préceptes. Le droit de la guerre et de la paix, le droit des étrangers et des hôtes sont toujours restés sous la protection exclusive de la religion, des règles du fas. Là où des lois civiles manquent, l'appel aux dieux conserve sa force. Il est sanctionné par ses deux modes les plus caractéristiques le serment et la malédiction.

Dans le droit classique, les jurisconsultes invoquent le fas à défaut de la loi civile défaillante dans des cas de pur droit civil. Ulpien (au Digeste, 3, 2, 13, 4) examine le cas d'une donation faite à cause de noces. Les conventions des parties avaient établi

que cette donation devait subsister même si le mariage était annulé. La validité de la donation avait été reconnue par un rescrit impérial. Ulpien conclut: "Sed fas non est eas donationes ratas esse. - Mais il n'est pas permis par les dieux que ces donations soient valables". Ainsi le fas est en quelque sorte le prolongement du jus, là où fait défaut la règle positive humaine. A l'inverse les Romains ne conçoivent pas que le jus puisse valablement exister si il est contraire à la règle idéale du fas. Le fas peut édicter ses lois là où le jus est muet. Mais le jus ne peut exercer son empire contrairement à la règle du fas.

Tels sont les rapports qui existent d'après les idées romaines, entre le jus et le fas. On conviendra que ces rapports étroits s'expliqueront d'une façon beaucoup plus satisfaisante si nous arrivons à prouver que le droit civil est sorti directement du droit sacré, à qui il a emprunté ses premiers modes d'expression, et nous aurons donné la raison profonde de leur interpénétration.

II - Le calendrier des jours judiciaires.

Nous avons dit que nous rassemblerons dans les deux premiers chapitres de ce cours les indices de crédibilité du système qui sera développé dans les chapitres suivants. Ils ne sont pas des preuves de ce système, mais ils en préparent l'atmosphère favorable. A ce premier indice fourni par les rapports du jus et du fas, nous allons maintenant ajouter un indice plus direct.

Le calendrier romain a des rapports tout à fait étroits avec la religion. Le soin de l'établir chaque année et de diviser l'emploi des jours est une des principales prérogatives du collège des pontifes. Or, dans ce calendrier, les jours de l'année sont divisés en deux catégories: les jours fastes et les jours néfastes. Cette division est ainsi définie par Varron, *Lingua latina*, VI, 29, 30: "Dies fasti per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari: contrarii horum vocantur dies nefasti per quos dies nefas praetorem fari: do, dico, addico. Itaque non potest agi. Necesse est aliquo uti verbo cum lege quid peragitur". - Les jours fastes sont ceux où il est permis aux prêteurs de prononcer toutes les paroles sans s'exposer à une peine religieuse (à une offrande expiatoire). Les jours contraires à ceux-ci sont appelés néfastes. Ce sont ceux dans lesquels il n'est pas permis au prêteur de parler et de dire: do, dico, addico (je dome, je dis, je prononce l'addictio). Ain-

si on ne peut plaider ces jours-là. Il est nécessaire de se servir de ces mots quand quelque action de la loi est accomplieⁿ.

Si l'on compare ces énonciations de Varron avec la conception historique des actions de la loi, et du jus civile on ne peut manquer de les trouver étranges, voire même inexplicables. Ainsi le calendrier divise l'année en jours fastes et en jours néfastes. Les jours néfastes, les notations du calendrier nous l'apprennent, sont les jours consacrés aux dieux. Par conséquent les jours où les magistrats du peuple romains sont occupés par des cérémonies religieuses publiques, au nom de l'Etat, ou populaires, au nom du peuple. Cette définition négative est déjà un peu étonnante. On s'attendrait plutôt au contraire, fas, fasti, évoquant quelque chose de religieux. Pourquoi cette négation, néfasti, exprime-t-elle précisément le caractère religieux des jours consacrés au culte ?

On peut cependant trouver l'explication de cette singularité. Suivant la remarque de Jörs-Kunkel que nous avons citée, fas ne désigne pas le droit pontifical proprement dit, le jus sacrum. Or, les cérémonies du culte, l'activité purement religieuse déployée durant ces journées sont le domaine propre du droit pontifical. Ce n'est pas du fas. Les pontifes sont donc préoccupés d'abord d'établir les jours fastes. Les autres par opposition sont devenus les jours néfastes. Ce sont précisément ceux qui sont consacrés aux dieux.

Mais la définition positive des jours fastes est beaucoup plus déconcertante. Les jours fastes sont ceux qui sont consacrés au jus civile ! Ce sont ceux où il est permis d'agir dans une action de la loi. Varron nous l'explique formellement de la façon suivante. Il nous dit que les jours fastes sont ceux où le préteur peut prononcer les trois mots do, dico, addico, sans contrevenir à la prescription religieuse et sans s'exposer à un piaculum. Et ces trois mots sont ceux dont il doit se servir dans toute action de la loi.

Nous verrons que ces trois mots expriment toute l'activité du préteur dans les actions. Ils représentent par excellence l'exercice même de sa jurisdictio, de son pouvoir de jus dicere, de dire le droit. Or, comment Varron les annonce-t-il ? Il dit que les prononcer pour le préteur c'est fari, parler. Ainsi l'activité du préteur dans le jus civile c'est fari, les jours dans lesquels il peut fari, sont appelés, à cause de cela, dies fasti. Et ces mots qui sont dans le rapport le plus étroit et le plus indubitable avec le fas caractérisent précisément le jus civile.

A cette contradiction les auteurs modernes ne trouvent aucune explication. C'est à peine s'ils la notent; ils ne cherchent aucunement à la justifier. Si nous parvenons à prouver que les actions de la loi sont purement et simplement la transposition du droit sacré qui a permis de créer le droit civil, nous avons pour ainsi dire sous la main, l'explication la plus simple et la plus satisfaisante.

Ces expressions, dies fasti, fari, tirées directement du droit sacré, ne se justifieront-elles pas d'elles-mêmes si l'activité du magistrat avant de devenir la juridiction civile, avait commencé à s'exercer dans les mêmes formes, à titre de droit sacré, par conséquent, dans la domaine du fas ? C'est pendant cette période, antérieure au jus civile que se sont fixées les appellations du calendrier. Il a pu dire en toute exactitude que les jours où le roi exprime le droit sacré, le fas, sont des jours fastes. Et le calendrier reste le témoin de l'état antérieur, à titre de persistance historique, après la transformation du droit.

III.- Étymologie du mot jus.

Mais il y a mieux encore. Nous allons trouver un troisième indice de crédibilité aussi direct que le second à ajouter à ce portique qui précède notre démonstration principale. Nous avons dit que l'action du prêteur de jus dicere était caractérisée par le calendrier et par Varron qui le commente, comme un acte du fas. Le mot jus opposé à fas, en est venu à exprimer par excellence ce qui, dans les règles de conduite des hommes est réglementé par les lois humaines, le droit rationnel dépendant de la volonté des hommes et de la cité. Le qualificatif de jus est essentiellement civile, jus civile. Mais le mot jus en soi a-t-il toujours eu pour but d'exprimer ce caractère laïc du droit ? L'étymologie nous indique précisément le contraire. Elle nous montre avec la plus grande certitude que le mot avait à son origine un caractère sacré. J'emprunte cette démonstration à un philologue: Michel Breal, dans la Nouvelle Revue historique, VII, 1883, p. 603 et suiv.

Le mot jus, en ancien latin, jous, est un mot plus ancien que la langue latine. On le trouve également avec le même radical dans les autres langues Indo-européennes dont le latin n'est qu'un rameau détaché. Nous le retrouvons dans l'Inde et en Perse.

Dans le sanscrit le plus ancien, il y a un substantif, jaus, qui correspond lettre pour lettre au latin jous. C'est un terme très archaïque qui ne fait

Caractère sacré du mot jus dans son emploi primitif.

Vestige de ce caractère dans certains composés du mot jus.

plus partie de la langue courante et s'emploie seulement dans certaines locutions toutes faites. Dans les Védas jos est toujours associé au mot çam et qui marque l'idée de bénédiction. Çam jos ou çam ca jos ca est une formule qu'on emploie pour attirer sur quelqu'un le pouvoir et la protection des dieux. Le mot n'a pas passé dans le sanscrit classique.

Dans l'Avesta, on a le mot jaes, très fréquemment employé. Mais c'est aussi un vocable qui ne fait plus partie de la langue courante, qui est seulement usité en compagnie du verbe dâ, "faire". Jaoz dâ ou jaoz dath est une expression consacrée pour marquer l'idée de purifier. C'est un terme de liturgie. Mais la plupart des mots de liturgie ainsi employés dans l'Avesta avaient dans le principe une signification moins matérielle. Nous pouvons conclure de ce terme jaoz dâ que jaoz dans la religion de la Perse était un terme marquant une idée d'un caractère religieux ou moral.

Dans le latin le mot jus a perdu sa signification religieuse puisqu'il signifie précisément droit civil. Néanmoins, le mot a conservé sa couleur religieuse dans le dérivé juro et dans le composé jusjurandum. Jurer c'est solennellement affirmer la vérité en invoquant un témoin considéré comme sacré. Dans la loi osque de Bantia (Girard, texte 6ème édition p. 26), le terme usité pour prêter serment est deivo dérivé de deiys, diuus, qui veut dire prendre les dieux à témoin. Le mot composé jusjurandum est un acte religieux par lequel on prend la divinité à témoin et on s'expose à sa vengeance en cas de faux serment. Le vir juratus est celui qui par son serment s'est mis dans la main des dieux.

Ainsi chez les trois peuples indo-européens, nous avons le même mot jous ou jaus qui renferme la pensée, autant qu'on peut en juger par le sens des trois termes qui ont survécu, de volonté divine, de puissance divine.

Il y aurait même une étymologie qui serait en relation plus directe encore avec les faits que nous avons relevés dans l'histoire romaine. La doctrine des stoïciens, notamment de Chrysippe cité par Plutarque, met en rapport jus avec Jovis qui est une forme du nom romain de Jupiter. Cette étymologie a été reprise au XVIIIème siècle par Vico, Scienza Nuova (Ed. Nicolini, I, p. 25) et par Grotius. Elle est adoptée par quelques auteurs modernes, notamment par de Francisci (il Trasferimento della Proprietà, p. 69 et suiv.). Elle met en rapport le droit non seulement avec la volonté

divine en général, mais avec la volonté du dieu protecteur de la cité romaine Jovis, Jupiter. Le jus serait la loi donnée à la cité par Jupiter, par l'intermédiaire de son prêtre, le roi. Si séduisante que soit cette étymologie, nous ne nous y arrêterons pas. Elle n'est pas acceptée par les philologues. Les conclusions de Breal donnent un rapport bien plus ancien entre le jus et la volonté divine puisqu'il est antérieur à la cité des Tarquins. Ce rapport nous suffit pour illuminer le problème de l'origine du jus et de ses rapports avec le fas.

IV.- Le collège des pontifes et son rôle dans le droit civil.

Si le calendrier et l'étymologie même du mot jus nous fournissent deux indices des plus nets de l'identité primitive du jus et du fas, nous tirerons les mêmes conclusions du fait que leurs interprètes originaires sont identiquement les mêmes. Nous terminerons ce chapitre préliminaire en étudiant le rôle juridique des pontifes et du roi.

Surveillance
générale de
toutes les af-
faires reli-
gieuses.

Le collège des pontifes a à Rome la direction suprême de toutes les affaires religieuses. Il est composé d'un nombre variable, suivant les temps, de pontifices qui exercent toute leur vie leurs fonctions. Ils ont à leur tête le pontifex maximus qui a hérité à la fondation de la République des pouvoirs religieux du roi. Il les concentre tous sur sa tête; les membres du collège n'étant que ses conseillers ou ses délégués. D'après l'opinion générale, c'était le roi lui-même qui était le pontifex maximum sous la royauté.

Ce collège a des attributions religieuses avant tout. Mais il a, ou plutôt il a eu au début de la République, des attributions juridiques.

A. Attributions religieuses du collège des pontifes.

Elles s'étendent à tout ce qui est acte de la religion. Ils ne sont pas les prêtres d'un dieu déterminé. Les grands dieux de la cité ont leur flamme chargé de leur culte. Il y a d'autres collèges religieux, comme le collège des Augures, les Fétiales ou les Saliens, les frères Arvales qui chacun remplissent un office sacré déterminé. Les pontifices exercent leur surveillance générale sur tous les sacra privata et publica, sur toute la religion et des particuliers et de l'Etat. Famille, groupe de citoyens, cité, aucun n'échappe à leur juridiction.

Les dieux doivent protéger l'Etat et les particuliers et ont droit à certains honneurs. Le roi re-

présentait les dieux, tous les dieux de la cité, et veillait à ce que l'Etat et les particuliers accomplissent leur devoir religieux. Le pontifex maximus succède au roi dans ce rôle suprême.

Sacrifices.

1°) Les pontifes accomplissent personnellement certains sacrifices, notamment ceux qui dépendent du culte privé de l'Etat. L'Etat comme les familles a des lares et des pénates, lare et pénate publics. Ce sont les pontifes à qui incombe la charge de les honorer, comme elle incombe dans la famille pour les lares et les pénates privés, au père de famille.

2°) Les pontifes assistent les magistrats du peuple romain dans les sacrifices qu'ils doivent accomplir. Sacrifices expiatoires, vœux et consécration, dédicace des temples.

Calendrier.

3°) Ils dressent le calendrier.

Archives religieuses.

4°) Ils tiennent à jour les archives religieuses, les libri pontificum qu'ils conservent dans la demeure du pontife maximum, dans la regia. Ces livres sont: a) d'abord l'album, liste chronologique des membres du collège; b) les acta pontificum, procès verbaux des actes professionnels accomplis par le collège des pontifes, c) Ils tiennent aussi à jour ce qui nous intéresse davantage, les formulaires des prières. C'est les verba qu'il fallait prononcer dans tous les actes solennels intéressant l'Etat, sacrifice, vœux, obsecratio, devotio, dedicatio, que devait prononcer le magistrat et que le pontife récitait avant lui.

A ces formulaires, il faut rattacher les indigitamenta, la liste des innombrables petits dieux mineurs qui interviennent dans tous les actes de la vie privée, leur nom qu'il fallait dire et les prières qu'il fallait leur adresser. Tout citoyen désireux d'accomplir fidèlement le rite pouvait venir leur demander les renseignements nécessaires pour que sa prière soit correcte et par suite efficace.

d) A ces formulaires étaient jointes les prescriptions du rituel, c'est-à-dire les instructions générales et spéciales auxquelles on devait se conformer dans l'accomplissement des actes religieux. Indication des victimes pour chaque sacrifice, et probablement, posture et geste du sacrifiant.

e) Les commentarii pontificum, recueil des decreta et des responsa pontificum. Ils tenaient registre des consultations fournies, des réponses données aux difficultés qu'on était venu leur soumettre. Rien ne leur était plus indispensable car ils s'inspiraient des précédents dans les avis qu'ils donnaient;

f) Ils tenaient à jour le calendrier et les fastes consulaires, c'est-à-dire la liste des consuls an-

nuels. On sait que les années étaient comptées à Rome non par chiffres, mais par le nom des consuls d'où la qualification de consuls éponymes.

g) Enfin, dans les annales maximi, ils consignaient les événements de l'année que le pontifex maximus faisait écrire sur un album et exposer à la Regia. Publius Mucius Scaevola, pontife de 625 de Rome fondée 130 av. J.C., jusqu'en 631- 123 abolit cet usage parce qu'il y avait déjà de son temps un grand nombre de livres historiques. La clôture des Annales fut suivie de la rédaction en 80 livres d'un résumé de l'oeuvre entière des pontifes.

De ces documents tous sont disparus, sauf les fastes consulaires, que nous connaissons dans leur dernière rédaction sous Auguste, vers 36 après J.C. qui contiennent la liste des consuls jusqu'à l'année 22 ap. J.C. depuis le début. Ce sont des tables de marbre qui décoraient les murs de la Régia et qu'on appelle actuellement Fastes capitolins parce qu'ils sont conservés au Capitole.

Ces livres étaient conservés en secret. Ils sont les documents essentiels de l'histoire de Rome à ses débuts, ceux sur qui repose l'historicité des premiers événements certains relatés par l'histoire.

B. Attributions juridiques des pontifes.

Ces attributions ne se différencient pas fondamentalement des attributions religieuses des pontifes. Elles n'ont pas un caractère anormal en quelque sorte adventice qui serait venu s'ajouter par hasard à leur activité propre. Elles apparaissent aux Romains comme de l'essence même de leurs fonctions. Festus, p. 185 a 29 écrit: "Pontifex maximum iudex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque - Le pontife suprême est le juge et l'arbitre des choses divines et humaines". Telle est la conception générale qui résulte de nombreux textes. Voyez par exemple Cicéron, de orat. 3, 33, 136: "Haec fuit Publii Crassi, haec Tiberii Coruncanii, haec Scipionis Sapientia, qui omnes pontifices maximi fuerunt ut ad eos de omnibus divinis atque humanis rebus referretur - Telle fut la sagesse de Publius Crassus, de Tiberius Coruncanius, de Scipion, qui tous furent pontifes suprêmes, qu'on en référé à eux sur toutes les choses divines et humaines".

La juridiction directe que le Pontifex maximum conserve sur quelques matières de droit civil, découle directement de sa compétence religieuse. C'est lui qui célèbre par un rite religieux le mariage par confarreatio. Il préside les comices où sont faits les adoptions et les testaments, calatis comitiis. Il conserve de ce

rôle la surveillance et la haute main sur testaments et adoptions. De même les prescriptions qui se rattachent aux funérailles et aux tombeaux. Ces diverses matières n'ont jamais été séparées du droit sacré; ils sont également du domaine du jus et du fas.

L'activité
juridique des
pontifes,
leurs consul-
tations et
leur influ-
ence sur la
formation du
droit.

Mais la grande influence qu'ont eue les pontifes sur le développement du jus civile ne tient ni à leur compétence directe ni à une juridiction proprement dite. C'est la partie qui nous intéresse le plus dans leur activité, celle que toutes nos explications sur le collège des pontifes tendent à mettre en relief. Pendant plusieurs siècles après la loi des XII Tables, les pontifes ont été les seuls jurisprudents. Ce sont eux qui avaient le monopole des consultations juridiques. Ils sont les seuls jurisconsultes qui dirigent et conseillent les citoyens qui veulent *lege agere*, plaider au moyen d'une action de la loi. Leur influence prépondérante se fait sentir de deux manières. D'abord ce sont eux qui conseillent les parties dans leurs affaires particulières. En outre d'une façon plus générale et plus élevée, leur jurisprudence agit sur le développement du droit. Et dans cette double activité c'est en qualité de pontifes, de par leur fonction, qu'ils interviennent.

1°) Depuis que la loi des XII Tables a été publiée, la connaissance du droit n'est plus un secret entre les mains des jurisconsultes. La loi est publique, elle a été portée à la connaissance de tous par l'affichage. Mais il est nécessaire de s'adresser à eux pour apprendre comment la loi devait être appliquée et ces jurisconsultes sont uniquement les pontifes. Tous les ans ils désignent un membre du collège chargé de prêter son assistance aux particuliers et de leur donner des consultations. Pomponius nous le dit expressément (Dig. 1,2,2, § 6) "*Deinde ex his legibus eodem fere tempore actiones compositae sunt quibus inter se homines disceptarent; quas actiones ne populus, prout vellet, institueret certas solennesque voluerunt, et appellatur haec pars juris, legis actiones.... Omnium tamen harum legum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoque anno praesent privatis; et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est. A la suite de ces lois (XII Tables) et presque en même temps, des actions furent composées, au moyen desquelles les hommes discutaient entre eux. On voulut que ces actions fussent certaines et solennelles pour que le peuple ne les instituent pas selon sa volonté et cette partie du droit fut appelée actions de la loi. La connaissance de*

toutes ces lois et de leur interprétation était réservée au collège des pontifes. Parmi ces pontifes, l'un d'eux était établi pour présider chaque année aux affaires privées et le peuple suivit cette coutume pendant presque cent ans".

Les différents aspects de l'activité du jurisconsulte.

Le pontife jurisconsulte donne des consultations. L'appellation technique de son activité sur ce point est respondere. On vient leur demander de rédiger les contrats, de formuler les engagements, de manière à éviter les difficultés - c'est cavere. Il rédige les actes, et c'est scribere. Enfin, il indique la procédure à suivre pour introduire une instance, agere. Respondere, cavere, scribere, agere, tels sont les divers aspects des attributions du jurisconsulte.

De toutes ces consultations la plus indispensable est celle qu'on demande pour intenter une action, lege agere. Il fallait en effet employer la formule consacrée, les verba solemnia, les verba certa, qu'il fallait reproduire traits pour traits, sans changer une syllabe. La rédaction de ces formules d'après les verba de la loi était l'œuvre des pontifes. Les legis actiones figuraient dans les libri pontificales. C'est là qu'il fallait aller les chercher.

Nous avons dit que lorsqu'il s'agissait du droit sacré, les pontifes détenaient les formulaires de prière, de tous les actes solennels intéressant l'Etat, sacrifice, vœux, obsecratio, devotio et dedicatio adressés aux dieux supérieurs et des prières adressées aux dieux inférieurs indigitamenta et ceux qui devaient les employer venaient consulter les pontifes. Nous voyons maintenant que leur rôle s'étendait aux consultations juridiques dans les mêmes formes et dans les mêmes conditions.

Formulaires juridiques et formulaires de prières. Leur caractère secret.

Les pontifes tenaient secrets leurs registres. On dit parfois que c'était pour conserver leur influence, pour ne pas porter atteinte à leur monopole de fait. En réalité, il ne faut pas les accuser si simplement de mobiles purement intéressés. Il me semble plutôt que la divulgation des formulaires juridiques n'aurait pas paru plus concevable que la divulgation des formulaires de prières. Les uns et les autres sont des dépôts sacrés entre leurs mains, qu'il aurait été contraire à toutes les lois divine et humaine de répandre dans le public. Les mobiles intéressés n'apparaissent qu'au moment où s'efface le caractère primitif. Même après la sécularisation du droit, les formules ne sont pas encore complètement dégagées du mystère sacré de leur origine.

Ce monopole complet dura environ cent ans, dit Pomponius. Il dura donc jusqu'à la création du prêteur

en 388-366. A partir de ce moment, le préteur s'occupe de la rédaction du formulaire des actions. Mais elles ne sont pas pour cela publiées. Leur publication fut l'oeuvre du grand pontife Appius Claudius, officiellement l'oeuvre de son scribe Cneius Flavius qui divulgua le recueil composé par Appius Claudius. C'est le *jus Flavianum*, le premier ouvrage de droit civil par lequel le monopole des pontifes fut détruit. Cette publication eut lieu en l'an 450.-304 en même temps que la publication du calendrier. On sait que pour l'en récompenser, le peuple nomma Cneius Flavius édile curule. Valère Maxime 2,5,2, "*Jus civile per multa secula inter sacra caerimoniasque decrum immortalium abditum, solisque pontificibus notum...vulgavit ac fastos paene toto foro exposuit.*" Il publia le *jus civile* caché depuis des siècles au milieu des choses sacrées, et des cérémonies des dieux immortels et connu des seuls pontifes, et il exposa les fastes à peu près dans tout le forum". Pomponius explique davantage encore, Dig., 1,2,2 § 7: "*Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redigisset has actiones, Cneius Flavius scriba ejus...subreptum librum populo tradidit...Hic liber, qui actiones continet, appellatur jus civile Flavianum...nam nec Cneius Flavius de suo quicquam adjecit libro.*" Ensuite lorsque Appius eut exposé et mis en forme ces actions, Cneius Flavius, son secrétaire livra au peuple le livre qu'il vola. Ce livre qui contient les actions est appelé droit civil flavien et Cneius Flavius n'ajouta rien en propre à ce livre.

2°) Ce monopole des consultations eut une grande importance pour le développement du droit. Dans les responsa des pontifes, il y avait tous les éléments d'une tradition à établir sur l'interprétation de la loi des XII tables et sur leur application pratique. Ces décisions eurent une telle autorité qu'elles fournirent à côté du droit écrit, de la *lex*, un droit coutumier auquel on donna plus spécialement le nom de *jus civile*. Cette interprétation consacrée par les tribunaux devint une véritable source de droit. Pomponius, Dig. 1,2,2, § 5: "*His legibus latis coepit ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit compositum a prudentibus...appellatur jus civile.*" Ces lois (les XII Tables) ayant été portées, il advint comme cela arrive naturellement d'ordinaire, que l'interprétation eut besoin de l'autorité des prudents et de la discussion nécessaire des tribunaux. Cette dis-

Création par
voie d'interpré-
tation d'un
droit coutumier,
jus civile à
côté de la loi
écrite.

pute et ce droit qui se produisirent sans écrits et qui furent composés par les prudents, furent appelés jus civile".

Aussi, lorsqu'en 529 - 529 Sextus Aelius publia le premier recueil méthodique de droit romain, le jus Aelianum ou tripartita, il divisa toutes les matières du droit en trois livres: le premier, relatif à la loi des Douze tables, le second à l'interprétation, le troisième aux legis actiones.

Compétence
juridique
des pontifes;
insuffisance
des explica-
tions que l'on
en a donné.

De l'étroite liaison du droit sacré et du droit civil entre les mains des pontifes, il reste la célèbre définition qu'Ulpien donne de la jurisprudence. Dig. 1,1,10: "Jurisprudentia est divinarum et humanarum rerum notitia, justique atque injustique scientia. - La jurisprudence est la connaissance des choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste". Les explications que donnent les auteurs modernes de la compétence juridique des pontifes, sont d'une extrême faiblesse. A vrai dire, ils n'expliquent rien, ils se bornent à constater. Car, s'ils l'attribuent au caractère nettement religieux des premières lois romaines, ils ne tirent aucune conséquence directe pour le droit civil de ce caractère religieux. Le considérant comme ayant toujours été civil depuis sa naissance, ils en sont réduits à invoquer le hasard qui a fixé la compétence des pontifes plutôt que d'autres. Car, disent-ils, ils étaient les seuls à avoir accès à la tradition écrite du droit civil, qui s'est fixée en fait dans leurs livres pontificaux. Mais cela explique-t-il pourquoi cette tradition s'est précisément fixée dans leurs livres pontificaux ?

Si nous parvenons à démontrer par ailleurs, comme nous le pensons, que les formes essentielles des actions de la loi ont été directement puisées dans le droit sacré, le problème de cette origine n'en est-il pas illuminé ? De même que l'activité du prêteur dans le droit civil a continué à être caractérisée par le mot essentiel qui désigne le droit sacré, la conduite du jus civile est restée à ceux qui le dirigeaient de par leur fonction, quand il était du droit sacré. Les pontifes, conseillers naturels du magistrat, dans son rôle sacré, sont restés ses conseillers lorsqu'une partie de ce rôle est devenue de droit humain. Il y a une filiation directe entre leur compétence de pontifes et leur compétence de jurisconsultes. La démonstration de l'origine des actions reste à faire par d'autres moyens. Mais le cadre dans lequel elle doit s'insérer est ainsi parfaitement préparé.

V - Le roi.

La confusion
du fas et du
jus dans la
personne du
roi.

Nous trouvons un cinquième et dernier indice de la confusion primitive du fas et du jus dans la personne du roi de Rome. Celui-ci nous retiendra moins longtemps que les pontifes. Car nous savons peu de choses sur lui qui soit sûr. La période royale de l'histoire de Rome est par excellence la période légendaire. Les Romains ont rempli tout ce qu'ils ignoraient de ce temps de leurs origines par des légendes qui n'ont que sur bien peu de points un fondement réel. La suite elle-même des noms est purement légendaire: Romulus à qui on attribue la fondation de la ville, Numa Pompilius, le second fondateur à qui on attribue la fondation de la religion et du droit. Tullus Hostilius et Ancus Marcus sont de pâles répliques des deux premiers, les doublets. Aux rois latins s'opposent les trois rois étrusques Tarquin l'Ancien, Servius Tullius et Tarquin le Superbe sur qui on fait porter la responsabilité de la chute de la Royauté après le viol de Lucrèce.

Ce que l'on peut retenir de cette suite de légendes, c'est d'abord le fait même de la royauté ayant précédé la République. Ensuite qu'à la période des rois latins dont le siège était la Roma quadrata du Palatin a succédé une monarchie étrusque qui a soumis par voie de conquête les petites tribus latines dont le siège était autour du Palatin sur les collines dont la réunion forme la ville de Rome. Cette fondation de la grande Rome marquée sur le sol par l'enceinte de Servius Tullius est sans doute l'oeuvre de la monarchie étrusque. Celle-ci a donné aux Romains beaucoup de leurs règles religieuses. Le centre de la grande cité fut transporté du Palatin sur le Capitole où furent placés la citadelle et le temple. Les rois étrusques donnèrent à la cité son dieu protecteur Jupiter optimus maximum, Jupiter capitolin qui partage le temple du Capitole fondé par les Tarquins avec Junon et Minerve, la triade capitoline.

De ces anciens rois de Rome la survivance a été conservée dans les temps historiques de la République par le rex sacrorum et l'interroi, tandis que les pouvoirs religieux réels du roi sont passés au pontifex maximus et les pouvoirs civils aux consuls. Le rex sacrorum en est une sorte de figure, de mannequin de roi, qui porte les vêtements du roi, habite la maison royale et fait les gestes du roi dans les sacrifices qui devaient être faits par lui. Il n'a conservé aucun pouvoir royal. L'interrex au contraire ressuscite

pour quelques jours l'ancien pouvoir royal lorsqu'un accident a empêché la succession régulière des consuls annuels et a provoqué un interrègne. Grâce à eux, nous avons quelque lumière sur le caractère primitif du roi. Le roi est le chef de la cité, chef de paix et chef de guerre. Mais ce qui domine en lui c'est son caractère religieux. Nous étudierons rapidement son caractère religieux et sa juridiction.

A - Le roi chef religieux de la cité.

Le roi en tant que pontife et prêtre.

Avant tout le roi de Rome est un pontife et un prêtre. Son palais est un temple, son costume est un costume sacerdotal. Virgile, *Aeneide* V.187, représente Picus le vieux roi du Latium, revêtu du costume des prêtres, de la trabée et ayant à la main le bâton des Augures. Romulus, d'après Cicéron, de *divin.* I.17; I.18, portait également le bâton augural. Comme tous les rois prêtres de l'antique, Romulus est fils d'un dieu. Il devient dieu lui-même et il est l'objet d'un culte après sa mort. Si ce premier roi était à la fois guerrier et prêtre, le deuxième est surtout prêtre. Tite-Live, I,20, dit qu'il remplissait lui-même la plupart des fonctions sacerdotales, mais il prévint que ses successeurs, ayant souvent des guerres à soutenir, ne pourraient pas toujours vaquer au soin des sacrifices. Il institua des flamines et d'autres prêtres pour remplir l'office des rois quand ceux-ci seraient absents de Rome.

On voit par là que la plupart des sacerdoces des âges suivants n'ont été qu'une sorte d'émanation de la royauté. Ils ont été pour ainsi dire des membres détachés de cette royauté qui avait été d'abord le sacerdoce suprême. Les successeurs de Numa n'en conservent pas moins la suprême direction des choses sacrées. Cicéron, de *divination* I.40, fait remarquer qu'ils ont tous été des prêtres.

Le roi habite la regia, édifice sacré annexé au temple de Vesta, c'est-à-dire au foyer public et principal sanctuaire de la cité. Il est le représentant du dieu de la cité. Dans les cérémonies solennelles, il porte le costume des dieux. Il traversait la ville en char, honneur qu'il avait seul, qu'il ne partageait qu'avec la statue de Jupiter. Il avait les joues fardées de rouge, comme la statue du dieu. Il portait en tête la couronne de feuilles de chêne et à la main le sceptre d'ivoire comme Jupiter. Enfin, il est habillé de rouge comme Jupiter.

Toutes ces règles, ainsi que les tabous qui environnent sa vie, le séparent du reste des humains et lui donnent son caractère sacré et même divin.

B - Juridiction royale.

Si l'on sait directement peu de choses sur le pouvoir du roi de Rome, on en sait encore moins sur sa juridiction. Les auteurs modernes posent en principe qu'il est juge aussi bien que prêtre et chef d'armée. Mais le tableau que l'on trace de sa juridiction est purement hypothétique et composé de traits qui tous sont empruntés au droit postérieur, c'est-à-dire au droit de la République. P.F. Girard consacre le Chapitre I de 65 pages de l'organisation judiciaire des Romains à la justice criminelle et à la justice civile des rois de Rome. La question préalable de savoir s'ils ont une justice proprement civile est considérée comme résolue a priori et n'est pas traitée. Aucun témoignage positif ne permettrait de l'affirmer.

La justice
criminelle du
roi, consé-
quence de son
caractère de
prêtre.

Pour ce qui est de sa justice criminelle on peut admettre qu'elle existe. Mais on doit reconnaître et on reconnaît qu'elle n'est pas séparée de son caractère de prêtre. Il a le droit de punir ceux qui offensent les dieux et qui risquent de troubler la paix avec eux. Que cette juridiction découle de son caractère de prêtre, c'est ce qui résulte avec certitude de ce que, suivant les conceptions primitives, la peine est avant tout une purification et l'exécution de la peine, le supplicium, est une expiation religieuse.

Il est plus difficile de déterminer les crimes qui tombent sous sa juridiction. Sans doute, la classification qui existe à l'époque classique des délits en crimes publics et en délits privés existe depuis longtemps. Les auteurs les plus récents estiment que les cas de juridiction criminelle du roi étaient en nombre limité. La tradition affirme qu'il a comme auxiliaires du droit dans l'exercice de cette fonction les duoviri perduellionis et les quaestores parricidii. On en conclut en général que ces deux cas étaient les cas les plus anciens d'intervention du roi. Les perduellio c'est-à-dire les cas de trahison contre l'Etat, la haute trahison et le parricidium au début meurtre d'un pater étendu plus tard au meurtre d'un homme libre. Mais que cette juridiction soit restreinte à ces deux cas ou plus étendue, elle ne sort pas du domaine du droit sacré et des peines religieuses.

La question est plus obscure pour ce qui est de la juridiction civile. On pense en principe qu'elle existe et l'on cherche à la reconstituer sur les bases fournies par le droit postérieur, par le droit civil de la République. La littérature moderne se divise sur le point de savoir si déjà l'instance civile sous les rois était divisée en deux phases comme sous la République,

Carence de ju-
ridiction ci-
vile du roi.

phase in jure, phase in judicio, ou bien si le roi était en même temps magistrat et juge. La décision dans un sens ou dans l'autre repose sur de pures hypothèses ou de purs raisonnements abstraits.

On ne met pas en doute, d'ailleurs, que cette juridiction civile ne tire son origine elle aussi du caractère de prêtre qu'a le roi. La forme particulière de la procédure, le sacramentum que nous aurons l'occasion d'étudier longuement, apparaît aux auteurs comme le moyen qui a fait naître la compétence civile du roi de son caractère religieux. De sorte que ici encore l'opinion commune reconnaît dans une certaine mesure l'origine religieuse de la procédure civile. Le problème me paraît devoir être repris sur des bases toutes différentes. Pour nous, la carence de tout renseignement direct sur la juridiction civile des rois correspond à ce fait que la question ne se posait pas. Il n'y a pas de juridiction civile des rois.

D'ailleurs, il n'est pas plus possible de prouver directement cette inexistence qu'il n'était possible d'apporter la preuve de son existence. Mais nous atteindrons ce résultat d'une autre manière. Nous avons dit en débutant que nous avons le dessein de substituer à l'hypothèse généralement admise de la justice privée, c'est-à-dire des actions de la loi succédant directement dans leur caractère civil à la violence matérielle, à l'anarchie, une autre hypothèse meilleure. Nous entendons prouver qu'avant d'être les actions de la loi, les mêmes formules ont recouvert des manifestations rituelles ayant déjà pour but de faire triompher le droit de chacun et d'écarter la violence. Dans ce premier état, elles sont des actes de pur droit sacré, et elles sont organisées et dirigées par le roi. L'activité du roi dans ce domaine correspond très exactement à son caractère de prêtre et de pontife. Il ne sort pas de son rôle dans ce premier état de la juridiction.

-Chapitre II-

LA LOI DES XII TABLES, SOURCE DU DROIT CIVIL.

Au premier ordre d'indices que nous avons réunis dans le chapitre précédent, nous allons en joindre un second d'un genre différent. Mais ils tendent au même but, préparer les voies à notre démonstration principale et montrer comment les premiers événements de l'histoire romaine lui procurent un terrain éminemment favorable. Nous voulons parler des transformations dans la cité qui précédèrent la publication de la loi des XII Tables, le but, et le caractère de cette loi.

§ I- Chute de la royauté et publication de la loi des XII Tables (244-500 à 305- 449)

En l'an 244 de Rome fondée, 500 av.J.C., l'histoire traditionnelle de Rome marque une révolution. C'est l'année de la chute de la monarchie étrusque et de l'établissement de la République. Le roi, Tarquin le Superbe, est chassé et remplacé par des consuls qui deviennent chefs de l'Etat.

L'évènement fondamental qui caractérise la révolution accomplie c'est la sécularisation de la magistrature, la séparation des pouvoirs religieux du roi d'avec les pouvoirs civils. L'aspect extérieur du rôle religieux du roi, l'accomplissement des sacrifices, la présidence des cérémonies religieuses et des choses sacrées revient à ce mannequin du roi que l'on appelle le rex sacrorum, le roi des choses sacrées. Vêtu des habits du roi, il habite l'ancien domicile royal, la regia. La réalité des pouvoirs religieux du roi passe au pontifex maximus et au collège des pontifes qui dirigent comme nous l'avons dit, toute la religion romaine.

Les pouvoirs civils du roi passent à deux magistrats élus annuellement tandis que rex sacrorum et pontifes sont nommés à vie comme l'était le roi. L'autorité des nouveaux chefs de la cité est limitée par ce fait qu'ils sont deux à l'exercer, égaux l'un et l'autre, par cet autre fait qu'ils n'ont l'autorité que pour un an, enfin et peut-être surtout parce qu'ils n'ont plus les pouvoirs religieux du roi. De plus les citoyens acquièrent cette

garantie constitutionnelle que s'ils sont condamnés à mort par le consul, ils peuvent en appeler au peuple, *provocare ad populum*. La conséquence de cet appel au peuple est la perte pour les consuls du droit de vie et de mort qu'avaient les rois sur les citoyens; Du moins à l'intérieur de la ville. Car, comme chefs de l'armée, en cas de guerre, ils reprennent ce pouvoir.

Attributions
religieuses
des consuls.

Désormais, les chefs de l'Etat, les consuls, sont des magistrats purement civils. Ils n'ont hérité des rois que leurs pouvoirs civils. Néanmoins, la religion est si intimement liée à la vie sociale que même ces magistrats civils n'ont pas abdiqué tout rôle religieux. Représentants de l'Etat, c'est eux qui offrent aux dieux les sacrifices au nom de l'Etat. Mais ils sont dans ce cas dirigés et guidés par les pontifes. Et ce sont eux surtout qui, dans toutes les circonstances de la vie publique consultent les dieux, lorsque, soit dans la cité, soit à la guerre, il faut leur demander de manifester leur volonté avant d'accomplir un acte public. Les consuls ont les auspices du peuple romain, les *auspicia publica*. Seuls ils ont le droit de consulter les dieux au nom du peuple romain. Ce droit est si important que la qualification la plus générale du pouvoir des consuls dans la cité, la formule qui résume toute leur puissance c'est *auspiciū imperiū* que. Ils ont l'*imperium* c'est-à-dire le pouvoir de donner des ordres à tout citoyen, le droit de commander. Et ils ont cet *imperium* parce qu'ils ont l'*auspiciū*, le droit de consulter la volonté divine et d'obtenir d'elle les signes favorables ou défavorables par lesquels cette volonté s'exprime. La liaison de ces deux mots dans la formule qui résume la puissance civile du magistrat exprime mieux que tout le caractère sacré du droit dont il a hérité du roi et son origine.

La lutte des
pouvoirs pu-
blics contre
les gentes.

Les années qui suivirent l'établissement de la République, furent des années de transformations sociales. Il fallut lutter contre les Etrusques désireux de reprendre leur hégémonie et contre les voisins qui voulurent profiter de l'affaiblissement momentané de l'Etat à la suite des troubles intérieurs provoqués par cette révolution. Mais surtout, il fallut tirer les conséquences de cette révolution dans l'ordre social. Il semble que l'un des événements les plus importants fut la ruine des gentes, de cette organisation aristocratique des familles romaines par laquelle ceux qui étaient ou se prétendaient de même origine formaient des clans puissants des Etats dans l'Etat. La lutte menée par les pouvoirs publics contre les gentes semble également avoir eu pour conséquence, la transformation de la propriété des terres qui de propriété collective des gentes devenant propriétés individuelles des pères de famille. L'or-

La sécularisation du droit; la loi des XII Tables.

ganisation de la propriété en fut une conséquence.

La sécularisation des magistratures, les transformations sociales qui en résultèrent, eurent pour conséquences inévitables la sécularisation du droit. Cette sécularisation fut, à mon avis, l'œuvre de la loi des XII Tables. La loi des XII Tables est traditionnellement placée en l'an 305-449, un peu plus de soixante ans après la sécularisation des magistratures et l'établissement de la République. On voit que si le second des événements est la conséquence du premier, cette conséquence a mis quelque temps à se produire. La loi des XII Tables nous apparaît comme étant en quelque sorte la conclusion et la consécration des transformations sociales qui se sont opérées pendant cette période. Si elle est un point de départ, le point de départ du développement du droit civil, elle est en elle-même une conclusion.

Nous ne retracerons pas ici l'histoire de cette loi, comme nous l'avons fait dans nos cours précédents. Elle n'entre pas de façon aussi directe dans notre sujet. La difficulté de cette histoire vient de ce qu'il ne nous en reste plus de sources directes. Le texte de la loi ne nous a pas été conservé. Celui qui figure dans les Textes de droit romain de Girard est une reconstitution des savants modernes. Pour la réaliser, les savants, depuis la Renaissance jusqu'à nos jours, ont dépouillé l'ensemble de la littérature latine juridique et profane et ont relevé toutes les citations qui en ont été faites. Or, l'auteur le plus ancien qui cite la loi des XII Tables, est Varron, contemporain de Cicéron, un peu plus âgé que lui. Les auteurs de la génération précédente, ni Plaute, ni Caton l'Ancien n'en disent mot. Varron a vécu dans le dernier siècle avant Jésus-Christ, plusieurs siècles après la date présumée de la loi des XII Tables. Il ne faut pas oublier que cette date place la loi des XII Tables dans la période préhistorique, celle pour laquelle nous n'avons plus de sources contemporaines. Les historiens de Rome n'en avaient pas davantage. Ils ont connu le fait probablement par quelques très sèches notations des Annales maximæ. Comme l'imagination n'a jamais manqué aux historiens ils ont coloré le fait brut de toutes sortes de détails, ils l'ont enrichi d'histoires à la fois contradictoires et nettement inspirées d'événements plus récents.

La question de l'authenticité des XII Tables.

Ces incertitudes et ces contradictions soigneusement relevées par les historiens modernes ont provoqué à la fin du XIX^{ème} siècle une controverse célèbre. Deux auteurs, un historien italien, Ettore Pais, et un professeur Français de Lyon, Edouard Lambert, ont soutenu avec des arguments différents que la loi des XII Tables n'a jamais été une loi véritable, qu'elle n'a jamais été au-

thentique, mais qu'elle est une invention de la littérature très postérieure à la date qui lui a été attribuée. A la controverse sur l'authenticité de la loi des XII Tables ont pris part à peu près tous les savants de cette époque.

L'opinion la plus générale n'a pas adopté ce point de vue de l'hypercritique et conclut avec plus ou moins de réserves à l'authenticité de la loi. C'est à cette opinion conservatrice que nous nous rallions. Nous pensons comme elle que les historiens romains ont trouvé les éléments authentiques de cette histoire dans les fastes consulaires et dans les Annales maximi des pontifes. Ces sources nous apprennent qu'en 303-451 la série des consuls annuels a été interrompue. On a nommé à leur place dix hommes, les decemvirilegibus scribundis. Ces hommes ont rédigé les lois qu'ils étaient chargés de faire et qui remplissaient dix tables. L'année suivante, on a encore nommé des decemvirs qui ne terminèrent pas leur année et qui furent déposés après avoir rédigé deux Tables de lois. La cause de leur chute est un doublet de l'histoire du viol de Lucrece qui amena la chute des rois. Le plus célèbre des decemvirs Appius Claudius voulut s'emparer de la fille d'un tribun du peuple, Virginia. Nous aurons l'occasion de retracer cette histoire. Le soulèvement du peuple chassa les decemvirs qui laissèrent leur oeuvre inachevée. L'ensemble promulgué, soit par eux, soit par les consuls suivants, fut appelé lois des XII Tables. Autour de ce maigre fonds historique, les historiens brochèrent une foule d'enjolivements sans authenticité. Donc, sur le but de la loi, sur son caractère, nous en sommes réduits à des hypothèses qui dépendent davantage de l'étude même de la loi et du fond des choses que des renseignements tirés de l'histoire.

§ 2- But et caractère de la loi des XII Tables.

Nous allons d'abord examiner les opinions traditionnelles des anciens et des modernes sur la portée historique de la loi des XII Tables. Nous verrons ensuite s'il n'est pas possible par l'examen direct de ses dispositions de préciser davantage son importance pour le droit civil.

I- Opinions anciennes et modernes sur le but de la loi.

A quelle occasion les Romains ont-ils eu le dessein de légiférer ? Quelles sont les causes qui ont amené à cette codification du droit civil ? Par suite,

quelle est la nature de la loi ?

Les historiens romains fournissent une première réponse qui est celle qui est généralement acceptée. Les Romains auraient voulu mettre fin à l'inégalité des conditions entre les patriciens et les plébéiens, donner le même droit civil à tous les citoyens et par le fait même qu'il y a une législation, supprimer ou tout au moins réduire le privilège des magistrats patriciens chargés d'appliquer le droit. Ce mobile est indiqué par Denys d'Halicarnasse et Tite-Live. Par exemple, 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; A plusieurs reprises (Livre III ch. 57 et ch. 67, 9) il répète que la loi a cherché à établir l'égalité des droits, l'*aequatio juris*. Les tribuns plébéiens qui réclament la loi disent: "Laissez choisir parmi les deux ordres patricien et plébéien des commissaires chargés de rédiger dans l'intérêt général des lois qui assurent à tous une égale liberté". Puis Tite-Live juge aussi la législation: "Les decemvirs avaient, autant que des hommes en sont capables, mis tous leurs soins à établir l'égalité devant la loi entre les grands et les petits; ils égalisèrent le droit: "*jura aequasse*"; Appius Claudius, le decemvir lorsqu'il se défend après sa chute contre les accusations qui furent intentées contre lui, dit: "J'ai donné des lois égales à la plèbe, j'ai soulevé contre moi la haine des patriciens en abdiquant le consulat dans le but d'égaliser les droits." Les consuls de l'année suivante lorsqu'ils font des levées de soldats disent: "Montrez que l'établissement de l'égalité entre les citoyens n'a pas diminué votre courage. Les lois étant égalisées". Enfin, les patriciens se plaignent, disant: "Sous prétexte d'égaliser les lois, nous avons souffert la suppression de nos droits".

Considérée sous cet angle, la loi des XII Tables devient un épisode des luttes sociales qui opposent dans la cité patriciens et plébéiens. La présentation de la loi sous ce jour appartient à la période la plus récente de la tradition, celle qui est présentée par Tite-Live et Denys d'Halicarnasse et qu'on ne retrouve pas dans d'autres historiens tels que Diodore de Sicile, Cicéron et Pomponius. Cette conception est une des raisons principales qui ont fait douter de l'authenticité de la loi. Les adversaires modernes de cette authenticité, Edouard Lambert, Ettore Pais, et Baviera insistent sur la contradiction et les invraisemblances qu'elle introduit dans l'histoire. Non seulement cette perspective fausse l'histoire des decemvirs mais nous ne la retrouvons pas dans ce que nous savons de la loi. Cette loi

La loi des XII
Tables, épi-
sode de la lut-
te entre pa-
triciens et
plébéiens; éga-
lisation des
droits entre
eux; ce qu'il
faut penser
de cette ex-
plication.

soi-disant destinée à régler l'égalisation entre les deux ordres ne nous pas une fois patriciens ou plébéiens. Ce qui serait un curieux paradoxe. En fait, aucune des mesures prises par la loi et que nous connaissons n'est envisagée au point de vue de cette égalisation. Bien mieux, la seule règle de cet ordre que les historiens énoncent précisément consacrerait cette inégalité. Les historiens nous disent que la loi des XII Tables a consacré la défense du mariage entre plébéiens et patriciens. En réalité, elle n'a pu que la laisser subsister par son silence. La loi Canuleia quelques années après la loi des XII Tables est celle qui a pris une disposition nouvelle formelle en permettant le mariage mixte. De même, la loi des XII Tables n'a pas aboli le monopole des magistrats patriciens. Pendant de longues années encore, les consuls ont été exclusivement patriciens et ne n'est que peu à peu et par des luttes pénibles que les plébéiens ont conquis l'accès aux magistratures.

Par conséquent, si tel avait été son but, la loi des XII Tables aurait été une faillite complète. Il est donc assez étrange que les historiens modernes continuent à admettre et à répéter cette explication historique de la loi bien que dans le détail ils en reconnaissent la faiblesse.

Pour nous, nous n'hésitons pas à la rejeter et à donner raison à ceux qui la combattent. La lutte entre patriciens et plébéiens doit être écartée de l'histoire des XII Tables. Elle en est une fausse explication historique. Ce n'est pas un fait isolé. A mon avis, à peu près tous les faits des premières dizaines d'années de l'histoire de la République ont été aussi faussement colorés par les historiens romains. Ils sont présentés comme des épisodes de ces luttes sociales qui en réalité se sont produites dans les derniers siècles de la République. Les nombreuses hypothèses qui dans nos manuels tendent à expliquer les institutions juridiques primitives par cet antagonisme entre les patriciens et plébéiens mériteraient d'être révisées.

Si nous écartons cette première explication de la loi des XII Tables, nous en trouvons une seconde plus générale dans les historiens romains. Le but de la loi aurait été la codification d'un droit civil déjà en vigueur. Elle aurait transformé un droit coutumier en droit écrit. C'est l'explication donnée par Pomponius, Dig. 1, 2, 2, § 3 qui ne parle pas, lui, des patriciens et des plébéiens: "De nouveau après l'abrogation des lois royales, 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... Pour qué cette situation prenne

Explication
de Pomponius:
la mise par
écrit d'un
droit jusqu'
alors coutu-
mier.

fin, on décida, avec le consentement de tous, de créer des *decenvirs* par l'intermédiaire de qui les lois seraient demandées aux cités grecques et la cité serait fondée sur les lois".

Tous les historiens romains donnent cette explication y compris ceux qui représentent la tradition nouvelle relative aux patriciens et aux plébéiens: Denys d'Halicarnasse et Tite-Live. Denys après avoir dit que les Romains ne connaissaient pas à cette époque l'égalité des droits ajoute: "et les droits n'étaient pas encore rétablis par la loi écrite." Tite-Live liv.III, ch.32, 6.

écrit que les tribuns insistèrent pour que l'on commençât à écrire les lois: "Initium legum scribundarum". Au chapitre 33, I, il définit les *decenvirs* comme étant créés pour fonder le droit: "ad condenda nova jura".

L'expression va plus loin, nous le dirons, que les autres. Il ne s'agit pas seulement d'écrire mais de créer le droit.

Diodore de Sicile nomme les *decenvirs* ceux qui écrivent les lois, les *nomographes*. Cicéron, de Republica, II, 60, dit que les *decenvirs* sont ceux qui sont chargés d'écrire les lois. Les *Fastes capitولين* donnent aux magistrats de 303-451 le titre de "*decenvirs consulari imperio legibus scribundis*".

Ainsi les sources les plus nombreuses et les plus anciennes, muettes sur l'explication patricio-plébéienne parlent de droit civil, de codification de la législation, de transformation de droit coutumier incertain en une législation écrite. Elles n'en disent pas plus. Peut-on donc concevoir que les Romains aient eu l'idée d'une codification purement formelle, une sorte de codification réglementaire de leur droit? Ils n'auraient eu pour but que la rédaction des coutumes, sans modification du fond du droit, comme l'a été, la rédaction de nos coutumes au XV et au XVIème siècle. Ils auraient senti seulement le besoin de rendre leur droit plus clair, plus certain sans que cette transformation ait été liée à un changement dans la condition politique ou sociale, nécessitant une transformation plus profonde, une réforme du droit en soi. La plupart des auteurs s'en tiennent à cette notion formelle et extérieure. C'est l'opinion à laquelle s'arrête le dernier auteur qui a écrit sur la loi des XII Tables, Berger, dans son article de la *Real-Encyclopädie* de Pauly-Wissowa.

Edouard Lambert, dans son attaque contre l'authenticité de la loi montre avec l'aide du droit comparé que cette préoccupation de clarifier le droit, de le fixer en une loi écrite n'est pas une préoccupation de peuple primitif; si du moins cette fixation n'est pas la suite involontaire d'une cause plus profonde. Cette

préoccupation savante et artificielle représente un moment plus avancé de la science du droit. Lorsque par exemple une civilisation se rencontre avec une civilisation plus ancienne, elle peut être amenée à une codification de cette sorte. C'est ce qui s'est passé pour les coutumes barbares lorsqu'elles se sont rencontrées avec le droit romain, après les invasions. Cette rencontre a donné naissance au Bréviaire d'Alaric et au code des Wisigoths. C'est aussi dans une certaine mesure une préoccupation de cette sorte qui a guidé les rédacteurs de notre Code Civil et avant, surtout les précédents du Code civil, l'essai de codification du chancelier d'Aguesseau. On le voit, ce second but que l'on assigne à la loi, à cause de son caractère artificiel et de son étroitesse justifie les attaques de ceux qui lui déniaient son authenticité. On ne pourrait se défendre de leur donner raison.

II- La loi des XII Tables source du droit civil.

Nous venons de constater que aucun des deux motifs officiels que la législation decenvirale, formellement allégués par les historiens de Rome et répétés par les critiques modernes ne peut nous satisfaire. Est-il possible d'en découvrir une cause plus profonde ? Interrogeons la loi elle-même et ses dispositions.

Examiné sous cet angle, le problème prend un tout autre aspect et il se présente à nous de la façon la plus déconcertante qui soit. Au début de l'histoire du droit romain nous rencontrons la contradiction la plus complète entre les énonciations les plus formelles de la tradition et l'opinion unanime de la critique moderne. La question mérite d'être approfondie.

Une tradition universelle, sans s'inquiéter des circonstances dans lesquelles la loi a été portée et des besoins qu'elle a cherché à remplir, affirme littéralement et expressément que le droit civil est une création de la loi des XII Tables. Affirmation générale qui se répète de façon précise et spéciale pour la plupart des institutions réglées par la loi. Nous allons passer en revue ces témoignages.

Affirmations générales d'abord. Tite-Live, III, 34, 6 écrit: "Centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatæ sunt, quæ nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privatique est juris; - Les lois des XII Tables furent portées devant les comices centuriates, lois qui encore maintenant dans la masse immense de lois entassées les unes sur les autres sont la source de tout le droit public et privé". Nous avons dit qu'il avait écrit dans le chapitre précédent qu'on avait nommé des decenvirs pour

créer du droit nouveau: "ad condenda nova jura". Pomponius enfin Dig.I,2,2, §6:"Ex his fluere coepit jus civile: ex iisdem legibus actiones compositae sunt.- En vertu de la loi des XII Tables le jus civile commença à découler de ces choses et les actions de la loi furent composées sur elles.

Cette affirmation générale est corroborée par la tradition unanime et universelle qui rattache expressément chacune des institutions fondamentales et les plus anciennes du droit civil à une création de la loi des XII Tables.

1) Pour ce qui est des actions de la loi, nous avons dit que Gaius en cite cinq. Gaius Inst.IV, 12:"Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per judicis postulationem, per conductionem, per manus injectionem, per pignoris capionem." Pour la première de ces cinq actions, il nous dit qu'elle a été organisée par la loi des XII Tables, IV,16:"Nam ita lege duodecim tabularum cautum erat- Car c'est ainsi que la loi des XII Tables a décidé" Il en est de même de la manus injectio, IV,21: "Per manus injectionem aequae de his rebus agebatur de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, veluti judicati lege XII Tabularum.- On agissait également au moyen de la manus injectio au sujet des choses pour lesquelles il était prévu par une loi qu'on agirait ainsi, par exemple pour le cas de judicatum par la loi des XII Tables." En ce qui concerne la pignoris capio, même affirmation, IV, 28:"Lege autem in introducta est pignoris capio veluti lege XII Tabularum adversus eum qui hostiam emisset nec pretium redderet. La pignoris capio a été introduite par la loi des XII Tables, contre celui qui a acheté une victime pour le sacrifice et qui n'a pas payé le prix".

Le passage du manuscrit de Vérone qui contenait le passage des Institutes où était décrite la judicis postulatio est complètement illisible. Il y a quelques années on a découvert au Caire un papyrus donnant des passages nouveaux des Institutes de Gaius qui figurent en supplément dans la dernière édition des Institutes de Gaius. Dans les textes du droit romain de Girard une partie extrêmement précieuse de ces Institutes nous a été ainsi restituée: IV, 17 a : "per judicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex jussisset, sicut lex duodecim tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. On agissait par la demande du juge si quelque loi avait ordonné à propos de la chose qu'on agit ainsi, comme par exemple la loi des XII Tables pour ce qui est réclamé en vertu d'une stipulation."

Des cinq actions fondamentales nommées par Gaius, une seule n'est pas l'oeuvre des XII Tables étant plus nouvelle IV, 19 : "Haec autem legis actio constituta est per

Legem Siliam et legem Calpurniam, lege autem Silia, certae pecuniae, lege quidem Calpurnia, de omni certa re.- Cette action de la loi fut établie par les lois Silia et Calpurnia, par la loi Silia pour une somme d'argent déterminée, par la loi Calpurnia pour toute chose certaine."

Si l'on songe que de l'avis de tous les auteurs, la loi des XII Tables est la première des lois qui ait légiféré sur le droit civil, on peut voir avec quelle solidité l'appellation donnée à ces actions de legis actiones en rattache la création à la loi des XII Tables.

Rattachement
à la loi des
XII Tables
de la plupart
des actions
civiles.

2°) W. Kunkel, dans un article très intéressant paru en 1939 dans les *Mélanges Koschaker*, tome II p.1. dresse la liste des actions civiles. Il ne s'agit plus ici des formes d'après lesquelles, on plaidait et que l'on appelle actions de la loi, mais des actions spéciales qui sanctionnent les plus anciens droits civils. La caractéristique de ces actions civiles est qu'elles ont une intentio in jus qui se manifeste par la présence dans cette intentio du verbe oportere. Elle se distingue des actions ex fide bona où l'oportere n'est pas seul, mais comporte un oportere ex fide bona, ce qui est dû en droit d'après la bonne foi. Kunkel veut montrer que ces actions civiles qui sont les plus anciennes du droit romain doivent toutes leur existence à une loi. Le préteur n'aurait pas pu les créer sans une décision expresse de la loi. La liste qui est ainsi dressée par Kunkel donne seize actions. De ces seize, douze doivent leur naissance à la loi des XII Tables. Les quatre autres ont été créées par des lois postérieures. Voici celles qui ont été créées par la loi des XII Tables: actio pluviae arcendae, a. auctoritatis, a. de modo agri, a. de pastu pecorum, a. de pauperie, a. de tigno juncto, a. ex stipulatu, a. ex testamento, familiae erciscundae, a. finium regundorum, a. furti nec manifesti, a. rationibus distrahendis. Ces actions qui organisèrent la propriété, sa transmission, ses accessoires c'est-à-dire les servitudes et sa protection, enfin les successions et les tutelles, sont donc présentées dans les sources comme des créations de la loi des XII Tables. Les quatre autres actions proviennent de lois postérieures. Actio certae creditae pecuniae (loi Silia); a. communi dividendo (loi Licinia), a. damni injuria dati (loi Aquilia), a. depenssi (loi Publilia). Ainsi non seulement les formes extérieures de la protection, les actions de la loi, mais les modes mêmes de protection des droits, les actions civiles, sont l'oeuvre créatrice des XII Tables.

Rattachement
à la loi des

3°) La même importance créatrice peut être attribuée à la loi des XII Tables pour ce qui est des modes

XII Tables
des modes es-
sentiels de
transfert de
la propriété.

d'acquisition de la propriété. Les modes essentiels de transfert des biens sont la mancipation pour les res mancipi, la tradition pour les res nec mancipi, l'in jure cessio et l'usucapion pour les deux. Les trois institutions fondamentales de la propriété peuvent se rattacher toutes les trois à la loi des XII Tables.

La mancipation est consacrée par la loi dans les très célèbres dispositions que nous aurons l'occasion d'étudier "Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupata ita jus esto." - Lorsqu'on fera le nexum et le mancipium, comme on l'aura annoncé avec la langue, qu'ainsi soit le droit". Le sens de cette phrase, sa portée juridique, sont des plus difficiles et des plus contestés. On conviendra pourtant que la disposition légale est faite pour consacrer la validité du mancipium et du nexum.

La règle essentielle de la tradition considérée comme mode d'acquisition des biens est l'œuvre de la loi des XII Tables. Les Institutes de Justinien l'attestent dans un très célèbre passage, 2, I, 41, "Res venditae et traditae non aliter emptore adquiruntur quam si is venditori pretium solveret, vel alio modo ei satisfaceret, veluti ex promissori aut pignore dato. Quod cavetur etiam lege XII Tabularum." - Les choses vendues et livrées ne sont acquises à l'acheteur que si celui-ci en a payé le prix au vendeur ou lui a fourni une autre satisfaction une caution, ou un gage. Cela a été aussi réglé par la loi des XII Tables.

L'in jure cessio et l'usucapio sont elles aussi des créations de la loi. Ulpien le dit pour la première, Fragmenta Vaticana 50 en même temps que pour la mancipation: "Si mancipationem et in jure cessionem lex XII Tabularum confirmet." Gaius l'affirme pour la seconde à deux reprises, 2, 42: "Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est." - L'usucapion des choses mobilières est accomplie en un an, l'usucapion du fonds et des maisons en deux ans. Et c'est la loi des XII Tables qui l'a ainsi réglé." Il dit encore 2, 54, "Lex enim XII Tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno." - La loi des XII Tables ordonne en effet que le sol soit usucapé en deux ans, les autres choses en un an."

On pourrait sensiblement allonger la liste des institutions du droit civil ainsi expressément rattachées à la loi des XII Tables. Celles-ci suffisent pour montrer surabondamment que le jus civile dans ce qu'il a de plus ancien et de fondamental apparaît dans la tradition comme une création de la loi des XII Tables.

La position de la critique moderne en face de ces affirmations incontestables et unanimes de la tradition

Contradiction de la critique moderne adoptant le rattachement traditionnel de ces institutions à la loi des XII Tables et en même temps leur antériorité à celle-ci.

est des plus paradoxales. Paradoxe d'autant plus étrange qu'il est tout à fait involontaire. Il n'est senti par personne. Les auteurs acceptent en effet les données de la tradition. Non seulement ils ne les combattent pas mais ils les adoptent et les font figurer en bonne place dans l'examen de chacune de ces institutions. Cet hommage étant rendu à la tradition, non seulement ils n'en tirent aucune conclusion, mais ils n'en tiennent aucun compte pour établir ce que leur paraît être la véritable origine de ces soi-disant créations de la loi. Car ils ne mettent pas en doute que toutes ces institutions sont beaucoup plus anciennes que la loi des XII Tables, toutes y compris celles qui tirent leur nom de la loi, les actions de la loi. Cette antériorité leur apparaît à ce point certaine qu'elle ne mérite pas d'être démontrée, elle n'a même pas à être affirmée, elle est supposée a priori. Un des rares auteurs qui autrefois s'est posé la question, Bekker *Actionem I*, p. 18 dit: "Malgré Pomponius nous devons admettre que les actions de la loi n'ont pas été introduites pour la première fois à la suite des XII Tables. On ne peut imaginer l'état du droit avant les XII Tables à ce point inachevé, que les actions auraient complètement manqué et rien ne prouve que la législation decemvirale aurait abrogé une forme plus ancienne d'action et les aurait remplacées par de nouvelles."

Critique de l'hypothèse de la justice privée. Existence dès avant la loi des XII Tables d'un droit religieux s'exprimant dans des formes conservées par les L.A.-

D'où vient donc cette conviction à ce point invincible que toute la critique moderne après avoir admis la tradition sur les XII Tables la considère par préterition comme inexistante. La série de ces premiers cours nous fournit la réponse. Cette contradiction fondamentale trouve directement sa source dans l'hypothèse sur laquelle la science du dix neuvième siècle a fait reposer sa conception des actions de la loi, l'hypothèse de la justice privée. Si les actions de la loi sont la figuration de la violence privée, le simulacre de la bataille primitive, elles ont directement succédé dans l'état où nous les connaissons, à un régime anarchique. La justice privée suppose par hypothèse que l'autorité supérieure de la cité est soit inexistante, soit à ce point faible qu'elle n'a pas encore imposé son arbitrage au groupe. Elle n'en a pas la force et cette force ne lui a pas été donnée par le consentement général des membres du groupe. Le droit du poing suppose l'anarchie. Or, nous venons de le voir, même si la loi des XII Tables est encore antérieure à la période historique de l'histoire romaine sa date traditionnelle est 305 de Rome fondée. La cité romaine a déjà derrière elle plusieurs siècles de vie. A la royauté a succédé la république. Cela suppose à la

fois l'existence d'une cité, et l'existence d'institutions civiles. L'enceinte de la Rome quadrata, mieux encore l'enceinte de Servius inscrivent sur le sol romain la puissance d'une grande cité. Le peu que nous savons de la royauté et spécialement de la monarchie étrusque nous apporte la preuve que l'autorité de l'Etat dominait le groupe des citoyens. Or, il est impossible d'imaginer qu'après des siècles de vie civique et nationale, on en soit encore à l'état inorganique de la justice privée. Puisque par hypothèse les actions de la loi, dans les formes où nous les connaissons sont nées directement de la justice privée, on ne peut admettre qu'elles aient été créées à l'époque des XII Tables. Malgré leur nom, malgré le témoignage formel de l'histoire, elles sont évidemment beaucoup plus anciennes, elles et le droit civil dont elles sont l'expression. On peut comprendre par cet exemple l'importance de l'hypothèse en matière historique. Et l'on peut voir comment une mauvaise hypothèse rend aveugles des générations de savants et les empêche de tenir compte des témoignages historiques et de les utiliser. Nous arrivons encore une fois à la même conclusion sur laquelle se sont terminées tous les développements sur le jus et le fas. Si nous réussissons à montrer que les actions de la loi ont succédé à des actes religieux, qui dans les mêmes formes exprimaient un droit sacré très différent du droit civil, nous aurons résolu la difficulté à laquelle se heurte la critique moderne et nous aurons restauré la valeur de la tradition. Il n'y aura plus d'obstacle à ce que le droit civil ait été créé par la loi des XII Tables ou plus exactement par l'époque dont la loi est le résumé. Car, nous aurons montré que le droit civil a succédé non pas à un état d'anarchie primitive mais à un autre état de droit qui postule lui aussi un ordre social organisé. C'est celui où les règles de conduite des hommes sont inspirées non pas par une loi civile, mais par la loi religieuse. Pendant les suites de la période royale, la cité romaine a connu l'ordre, mais elle l'a trouvé dans un régime théocratique; le roi, pontife et prêtre, étant l'autorité supérieure de ce régime et commandant au nom des dieux par les règles du fas. De la sécularisation de la magistrature est résultée la sécularisation du droit. Avec elle seulement est né le droit civil.

Nous avons ainsi réuni les indices historiques qui sont favorables à notre hypothèse. Il nous faut maintenant la démontrer. Ce sera l'objet des chapitres suivants où nous étudierons en elles-mêmes les principales actions de la loi.

Chapitre III

VINDICARE

Les actes fondamentaux autour desquels sont construites les plus vieilles actions de la loi sont au nombre de deux ; la vindicatio et la manus injectio. Nous consacrerons nos premiers chapitres à étudier successivement ces deux actes dans leurs diverses applications et nous commencerons par la vindicatio.

Les différents
buts de la vindicatio dans
les L.A.

La vindicatio entre en composition dans plusieurs actions de la loi. Elle remplit plusieurs buts. Nous allons étudier d'abord les divers cas d'applications de la vindicatio et les modifications que cette diversité impose à la formule.

Dans les actes du très ancien droit romain, particulièrement dans les plus anciennes actions de la loi, telles que le sacramentum, l'in jure cessio et la manus injectio, nous rencontrons un groupe de termes de même formation : vindicare, vindicta, vindiciae, vindex, vindicare, vindicatio.

Pour en pénétrer le sens d'une façon quelque peu assurée, il y a une règle d'interprétation qui s'impose impérieusement et qui pourtant a toujours été méprisée.

Il faut considérer ce groupe comme formant un ensemble qui ne doit pas être séparé et où le sens de chacun de ces mots s'éclaire par le sens des autres. Et surtout, il n'y a pas de pire méthode que celle qui a été employée jusqu'ici et qui consiste à interpréter chacun de ces mots dans les institutions où il figure, comme si le sens qu'on leur donne dans une institution pouvait être indépendant et différent du sens qu'il prend dans une autre institution.

Une explication qui vaut pour la vindicatio du sacramentum, par exemple, et qui ne vaut pas pour la vindicatio du vindex est sûrement mauvaise et doit être écartée. Voilà une règle de fer que nous n'oublierons jamais.

Ce groupement de mots caractérise la partie du vieux rituel des Legis actiones la plus mystérieuse, mais aussi la plus originale, celle qui donne à l'ac-

tion son relief pittoresque. En même temps, c'est la partie la plus ancienne de l'action : elle s'oppose à une autre série de termes de même formation. *Judex, judicare, judicatus, judicatum, judicium, judicatio, etc...*

Ces deux séries de mots désignent des actes de procédure qui prennent leur place dans les actions de la loi. Ils désignent aussi les auteurs de ces actes et les objets de l'action.

Ils se présentent comme deux couches successives du terrain juridique. La plus ancienne est l'œuvre des parties et se compose d'un cérémonial archaïque et mystérieux de paroles et de gestes. La seconde, au contraire, plus moderne, est l'œuvre du juge. Elle vient se superposer à l'autre de façon apparente. Elle n'a plus rien du caractère formaliste de la première et c'est elle qui donne à l'action son caractère judiciaire et de droit nouveau.

Les différents types de vindicationes : les vindicationes qui enchaînent et celles qui dé-livrent.

Nous savons très exactement, grâce aux Institutions de Gaius en quoi consiste l'action de vindicare.

Il n'y a pas qu'une sorte de vindication, nous rencontrons cet acte dans plusieurs institutions juridiques.

Il y a, tout d'abord, les vindicationes dans la *Legis actio per sacramentum*. Il y a ensuite une vindicatio dans l'*in jure cessio*. Il y a enfin une vindicatio dans le *legs per vindicationem*. Dans ces trois sortes d'actes juridiques, la vindicatio a pour but d'affirmer un droit sur une chose, une res, ou sur une personne, esclave, fils de famille, homme libre in *manipio*. Ce sont les vindicationes qui enchaînent.

Il y en a d'autres, au contraire, qui ont pour but de libérer des personnes. C'est la vindicatio du *vindex* dans la *manus injectio*. C'est la vindicatio de l'*adsertor libertatis* dans le procès de liberté. C'est enfin la vindicatio du *manumissor* dans l'affranchissement *per vindictam*. En passant en revue les diverses applications de la vindicatio, nous verrons quel vaste domaine elle embrasse. Elle est, sous ces deux aspects, l'expression la plus générale qui soit de la protection de toutes les formes de pouvoir qu'une personne peut avoir sur une autre personne ou sur une chose. Mais elle est aussi le mode de protection des personnes contre un exercice abusif de ces pouvoirs.

La vindication affirmant un droit sur une personne ou sur une chose entre en composition dans la *legis actio per sacramentum* et dans l'*in jure cessio* »

aussi L. actio. De plus, elle sert dans le legs par vindicationem

la description
par Gaius de
la vindicatio
dans le sa-
cramentum.

I) Vindicatio dans le sacramentum.

C'est par la description de Gaius (Inst. 4, 13) de la procédure du sacramentum que nous savons précisément en quoi consiste l'action de vindicare. Qui vindicabat, festucam tenebat ; deinde ipsam rem apprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat : HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI : et simul festucam imponebat. Celui qui faisait la vindicatio tenait la baguette. Ensuite il saisissait l'objet, par exemple, l'homme et il disait : "Moi, je dis que cet homme est mien d'après le droit des Quirites, suivant sa cause, comme, je l'ai dit, voilà que je t'ai imposé la vindicta". Et en même temps, il plaçait la baguette sur l'homme".

A plusieurs reprises, dans la même description, Gaius dit : cum uterque vindicasset, lorsque les deux eurent fait la vindicatio, qui prior vindicaverat, celui qui avait fait la vindicatio le premier.

es spécifi-
cations de la
ormule selon
objet de la
indicatio.

Ainsi, la vindicatio est un acte bien délimité. C'est un cérémonial de paroles et de gestes. Vindicare, c'est prononcer les paroles que donne Gaius et en même temps saisir l'objet d'une main et placer la festuca sur lui avec l'autre main. La formule donnée par Gaius, Hunc ego hominem meum esse aio, est un exemple. Suivant l'objet de la vindicatio, elle se pliait à diverses spécifications. S'agissait-il d'un immeuble qui n'était pas présent devant le préteur, il était minutieusement déterminé. Cicéron, dans la description caricaturale qu'il fait de la procédure du sacramentum insiste sur ce point : (pro Murena 12, 26). "Cum hoc fieri bellissime posset : Fundus Sabinus meus est : imo meus. Deinde iudicium. Noluerunt. Fundus, inquit, qui est in agro, qui Sabinus vocatur. Satis verbose. Cedo. Quid postea. Alors qu'on aurait très bien pu dire : "le fonds Sabin est mien, non il est mien", puis juger, ils ne l'ont pas voulu. Le fonds, dit-on, qui est dans le pays qui est appelé Sabin. Voilà bien des mots, voyons la suite.

Quand il s'agit d'un objet mobilier, une spécification plus précise est inutile, étant donné que l'objet est présent et aux mains des parties. Pour caractériser le droit sur une res, sur un esclave, sur une personne libre in mancipio, on a jugé qu'il suffisait de dire : meum esse.

Lorsque la revendication portait sur un fils de famille réclamé par son père, la formule variait : on devait affirmer soit filium meum esse, soit in potestate

mea ex jure Quiritium esse. Nous en avons le témoignage d'Ulpien le témoignage de Gaius (Gaius Inst. I, 134) : Deinde aut pater remancipatur et ab illis qui adoptat vindicat apud praetorem filium suum esse. Ensuite, ou bien il est remancipé au père et contre celui-ci, celui qui l'adopte fait la vindicatio auprès du préteur qu'il est son fils. Ulpien (Dig. VI, I, 1, 2) : à propos de la formule pétitoire de la revendication, Ulpien explique que la formule pétitoire c'est-à-dire l'action en revendication de la procédure formulaire ne peut être employée pour revendiquer un fils, mais que la legis actio peut être employée : "Per hanc autem actionem liberae personae quae sunt juris nostri, ut puto liberi qui sunt in potestate, non petuntur... et ita Pomponius, libro tricesimo septimo : nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicat : si quis ita petit "filium suum" vel "in potestate ex jure romano" videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse : aut enim adjecta causa ex lego Quiritium vindicare posse. Par cette action, les personnes libres qui sont de notre droit, ne peuvent être réclamées : par exemple, les enfants qui sont in potestate. Pomponius, au livre 37 est de cet avis. A moins que, peut être, quelqu'un en mentionnant la condition du revendiqué. Si quelqu'un établit ainsi sa réclamation : "filium suum" - ou "in potestate ex jure romano", il me paraît, et Pomponius est de cet avis, qu'il agit régulièrement. Pomponius dit, en effet, qu'on peut faire la vindicatio d'après la loi des Quirites. La condition de l'objet revendiqué étant ajoutée.

Le domaine de la vindicatio dans la L.A. sacramenti.

Par cet examen rapide de la formule de la vindicatio dans le sacramentum, on peut apprécier l'étendue de son domaine. Dans la legis actio sacramenti, la vindicatio est le mode de protection de toutes les puissances familiales. La manus sur la femme, la patria potestas sur les enfants, le mancipium sur les hommes libres in mancipio, la dominica potestas sur les esclaves, enfin le dominium, la propriété sur tous les biens qui composent le patrimoine.

La vindicatio dans l'in jure cessio. La description de Gaius.

II - In jure cessio.

L'in jure cessio est, on le sait, définie dans le droit classique comme un mode d'acquisition de la propriété par une déclaration devant le magistrat. Cette déclaration prend la forme d'une vindicatio (Gaius 2, 134) : "In jure cessio hoc modo fit apud magistratum populi romani, veluti praetor m. Is cui res in jure ceditur, rem tenens, ita dicit : "HINC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO". Deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit an contravindicat : quo negante an tacente, tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit : idque legis actio vocatur.

L'in jure cessio a lieu de la façon suivante auprès du magistrat par exemple le préteur. Celui à qui la chose est cédée devant le magistrat, tenant la chose, parle ainsi : "Moi, je dis que cet homme est mien d'après le droit des Quirites". Ensuite, après que celui-ci a fait sa vindicatio, le préteur demande à celui qui cède s'il fait la contravindicatio ; s'il nie ou s'il se tait, le préteur fait l'addictio de la chose à celui qui a fait la vindicatio et on appelle cela une action de la loi.

Explication
traditionnelle
de l'in jure
cessio par
l'idée de procès
fictif.
Critique.
Explication de
M. Lévy-Bruhl.

L'opinion commune des auteurs du XIX^e siècle interprétait l'in jure cessio d'après la description de Gaius comme une utilisation secondaire de la legis actio per sacramentum. Cette utilisation reposerait sur une fiction de procès. L'acquéreur aurait fait semblant de revendiquer l'objet comme lui appartenant déjà. L'aliénateur en s'effaçant devant lui faisait triompher la revendication. M.H. Lévy-Bruhl, dans un article publié il y a quelques années : "La nature de l'in jure cessio", reproduit, en 1934 dans son volume "Quelques problèmes du très ancien droit romain", s'est élevé avec raison contre cette interprétation. Il fait remarquer que nulle part dans les sources, cette idée de fiction n'apparaît; c'est une interprétation des modernes.

D'autre part, les jurisconsultes savaient parfaitement distinguer les effets de l'in jure cessio et les effets de la revendication dans le sacramentum. Ils distinguaient très bien dans la première la propriété cédée par un vendeur et un acquéreur suivant les conditions convenues dans la cession. Or, ces effets sont tout à fait contraires au principe de la fiction. Car, celui qui revendique sa propriété prétend la recevoir telle qu'elle existait auparavant et non pas telle qu'il a été convenu qu'elle serait entre lui et son adversaire réel ou supposé. C'est un point sur lequel, de l'avis même de ses adeptes les plus déterminés, la fiction devait céder. Depuis l'article de M. Lévy-Bruhl sa thèse gagne de plus en plus de partisans et l'on admet de plus en plus que l'in jure cessio est un emploi direct et primitif de la vindicatio qui est indépendant de son emploi dans le sacramentum et qui est aussi ancien que lui.

Les deux raisons fondamentales qui avaient attaché la doctrine à cette idée de fiction sont l'une une raison de forme, l'autre une raison de fond. La première est tirée de ce que Gaius nous dit que l'in jure cessio est appelée une legis actio : c'est une action de la loi. Or, le même Gaius, au livre IV, 12 de ses Institutes nous dit : "Lege autem agebatur modis quinque, sacramento, per judicis postulationem,

Le nombre des
actions de la
loi. Caractère
non limi-

tatif de l'énumération de Gaius.

per condictioem, per manus injectionem, per pignoris capionem. On plaidait en vertu de la loi de cinq manières, par le sacramentum, par la demande de juge, par la condictio, par la manus injectio, par la prise de gage".

On a donc pensé que l'in jure cessio devait être cherchée parmi l'un de ces cinq modes, puisque Gaius dit qu'elle est une action de la loi. Et comme la vindicatio fait partie du sacramentum, on en a conclu, sur la description de Gaius, que l'in jure cessio était au fond l'utilisation du début de la procédure dite legis actio sacramenti. En réalité, nous le verrons cette conclusion était le fruit d'une interprétation trop étroite. Il y a d'autres actions de la loi que ces cinq modes. La plupart sont admises par l'opinion commune comme actions de la loi : c'est, par exemple, la novi operis nuntiatio, le damnum infactum et la perquisitio lance licioque. Le papyrus du Caire qui nous donne de nouveaux fragments des Institutes de Gaius nous a révélé que la constitution de société entre étrangers se faisait par une legis actio. Nous ajouterons, nous-mêmes, à la liste, la manus injectio vocati. Il faut donc conclure que l'énumération de Gaius n'est pas limitative. Au point de vue procédural qui l'occupe, il y a cinq modes d'actions de la loi ; mais il y en a d'autres, d'autre sorte et parmi celles-ci, l'in jure cessio.

L'autre est une raison de fond. Nous avons dit que dans le sacramentum la vindicatio tend à faire reconnaître une propriété existant déjà dans la personne du vindicans. Dans l'in jure cessio, la vindicatio, tend, au contraire, à créer une propriété nouvelle dans la personne de l'acquéreur. Or, dans les deux cas l'affirmation est la même "Hunc ego hominem meum esse aio ex jure Quiritium". Pour que la même formule puisse exprimer ces deux effets si différents l'un de l'autre, il est assez simple de l'expliquer dans le deuxième cas par une fiction.

En réalité, c'est un point de vue trop formel et d'une logique de théoricien du droit classique, de pandectistes, comme nous disons. Ce n'est pas un point de vue d'historien. La difficulté n'est pas seulement dans les rapports de l'in jure cessio et du sacramentum ; elle est aussi dans les rapports de ces deux actions avec la mancipation. La mancipation, elle aussi, comporte la même formule "Hunc ego hominem meum esse aio". On n'a jamais prétendu, et pour cause, que la mancipatio ait été une fiction de procès en revendication.

La solution de ce problème central en notre ma-

tière est une partie essentielle des développements qui vont suivre. Elle commencera à apparaître dès que nous aborderons l'étude interne de la vindicatio et elle sera complète quand nous la comparerons à la mancipation. En réalité, cette opposition entre création et défense du droit, qui va nettement séparer dans le droit historique les modes de création des droits, mancipatio et in jure cessio, des procédés de défense des droits existant, legis actio, sacramento et autres actions, est un point de vue nouveau du droit historique. Mais, dans leur caractère primitif, c'est-à-dire, au moment de leur création, tous ces actes étaient également et sur le même plan des actes créateurs de droit. C'est la première constatation que nous livrera l'analyse des formules.

Large domaine de l'in jure cessio.

Le domaine de l'in jure cessio est à peu près aussi étendu que celui de la legis actio per sacramentum. Mais ayant eu des siècles d'existence indépendante, les limites de leurs domaines ne coïncident pas toujours. L'in jure cessio dans le droit des biens est un mode d'acquérir la propriété, le dominium, plus étendu que la mancipatio puisque celle-ci ne sert qu'aux res mancipi, tandis que l'in jure cessio peut servir à l'acquisition de tout objet de propriété, toutes res mancipi, nec mancipi. Elle doit plutôt être comparée à l'usucapion comme étendue d'application.

Mais elle jouait aussi dans le droit des personnes, et pour les puissances, car elle sert à adopter un fils. Après les trois mancipations ayant pour but, d'après la loi des XII Tables d'éteindre la puissance paternelle, l'in jure cessio servait à faire acquérir, au père adoptif, la puissance paternelle. Gaius (I, 134) "deinde aut patri remancipatur et ab eo le qui adoptat vindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non vindicante, a praetore vindicanti filius addicitur". Ensuite le fils est remancipé au père et contre le père celui qui adopte fait la vindicatio auprès du préteur que celui-ci est son fils, et le père ne faisant pas la contravindicatio le préteur fait l'addictio au revendiquant. De même Gaius (I, 168, 172) et Ulpien (Regulae II, 6, 19, II) nous disent que les tuteurs légitimes de la femme et de l'affranchi peuvent céder in jure leur droit de tutelle à une autre personne.

III - Le legs per vindicationem.

Le legs per vindicationem est une de ces institutions du très ancien droit romain que les transformations du droit historique ont rendu difficile à comprendre pour les auteurs modernes, et même pour les juristes classiques. Le droit classique fait une

3 - Conception primitive du legs per vindicationem.

cette différence entre l'in jure cessio, mode de création volontaire d'un droit nouveau d'une propriété nouvelle dans la personne de l'acquéreur et la vindicatio du sacramentum, mode de défense d'une propriété préexistante dans la personne du vindicans qui revendique son droit. Cette différenciation s'est opérée malgré l'indentité de la formule. Cette identité pose d'ailleurs un problème non résolu par les interprètes modernes. Nous avons dit que la solution de ce problème se trouve dans ce fait que la vindicatio dans tous les cas, aussi bien dans le sacramentum que dans l'in jure cessio, était primitivement conçue comme un mode de création du droit et comme une affirmation qui ne distinguait pas création et défense.

Ce point de vue est encore celui du legs per vindicationem et permet seul de comprendre facilement l'institution. Le legs per vindicationem nous est décrit par Gaius (II, I^{er} 5) : Il est constitué par les paroles du testateur : "Titio hominem Stichum do lego. Je donne et lège à Titius l'esclave Stichus". La suite des explications éclaire le sens primitif de dare. Si le testateur avait écrit qu'il prenne, sumito, qu'il ait pour lui, sibi habeto, ou qu'il saisisse, capito, ce n'en serait pas moins un legs per vindicationem. Dare signifie donc permettre d'avoir, habere licere, ou ordonner d'avoir, habere jubere. Nous reviendrons sur ce sens lorsque nous aurons à étudier l'activité du prêteur dans les actions caractérisées par les mots do, dico, addico.

Le legs per vindicationem donne au légataire le droit de faire la vindicatio, lorsqu'il réclame l'objet légué soit à l'héritier soit à un tiers qui l'a en sa possession. "Et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque qui eam possidet petat vindicare debet, id est intendere suam rem ex jure Quiritium esse. Si le légataire demande la chose soit à l'héritier soit à quelque autre qui la possède, il doit faire la vindicatio, c'est-à-dire prétendre que la chose est sienne d'après le droit des Quirites". En somme, comme le dit Wlassak (Pauly Wissowa I, 314) la formule de do lego donne au légataire le droit d'acquérir l'objet légué au moyen d'une prise de possession faite de sa propre autorité devant le magistrat. (durch eigenmächtigen Zugriff).

Dans ce qui est à notre avis la conception primitive, la situation est claire et simple. Si l'héritier, ou même le tiers sont en possession de l'objet légué et ne contestent pas le legs, le légataire se met en possession par une vindicatio à laquelle ne s'oppose pas une contravindicatio. Il acquiert donc son bien

dans la forme qui est celle de l'in jure cessio. Si, au contraire, soit le tiers, soit même l'héritier contestent, à la vindicatio du légataire s'oppose une contravindicatio et la vindicatio fonctionne à sa place dans la legis actio per sacramentum.

Transforma-
tion du legs
per vindica-
tionem en con-
séquence de
l'élaboration
du concept ju-
ridique de
propriété ;

Voilà le droit primitif. Avec le développement de la science du droit se forme dans le domaine de la jurisprudence civile la conception juridique de dominium, de propriété. C'est une notion de droit, une notion abstraite qui cherche, sans d'ailleurs jamais y parvenir tout à fait, à se rendre indépendante de la res, de l'objet matériel, corporel sur lequel elle porte. Ce concept de propriété s'établissant, amène la différenciation entre les modes d'acquisition de la propriété et ses moyens de défense, la revendication. D'autre part, dare prend dans le droit classique le sens technique de transfert de propriété. La forme du legs est donc interprétée par les jurisconsultes comme ayant pour effet de provoquer le transfert de propriété du legs au légataire aussitôt que l'hérédité est acquise à l'héritier qui est chargé de délivrer ce legs.

Le moment de cette acquisition est, on le sait, quand l'héritier fait l'adition d'hérédité c'est-à-dire l'accepte. C'est ce dernier état que Gaius indique ainsi "Ideo autem per vindicationem legatum appellatur quia post aditam hereditatem statim ex Jure Quiritium res legatarii fit. A cause de cela donc le legs est appelé per vindicationem parce que, après l'adition de l'hérédité la chose devient aussitôt propriété d'après le droit des Quirites du légataire". Le transfert automatique par l'effet du do lego de la propriété obscurcit la notion auparavant simple de la vindicatio. Gaius rapporte une controverse entre Sabinien et Proculien qui prouve que ce transfert automatique est une construction jurisprudentielle. Pour Sabinus Cassius et les autres Sabinien, le legs est transféré en propriété aussitôt l'adition de l'héritier accomplie. Pour Nerva, Proculus et les Proculien, il faut au contraire, pour que le transfert ait lieu, que le légataire ait su et voulu que le legs lui revienne. Une constitution d'Antonin le Pieux a tranché la controverse dans le sens des Proculien.

Puisque la propriété est automatiquement transférée, la vindicatio n'apparaît plus dans sa fonction primitive avec son pouvoir créateur, comme le moyen d'acquérir la maîtrise de l'objet légué aussi bien au cas où l'héritier consent, que contre l'héritier ou un tiers possédant et voulant s'opposer. La vindicatio apparaît seulement dans sa fonction d'action réelle protégeant un droit déjà acquis contre les entreprises

d'un tiers, dans sa fonction revendicatoire. Mais alors la vindication contre l'héritier n'a plus de raison d'être. Les termes valables : *sumito*, *capito*, *sibi habito* - qu'il prenne, qu'il saisisse, qu'il ait, pour lui équivalents de *do lego* perdent leur signification. L'institution désormais porte à faux parce qu'elle n'avait sa vraie valeur, toute sa signification, que dans la conception primitive de la vindicatio. Lorsque nous aurons établi cette conception primitive, nous invoquerons le *legs per vindicationem* comme un témoin de cette conception.

§ 2 - Vindicationes qui délivrent.

A côté du groupe des vindicationes qui enchaînent, nous trouvons les vindicationes qui délivrent. Elles sont au nombre de trois : la vindicatio de l'adsertor libertatis dans le procès de liberté, la vindicatio du manumissor dans l'affranchissement par vindicte et la vindicatio du vindex dans la *manus injectio*. Nous connaissons moins bien, et surtout moins sûrement, les formules de ces vindicationes. Nous n'avons plus aucune source directe qui nous conserve la trace de la formule de la vindicatio du vindex. Néanmoins, même pour celle-ci nous avons des éléments de reconstitution.

I - Vindicatio de l'adsertor libertatis.

Elle est exécutée dans le procès de liberté.

La formule de délivrance de l'adsertor différente de celle prononcée par le premier revendiquant.

Nous verrons qu'à la vindicatio faite sur le prétendu esclave, par celui qui prétend être son maître devait s'opposer, pour qu'il y ait procès, une affirmation de liberté faite par un tiers. Le procès se déroulait alors sous la forme de la *legis actio sacramenti*, mais tandis que dans le *sacramentum ordinare*, à la vindicatio du premier revendiquant s'oppose une contravindicatio rigoureusement semblable, comme le dit Gaius (IV, 1,6) : "*Adversarius quoque dicebat similiter*", dans le procès de liberté au contraire, l'adsertor prononce une formule de délivrance différente de celle du premier revendiquant.

Reconstitution de la formule prononcée par l'adsertor.

Les paroles que les vieux formulaires mettaient dans sa bouche peuvent être reconstituées de façon assez sûre. L'acte de l'adsertor est défini de façon si rigoureusement concordante à maintes reprises dans les comédies de Plaute (*Poenulus*, vers 905, 964, 1102. *Cursulio*, vers 491, 668, 709) dans Térence (*Adelphes*, vers 119), dans Cicéron (*Pro Flacco* 40) enfin dans Martial, *Epigram.* I.15,3) que l'on peut affirmer que cette dé-

finition devait correspondre à un formulaire fixe c'est-à-dire aux paroles mêmes mises dans la bouche de l'adsertor : "Hinc ego nominem liberali causa ex jure Quiritium manu adsero". Et ces mots devaient selon toute vraisemblance être suivis par la fin de la formule de Gaius : "Secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam imposui".

La première partie de la formule présente des difficultés de traduction mot à mot. Le sens du mot adsero doit être établi de même le sens de liberali causa. Ces explications seront données lorsque nous étudierons l'adsertor libertatis. Je propose, provisoirement, sauf à la justifier plus tard, l'interprétation suivante : "Je mets la main en même temps que toi sur cet homme pour cause de liberté (c'est-à-dire parce qu'il est libre)".

II - L'affranchissement par vindicte.

Les formes de la manumissio vindicta. Confusion à cet égard. L'explication moderne par l'idée de procès fictif.

Parmi les modes du droit civil au moyen desquels un maître peut affranchir ses esclaves, il en est un qui est appelé par les sources, la manumissio vindicta, l'affranchissement par la vindicte. L'établissement des formes de cet acte ne va pas sans difficultés. Les difficultés ont des causes multiples. D'une part, nos textes ne sont ni nombreux ni explicites. D'autre part, le formalisme de l'acte paraît avoir subi une série d'atténuations, de dégradations pour le rendre plus commode. Enfin, la doctrine moderne a commis une série de confusions qui n'en facilitent pas l'explication. Nous pensons que nos études, en permettant de comprendre plus exactement le rôle et la nature de la vindication, sont susceptibles d'éclairer les parties obscures de l'acte d'affranchissement.

L'opinion commune, jusqu'à ces dernières années expliquait la vindicte comme elle expliquait l'in jure cessio par une fiction de procès. Ce qui aurait été utilisé, c'était le procès de liberté par voie de sacramentum. Le maître s'entendait avec un compère qui jouait le rôle d'adsertor libertatis. Celui-ci faisait devant le magistrat une vindicatio in libertatem, le maître se taisant ne faisant pas de contravindicatio, le magistrat prononçait l'addictio comme pour l'in jure cessio. M. Lévy-Bruhl, dans un article intitulé : "L'affranchissement par la Vindicte", réimprimé dans Quelques Problèmes du très ancien Droit Romain (P. 56 et ss.) s'est élevé contre cette interprétation, comme il l'a fait pour l'in jure cessio. Non seulement, les textes ne parlent pas de fiction, mais ils ne soufflent pas mot d'un adsertor. Cette fiction et cet adsertor ont été imaginés par la doctrine moderne pour les mêmes raisons que dans l'in jure cessio. Les auteurs n'ont pu voir dans la vindicatio

que son rôle de défense d'un droit existant. Ils n'ont pas su reconnaître son caractère primitif d'acte créateur. J'ajouterai que la fiction ne permet pas d'expliquer comment l'affranchissement crée au profit du maître et non de l'adsertor les droits de patronat, puisque ce serait l'adsertor qui prononcerait la formule de libération, l'élimination de la fiction et de l'adsertor résout une première difficulté.

Le rôle du maître, prononciation de la formule de vindictio et accomplissement du mittere e manu servum. Imposition de la baguette par le maître.

Il faut maintenant rechercher quel est le rôle du maître dans l'affranchissement par la vindicte. Le nom même donné à l'acte indiquerait, s'il était besoin, que cet acte comporte une vindictio: Un témoignage de Festus, résumé par Paul Diacre, nous donne la formule que prononçait le maître dans la vindictio: Festus, V^o manumitti... "Manumitti servus dicebatur quum dominus ejus, aut caput ejusdem servi aut aliquid membrum tenens, dicebat. "Hunc hominem liberum esse volo" et mittebat eum manu. On disait qu'un esclave était affranchi lorsque son maître tenant sa tête ou quelque autre membre disait: Je veux que cet homme soit libre et le libérait de sa main. On reconnaît aisément les éléments traditionnels de l'acte de maîtrise par la vindictio. Rem tenens, dit Gaius pour l'in jure cessio (2,24), rem adprehendebat, dit-il pour le sacramentum (IV,16) et simul aliquam partem corporis ejus prehendebat, dit-il de la manus injectio (4,21). Et quant au geste mittere e manu servum il ressemble à celui qui était fait dans la vindictio du vindex, manum depellere. Seulement, là, c'était le vindex qui enlevait la main de l'adversaire posée sur le judicatus, ici c'était le maître qui lâchait volontairement l'esclave. Ce geste était essentiel puisque c'est lui qui a donné son nom spécial à l'acte manumittere, et à l'auteur de l'acte, manumissor. Nous y voyons la preuve topique, contre l'opinion commune, que les gestes essentiels de la vindictio étaient faits par le maître, le manumissor, et non par un comparse, l'adsertor. Quant à la forme volo, on pourrait penser qu'elle n'est pas la plus ancienne si on la confronte avec ce que dit Gaius de la constitution d'héritier (2,115): "Sollemnis autem institutio haec est: "Titius heres esto". Sed illa jam comprobata: "Titius heredem jubeo", et illa non est comprobata; "Titium heredem volo" -L'institution solennelle est celle-ci: Que Titius soit héritier", celle-ci est encore approuvée. "J'ordonne que Titius soit héritier" Celle-ci n'est pas approuvée. "je veux que Titius soit héritier".

Sauf cette comparaison qui n'est pas une raison, il n'y a pas de raison de douter qu'à l'époque de Paul Diacre ou de Festus, ou même de Valerius Flaccus, leur

modèle c'est-à-dire sous Auguste, avec la dégradation du formalisme dans cet acte, on n'ait pas admis valablement le terme de volo.

On peut aller plus loin. La formule d'affranchissement comportait certainement, à notre avis, la fin de la vindictio donnée par Gaius : Secundum suam causam ecce tibi vindictam imposui. Car de nombreux textes du Digeste emploient la formule imponere vindictam pour cet affranchissement et quelques-uns de ces textes disent non moins formellement que c'est le maître qui impose cette vindicte; (Dig, 40, 12, 12, 2), (Ulpien) "Vel vindicta ei imposita est ab eo quem dominum esse putavit, cum non esset. (L'esclave peut sans dol rester libre quand).... ou bien quand la vindicte lui a été imposée par celui qu'il pensait être le maître, alors qu'il ne l'était pas"; (Dig. 49, 17, 19, 4.) (Tryphonius) : "Non tamen ut heres, vivo filio, vindictam servo imposuit, dicatur eum post mortem intestati filii ex illa manumissione liberum factum est. Il ne faut pas dire cependant que, lorsque le père en sa qualité d'héritier a imposé la vindicte du vivant du fils à un de ses esclaves, celui-ci a été fait libre en vertu de l'affranchissement pour après la mort du fils si celui-ci meurt ab intestat".

Pour nous, les textes que nous venons de citer et les autres sont l'allusion la plus claire aux paroles mêmes de la formule qui, comme nous le voyons, sont conçues en termes identiques : tibi vindictam imponere, tibi désigne dans le cas de manumissio, l'esclave; c'est à lui, que la vindicta est imposée. Mais ce sens clair a été irrémédiablement obscurci dans la doctrine moderne par une étrange confusion née de la dégradation du formalisme. Les auteurs modernes ont été abusés par des témoignages tardifs et ont identifié à tort vindicta et festuca, et ont tous cru que vindicta ne signifiait rien de plus que festuca : la baguette.

Nous avons donc la formule prononcée par le maître : "Hinc ego hominem liberum esse volo (peut-être aussi plus anciennement : aio ou jubeo). Secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam imposui".

Nous devons maintenant examiner une dernière difficulté qui a été la source de cette confusion. Nous avons dit que dans la vindictio du sacramentum le geste de l'auteur de la vindictio était double. D'une main il saisissait l'objet et il prononçait les paroles qui exprimaient à la fin que la vindicte était imposée : "Ecce tibi vindictam imposui". Et en même temps il plaçait une petite baguette, festuca, sur l'objet de la vindictio, geste que Gaius (IV, 16) exprime par

La dégradation du formalisme de l'affranchissement. Le geste du licteur substitué à celui du maître. Désir de simplifier

fication de
l'opération à
raison du grand
nombre des
affranchisse-
ments

le même verbe imposui. Et simul homini festucam imponebat" Or, tous les témoignages expriment que ce second geste d'imponere festucam était fait par le licteur du magistrat. C'était déjà l'usage à l'époque classique au milieu du I^{er} siècle après J.C. Nous le savons par un vers de Perse (Satire IV, 175): "Hic hic quod querimus, hic est non in festuca licito quam jactat ineptus - là est ce que nous cherchons (c'est la liberté) et non dans la baguette que brandit le licteur imbécile". Et l'usage peut encore remonter plus haut.

La festuca et le geste fait avec elle sont les signes visibles de la liberté. Tout acte d'affranchissement a tendance à se matérialiser en eux. Déjà Plaute a parlé de la liberté acquise par la festuca, (Plaute Miles Gloriosus 4, I, 15). Aussi puisqu'elle est tenue par le licteur, c'est lui qui paraît agir dans la vindicta. Cette tendance trouve son expression dans le témoignage de basse époque, V^e siècle après J.C. de Boèce, source de toutes nos confusions (Boèce, sur Cicéron Topique, 2, 10): "Vindicta vero est virgula quaedam quam licitor mammittendi servi capiti imponens, eundem servum in libertatem vindicabat, dicens quaedam verba sollemnia. La vindicta est cette petite baguette que le licteur plaçait sur la tête de l'esclave à affranchir en faisant la vindicatio in libertatem du même esclave, tandis qu'il prononçait quelques paroles solennelles.

Cette conception pouvait d'autant mieux s'établir que les juriconsultes admettent que le maître ne disant rien, l'affranchissement fut quand même valable. Dig. 40, 2, 23 (Hermogénien) "Mammissio per lictores hodie domino tacente expediri solet et verba sollemnia, licet non dicantur, ut dicta accipiantur. L'affranchissement a coutume d'être aujourd'hui expédié par les licteurs, le maître se taisant et les paroles solennelles, même si elles ne sont pas prononcées, sont considérées comme dites".

Ces deux témoignages combinés avec la vieille idée de fiction de procès ont amené l'opinion commune à considérer que l'affranchissement est accompli par le licteur jouant dans le dernier état du droit le rôle d'adsertor, le maître jouant, et ayant toujours joué le rôle passif de celui qui ne revendique pas. J'estime que ces conclusions doivent être révisées; elles ne tiennent pas compte des énonciations d'Ulpien et de Tryphonius qui disent que la vindicta est imposée par le maître; elles ne respectent même pas le sens d'Hermogénien. Si nous lisons attentivement le fragment, nous voyons qu'il parle d'un usage nouveau

aujourd'hui. Cet usage est que l'affranchissement est expédié par les licteurs, même si le maître se tait; car, ajoute-t-il, les paroles solennelles sont considérées comme dites, encore qu'elles ne soient pas prononcées. Le texte ne dit donc pas que les paroles de la vindicatio sont prononcées par le licteur. Il dit même le contraire. Si elles étaient prononcées et quand elles sont prononcées, elles le seraient toujours, comme auparavant, par le maître, mais les prononcer n'est plus nécessaire.

A quoi correspond cette dégradation de formalisme ? A mon avis, très simplement au désir de simplifier des formalités dont le sens primitif est perdu et qui ne paraissent plus être que de simples formalités. La loi Rufia Caninia du début de l'Empire restreint le nombre des affranchissements testamentaires à un certain chiffre proportionnel au nombre des esclaves du testateur et défend qu'il soit supérieur à 100. C'est déjà un joli chiffre qui rendait longue la cérémonie. Elle est remplacée par un simple geste rapide du licteur qui fait le geste à la place du maître et non pas à la place d'un adsertor supposé. Nous avons un exemple plus ancien de remplacement de cette sorte. Les citoyens du début de la République ne fréquentent plus les comices curiates; ils sont représentés par les trente licteurs chargés de la police de la salle qui accomplissent pour la forme les actes que devraient accomplir les citoyens. Le témoignage d'Hermogénien a une valeur supérieure à celui de Boëce, et ce n'est pas la première fois que celui-ci est surpris en flagrant délit d'inexactitude.

Attestation
de la vindicatio du vindex.

III. Vindicatio du vindex.

III - Enfin, la troisième vindicatio qui délivre est celle du vindex. Elle s'oppose, nous le verrons, à la manus injectio contre le judicatus ou contre le vocatus dans la legis actio per manus injectionem.

Que le vindex fasse une vindicatio, son nom seul suffirait à nous en convaincre. Mais cela est en outre affirmé par deux textes formels et qui d'ailleurs n'ont jamais été contestés. Le premier est le passage d'Aulu Gelle relatant le texte même des XII Tables: Nuits Attiques, (20, I, 42-45) qui décrit la manus injectio: "Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito. A moins que le judicatus exécute ce qui est jugé ou que quelqu'un ne fasse la vindicatio sur lui levant le magistrat que celui qui a fait la manus injectio, le conduise chez lui". Le deuxième texte est celui de Festus V° vindicia: Vindex ab eo quod vindicat quominus is qui preusus est ab aliquo, teneatur. - Vindex, de ce qu'il fait la vindicatio afin que celui qui est saisi par quelqu'un ne soit pas tenu".

Le geste du vindex: manum depellere par opposition au geste du manum injiciens.

Nous savons très exactement le geste fait par le vindex. Gaius (IV, 22) répète à plusieurs reprises et toujours en employant rigoureusement la même formule: "Manum depellit - il écarte la main". Celui qui fait le manum injectio pose sa main sur le judicatus. Gaius (IV, 21): "aliquam partem corporis ejus prehendebat - il saisissait quelque partie du corps de celui-ci". Le vindex en prononçant les paroles de l'action enlevait cette main du corps du judicatus et ainsi le libérait.

Les paroles prononcées ne nous ont pas été conservées; néanmoins nous pensons qu'elles peuvent être reconstituées avec assez de vraisemblance. Les éléments de reconstitution nous sont fournis d'abord par la formule même de la manum injectio donnée par Gaius, puis par la qualification même du geste répété plusieurs fois, enfin par la comparaison avec la formule de l'adsertor.

L'acte du vindex s'oppose exactement à l'acte du manum injiciens. Il a pour but d'affirmer que la manum injectio a été faite sans droit, injuria. Il sera donc calqué sur lui. Voici la formule de manum injectio: "Quod tu mihi judicatus es sestertium decem milia, quando non solvisti, ob eam rem, ego tibi sestertium decem milium judicati manum injicio. - parce que tu as été jugé en ma faveur pour dix mille sesterces, puisque tu n'as pas payé, à cause de cela, moi, je mets sur toi la main du jugement de dix mille sesterces".

Dans sa description de la manum injectio, il est évident que Gaius a devant les yeux les formules et qu'il les commente. Car lorsqu'il parle de la manum injectio pro judicato et de la manum injectio pura, il note les modifications que cela apporte à la formule. Donc, s'il répète à trois reprises pour qualifier l'acte du vindex, manum depellit, il est très vraisemblable qu'il a sous les yeux une formule qui emploie cette expression. L'exemple de la formule de l'adsertor nous confirme dans cette induction avec cette expression similaire répétée, toujours la même, par les auteurs: manu adsero. Enfin, une nouvelle confirmation peut être tirée de la formule même de la manum injectio à laquelle elle doit s'opposer: manum injicio. Sur le modèle de cette formule, nous proposons la restitution suivante: "Quod tu huic homini injuria sestertium decem milium judicati manum injecisti, ego tibi manum depello. - Parce que tu as mis sur cet homme, contrairement au droit la main du jugement de dix mille sesterces, moi j'enlève ta main".

L'examen que nous venons de faire des diverses sortes de vindicationes et de leur formule nous permet

déjà de tirer quelques conclusions.

1° - Les vindicationes sont des actes qui tous doivent être faits apud praetorem. Elles contiennent une affirmation qui doit être articulée devant le magistrat parce qu'elle est susceptible d'être contrôlée par lui ou par quelqu'un qu'il délègue à sa place.

2° - Nous dirons quelque chose de plus nouveau en faisant remarquer que vindicare n'est pas seulement intendere suam rem ex jure Quiritium esse - prétendre que la chose est sienne d'après le droit des Quirites. Sans doute, Gaius le dit (2,194) mais il le dit pour le legs per vindicationem et c'est une erreur de voir dans cette définition le trait fondamental de toute vindication. Les auteurs modernes tombent en général dans cette erreur, faute d'avoir suivi dans un examen commun toutes les vindicationes. Ils confondent le sens ancien attesté par le nom donné aussi bien aux revendications qui délivrent qu'à celles qui enchaînent, avec le sens nouveau pris dans les vindicationes qui enchaînent seulement, de revendiquer un objet comme sien.

rait commun
ux différen-
es sortes de
indicatio-
es: le fes-
ucam vindic-
am imponere.

3° - Quel est donc le trait commun qui a permis de réunir sous une même dénomination ces actes divers. - C'est, à mon avis, une double caractéristique formelle. festucam imponere et vindictam imponere. Cette caractéristique est tirée à la fois de la formule prononcée et du geste qui l'accompagne. Nous la trouvons d'une façon sûre dans la vindicatio du sacramentum et dans la vindicatio de l'affranchissement. Elle est donc dans les deux types de vindicationes. Bien que les textes ne le disent pas, il me paraît hors de doute qu'elle se trouvait également dans la vindicatio de l'adsertor libertatis.

Gaius définit ainsi la festuca à propos du sacramentum (IV,16): in fine: "Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quedam justi domini. - Ils usaient de la festuca comme à la place de la lance, comme une espèce de signe de la propriété légitime". On peut admettre, comme le dit Gaius, que la festuca est le symbole de la lance, mais en la réduisant à être le signe de la propriété légitime, il commet la même erreur qu'en définissant étroitement vindicare par intendere rem suam esse. Il donne cette définition en fonction du cas étroit qu'il étudie et en oubliant le domaine plus large dans lequel évoluait aussi la même institution. La lance est le symbole de la force qui vient renforcer le même symbole qui se trouve déjà dans la main qui est le siège de la force. La vindicatio est l'exercice d'une puissance, elle affirme son efficacité et l'impose par la parole et par le geste.

La description de l'in jure cessio par Gaius ne porte aucune trace de festucam imponere ni de vindictam imponere. On en conclut généralement que pour l'époque de Gaius, ces deux traits caractéristiques s'étaient effacés de la vindicatio dans l'in jure cessio; mais on admet aussitôt qu'ils devaient y figurer à une époque antérieure. Par l'interrogation même du prêteur qui demande à l'acquéreur s'il veut faire une contravindicatio, l'acte prouve par lui-même que cette contravindicatio est possible. Mais cette éventualité que doit prévoir le prêteur l'acquéreur devait la prévoir aussi. Il faut donc qu'il ait préalablement imposé la vindicte et posé la festuca pour attendre la contravindicatio possible. A mon avis, même pour l'époque de Gaius, la conservation du vieux rituel n'est pas à exclure, car il décrit l'in jure cessio, non la vindicatio. Il s'en tient à l'élément essentiel de l'in jure cessio qui est bien le ~~mon~~ esse intendere. Mais l'acte pouvait se dérouler dans sa forme normale.

Nous ne savons pas davantage pour le vindex si ses paroles comportaient un vindictam imponere et étaient accompagnées d'un festucam imponere; s'il y a cependant un cas où la puissance et la force du vindicans s'oppose avec le plus d'efficacité à une puissance contraire, c'est bien dans l'acte du vindex. Si la réunion des vraisemblances suffisait comme preuve, nous pourrions affirmer avec assurance que l'action du vindex ne différait en aucune partie de ses formes de celle des autres vindicationes.

Chapitre IV

JUSTICE PRIVÉE OU MANIFESTATIONS RITUELLES.

Questions sou-
levées par le
rite de la
vindicatio.

En passant en revue les diverses vindicationnes et leurs formules, nous avons cherché en quoi consistait matériellement l'action de vindicare. Mais d'où vient ce rite ? Pourquoi est-il placé en tête du sacramentum in rem ? Que signifie-t-il, ou plutôt quelle était sa signification précise au moment où il a été créé ? Voilà une série de questions essentielles pour l'intelligence du très ancien droit romain.

La réponse à ces questions doit être cherchée dans un examen minutieux et précis de tous les témoignages qui nous sont parvenus du rite lui-même. Mais ces témoignages sont rares et obscurs, ce sont les restes mutilés d'un passé presque entièrement disparu et l'état dans lequel ils nous sont livrés n'est pas l'état primitif mais un état transformé par des siècles d'usage. Aussi les constatations de fait doivent-elles être éclairées et reliées par l'hypothèse. Nous allons donc d'abord examiner les hypothèses qui ont servi à cet usage avant d'indiquer la nôtre.

§ Ier - Etymologie.

Explications
étymologi-
ques; juris-
tes et phi-
lologues;
dissentiments
entre ceux-
ci.

Pour expliquer ce groupe de mots de même formation : vindicare, vindicta, vindiciae, vindex, vindicare, vindicatio, on a pris comme base l'étymologie. K.O. Muller, au début du XIX^e siècle, en 1833, a donné une explication étymologique dans la revue *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, V. p. 190 et suiv. Ce fut un véritable trait de lumière et l'on peut dire que depuis lors tous les auteurs juridiques ont été unanimes dans l'acceptation et de l'étymologie et de l'explication étymologique. Les auteurs juridiques s'accordent à trouver l'origine du groupe dans le mot vindicare qui figure dans les XII Tables. Il aurait été composé de vim dicere et plus tard vim dicare, comme dans la série parallèle qu'il est essentiel de rapprocher de celle-ci : judex, judicare, judicatus, judicatum, judicium etc... il y a jus dicere ou jus dicare. Vis veut dire ou bien force, ou bien la for-

ce en exercice, c'est-à-dire la violence. Nous aurons à choisir entre les deux sens du mot. Donc la racine étymologique du mot serait : dire ou montrer soit la force, soit la violence, comme jus dicere signifie : dire ou montrer le droit.

Je reprocherai pour ma part aux juristes, non pas d'avoir adopté cette étymologie, mais de s'en être rendu esclaves par l'interprétation matérielle qu'elle leur a suggérée. Les philologues n'ont pas montré le même enthousiasme. Ils acceptent jus dicere, mais ils repoussent en général vim dicere. Le point de départ de leur réserve est dans ce fait qu'ils admettent comme premier terme des deux séries, vindex d'une part, judex d'autre part. Ce seraient les mots primitifs dans chaque série. Ils appliquent une règle générale de linguistique qui, d'ailleurs, n'est pas sans exceptions que dans la formation des mots le concret aurait précédé l'abstrait. L'auteur de l'action, l'être concret qui est le vindex ou le judex aurait été qualifié d'abord, et secondairement d'après lui aurait été qualifiée l'action abstraite de vindicare et de judicare. S'il en est ainsi, la formation de judex est régulière, tandis que la formation de vindex serait irrégulière. Le mot jus est composé d'un radical qui se décline jus, juris, jure, juri, jura. Le mot vis, de même, est composé d'un radical, vi et a pour désinences, vis et vim et vires au pluriel.

Quand un mot est un composé de plusieurs termes la forme fléchie du premier terme est étrange : judex est correct, vindex pour vindex ne l'est pas. Il faut supposer arbitrairement, dit Ernout (Dictionnaire étymologique de la langue latine), que vindex est formé secondairement sur vindicare. A quoi Nicolau, Causa Liberalis (p. 125 et note 215), qui adopte le point de vue des juristes, répond que c'est précisément ce qui a dû se passer. Les XII Tables, pour désigner le vindex, usent d'une circonlocution Quis endo ex in jure vindicat - celui qui fait la vindicatio sur lui, devant le magistrat. C'est la preuve que le nom n'existait pas encore et que le verbe est plus ancien.

L'examen des institutions confirme ce point de vue. Il se peut que judex soit le point de départ de toute sa série, car le judex est véritablement le centre de toutes les actions et de tous les actes qualifiés par l'assemblage de jus et de dicere. Il n'en est pas de même du vindex dans son groupe. Le nom de vindex n'est donné dans les sources qu'à l'auteur de la vindicatio qui repousse la manus injectio et délivre le judicatus. C'est une remarque qu'il convient de faire parce que beaucoup d'auteurs l'ont négligée. En fait, l'auteur de la vindicatio et l'auteur de la contravindicatio dans le sacramentum ne

sont pas qualifiés de vindex. Chose curieuse, ils ne sont pas gratifiés d'un nom spécial. Ou bien les juriconsultes emploient une circonlocution qui vindicaverat, ou bien le participe présent vindicans. L'acquéreur dans l'*in jure cessio* n'est pas davantage qualifié. "*Is cui in jure ceditur*" (Gaius 2,22). Dans les trois vindicationes qui délivrent, chacun des auteurs est qualifié d'un nom différent : vindex, adsertor, manumissor.

Ainsi, pour une action qui a reçu une qualification générale, vindicare, les auteurs de l'action ou bien n'ont pas reçu de nom, ou bien dans chaque cas ont reçu un nom différent. Ce fait me paraît apporter une preuve sûre que la qualification primitive est celle de l'action et que la qualification de ses auteurs est une qualification secondaire.

Au reste, les philologues ne sont d'accord que sur leurs réserves. Ils n'arrivent pas à remplacer l'étymologie de K.O. Muller par une autre qui les satisfasse tous. On ne s'est pas arrêté à l'étymologie proposée d'abord de venum dicere : déclarer le prix de la vente. Et avec raison. Une seconde a paru plus séduisante (Ernout : Dictionnaire étymologique). "Le vindex étant le représentant du groupe de la grande famille, on pense à l'islandais *fine* qui est le nom de la grande famille. Dans le vieux haut-allemand, *wini* signifie appartenant à la famille, ami. Cette étymologie ferait du vindex une institution de la famille; elle implique que le vindex faisait partie de la famille du *judicatus*, qu'il le défend en cette qualité. " Ce n'est pas ce qui résulte des sources. La loi des XII Tables, dit Aulu Gelle, "*Nuits attiques*" (I6, I05): "*Assiduo vindex assiduus esto, proletario jam civi, qui volet.*" Pour un censitaire, que le vindex soit censitaire, pour le prolétaire citoyen, celui qui veut". Cette règle montre que l'institution du vindex est une institution de la cité, non du groupe elle fait partie de règles destinées à introduire une discipline dans des rapports qui n'étaient pas réglementés par l'autorité familiale. Il serait étrange qu'elle eût tiré son nom du groupe étroit de la famille alors qu'elle est au contraire une institution de la cité. La dernière en date des hypothèses étymologiques a été émise par A.C. Juret dans les mémoires de la Société de linguistique de Paris, (XXII, p. 69) et dans la Revue des Etudes latines, 1938, p. 60. Le mot serait formé de *vimen* et *dic* : celui qui dit la formule avec la baguette, ou encore de *vi* + *indic* ou *vindic* serait le terme verbal : indiquer, dénoncer et *vi* serait la particule qui renforce les thèmes verbaux : *vi indic* : indiquer avec force.

Préférence des juristes pour l'étymologie vim dicere, vim dicare à raison de sa valeur explicative.

Nous n'aurons pas la prétention de juger la valeur philologique de ces hypothèses; nous dirons seulement qu'elles sont contestées par les philologues eux-mêmes et qu'aucun n'a de loin le retentissement profond sur l'histoire des institutions qui a assuré à la première un succès si exceptionnel parmi les auteurs juridiques. Nous dirons simplement que, à cause de sa valeur explicative, nous prenons comme point de départ des développements qui vont suivre l'hypothèse que vindicare ou vindicare étymologiquement a le sens de vim dicere ou dicare, dire ou montrer la vis. Mais nous remarquerons aussitôt que si cette étymologie nous est utile, nous n'entendons pas en être prisonnier.

Divergences des juristes sur la définition de la vis = force ou violence.

L'accord cesse en effet parmi les auteurs juridiques lorsqu'il s'agit de définir la vis. Une grande confusion règne dans leur esprit, car ils oscillent perpétuellement entre les deux sens que peut avoir le mot, force ou violence, c'est-à-dire la force mise en oeuvre matériellement employée. Vis a le sens de force, non pas seulement de la force physique mais de la puissance d'efficacité. Les anciens réunissaient vis et virtus. C'est une notion très voisine de potestas, comme le montre la définition de la tutelle de Servius Sulpicius donnée par Paul (Dig. 26, I, I) : "vis ac potestas in capite libero - force et pouvoir sur un homme libre". Vis plus que potestas, évoque l'idée de contrainte mais pas seulement de contrainte physique, de contrainte morale, ou de contrainte religieuse.

Vis a également le sens de violence physique. Le mot a eu en ce sens une fortune juridique fort grande, lorsque le prêteur et la loi prennent des mesures contre les actes de violence, qu'on a senti le besoin de réprimer après les temps troublés de Sylla, les mesures contre la violence sont dites de vi : interdit de vi, de vi armata, Lex Julia de vi privata, Lex Julia de vi publica etc.. Mais cette législation est antérieure de plusieurs siècles à la vindicta.

En réalité, les auteurs ne choisissent pas tantôt il représentent les vindicationes comme des manifestations de force, tantôt comme des actes de violence symbolique ou simulé. La confusion est encore plus grande pour la vindictio du vindex. On ne décide pas si la force ou la violence qu'il indique, c'est la sienne propre qu'il met au service du droit ou si c'est la violence de son adversaire qu'il dénonce comme contraire à la justice. Il importe de clarifier et d'unifier le problème.

§ II- Combat.

Opinion générale voyant dans la vindi-

La source de la confusion se trouve dans une conception du sacramentum in rem qui est lui aussi presque unanimement professé. Cette conception repose sur la for-

catio et la contravindicatio du sacramentum in rem le vestige d'un combat réel entre les parties.

me de la vindicatio et de la contravindicatio dans la legis actio sacramenti. Les auteurs voient dans cette forme la figuration d'un combat, combat symbolique ou combat simulé, mais résidu juridique d'un combat matériel. En effet, nous l'avons dit, vindicare c'est saisir la chose, objet de la vindicatio, d'une main, et de l'autre placer la festuca, la baguette sur le même objet, festuca qui, nous dit Gaius, représente la lance. Une fois que le premier revendiquant a fait sa vindicatio, le second répète les gestes identiques dans sa contravindicatio. Il est facile, il faut en convenir, de les considérer comme étant en position de bataille, sur le point d'engager un combat que seul peut rompre l'intervention impérative du préteur. Cette impression visuelle est encore corroborée aux yeux des auteurs par les termes techniques qui caractérisent l'action concertée des deux auteurs de la vindicatio.

La vindicatio doit être faite apud praetorem. Aulu Gelle nous raconte que lorsqu'il s'agissait de la vindicatio des fonds de terre, préteur et parties se transportaient sur les lieux, in loco praesenti, pour faire la vindicatio. Avec l'augmentation du territoire ce transport devint impossible, on le remplaça par une procédure dans laquelle les plaideurs, partant du tribunal du préteur, allaient prendre un fragment de terre et revenaient faire la vindicatio apud praetorem sur cette motte de terre in ea gleba. Cicéron nous décrit dans le pro Murena (12,26) le cérémonial où le véritable transport sur les lieux est remplacé par un simulacre commandé par le préteur: *Inite viam*, - allez; puis aussitôt, *redite viam* - revenez. Cicéron nous donne la formule par laquelle est engagée cette procédure: *Ego te manu conserutum voco*. Et l'autre répond: *Unde tu me ex jure manu conserutum vocasti unde ego te revoco*: Moi je t'appelle pour conserere avec la main. De là où tu m'appelles pour conserere avec la main en venant du tribunal; de là moi je t'appelle à mon tour. - Or, dans la langue classique, *conserere manus* (accusatif pluriel) signifie en venir aux mains. On trouve ce sens certain dans Plaute et l'expression s'est ensuite répandue (*Thesaurus linguae latinae*). De là l'idée des auteurs juridiques que le scénario de la vindicatio évoque l'idée de bataille; les termes qui la désignent ont encore mieux conservé la preuve qu'il s'agissait d'une bataille.

critique de
ette concep-
ion par
H. Lévy-
Bruhl.
interpréta-

M. Lévy-Bruhl s'est élevé avec juste raison contre cette interprétation, dans un article intitulé: "le simulacre de combat dans le sacramentum in rem" publié dans "Quelques problèmes du très ancien droit romain", p. 171. Je ne puis que confirmer ses doutes en re-

tion de con-
serere manus
et la défini-
tion d'Aulu-
Gelle.

prenant l'argumentation. Comme le fait remarquer Ernout "Dictionnaire étymologique", (V^e serere), conserere manus dans le sens d'engager la bataille est un sens dérivé. C'est par figure que l'expression est synonyme de bataille. Aulu-Gelle n'en comprend plus le sens. De son temps, elle est devenue obscure. Il interroge un jurisconsulte qui lui donne une explication qui est très différente d'une "bataille": Manum conserere, cum adversario manu prendere et in ea re, sollemnibus verbis vindicare. - Conserere la main, prendre avec la main quelque chose en même temps que l'adversaire et sur la chose faire la vindicatio à l'aide de paroles solennelles".

C'est une explication, ce n'est pas une traduction. Néanmoins, elle exprime ce fait incontestable que l'expression concerne bien l'acte de rem tenere rem apprehendere qui est, comme nous le savons, un rite essentiel de la vindicatio. Le verbe conserere est composé de serere précédé de la proposition cum qui donne à l'action du verbe le sens d'action faite ensemble, cum adversario serere a le sens de tisser, entrelacer, lier ensemble, enchaîner. On remarquera que dans conserere manus, le complément est à l'accusatif pluriel, entrelacer les mains. Au contraire, dans la formule de Cicéron, manu est à l'ablatif ou au datif, lier avec la main. Aulu Gelle cite l'expression sous cette forme conserere manum, ce qui voudrait dire mot à mot : lier la main et non pas les mains. Le fait qu'il ne la comprend plus n'est pas un argument en faveur de son exactitude à citer. Et l'explication qu'il en donne renforce cette impression, prendre manu, prendre avec la main. Donc, la citation de Cicéron conserere manu paraît plus exacte, d'autant plus qu'elle est confirmée par l'expression très voisine qui caractérise le même geste de l'adsertor dans le procès de liberté, rem manu adsero. Le verbe exprime une action qui est faite avec la main et non pas qui a la main pour objet. Mais à cause de l'obscurité du sens et par attraction de l'expression consacrée, conserere manus, elle a pu se corrompre en conserere manum.

La discussion de sens que fait Aulu Gelle a été amenée par une citation de vers d'Ennius rapprochant la consertio manus de la bataille avec des armes.

Non ex jure manum consertum sed magis ferro

Rem repetunt regnumque petunt, vadunt solida vi.

Ex jure manum consertum " est la citation textuelle de la formule, du moins sous sa forme corrompue : "ils réclament la chose, non pour enchaîner la main, en partant du tribunal, (c'est-à-dire par la lutte juridique) mais par le fer. Ils réclament l'autorité royale, ils avancent avec la force réelle". Aulu Gelle ou le juriscon-

sulte commente : "Ennuis significare volens, ait non ut ad praetorem solitum est agi legitimis actionibus, neque ex jure manum consortum sed bello ferroque et vera vi atque solida : quod videtur dixisse, conferens vim illam civilem et festucariam quae verbo deceretur non quae manu fieret cum vi bellica et cruenta. C'est à quoi Ennuis fait allusion quand il dit qu'on n'agit pas comme il est d'usage devant le préteur, par les actions de la loi ou pour lier la main en partant du tribunal, mais qu'on a recours à la guerre et aux armes et par la force ouverte et réelle. Il compare la force judiciaire, née de la baguette qui est dite par la parole avec celle qui est accomplie manuellement à l'aide de la force guerrière et sanglante".

argument en
faveur de la
traduction
de vis par
force. Impos-
sibilité d'ap-
pliquer à tou-
tes les vindic-
ationes l'hy-
pothèse de com-
bat simulé.

Les auteurs traduisent vis par violence et ils voient une confirmation de leur thèse dans cette opposition entre la violence judiciaire et la violence naturelle. En réalité, si on se débarrasse du préjugé des fausses interprétations, il est clair que vis doit être traduit par force et non par violence. Si la violence est la force matériellement employée pour traduire vis quae verbo diceretur, par violence qui est dite par le mot, il faudrait évidemment que les formules de la vindicatio contiennent des paroles de menace, des paroles de violence. Or, nous connaissons ces paroles, elles sont l'expression d'une calme affirmation de droit. Rien qui sente la menace. La violence c'est la vis quae manu fieret la force matériellement mise en oeuvre qui s'oppose à la force des paroles. La confusion est plus proche dans l'opposition que fait Festus sur le même sujet quand il définit la vindicatio ; "Quod potius dicitur vis quam fit inter eos qui contendunt". Néanmoins étant donné les paroles de la vindicatio, il ne me paraît pas douteux que la pensée de Festus est bien que la force est plutôt dite que réalisée entre les personnes qui sont en contestations, la force, non la violence.

Enfin il est une raison à mon avis décisive de repousser l'idée que la vindicatio et la contravindicatio sont la figure d'un ancien combat réel. Ce n'est pas seulement dans le sacramentum que la vindicatio est accomplie. Nous l'avons dit, l'acte de l'acquéreur dans l'in jure cessio, du vindex dans la manus injectio, de l'adsertor dans le procès de liberté, du manumissor dans l'affranchissement sont aussi des vindicationes. Or, dans l'in jure cessio et dans l'affranchissement, aucune contravindicatio n'est opposée à la vindicatio de l'acquéreur et du manumissor. Dans la manus injectio, l'effet de la vindicatio du vindex s'accomplit sans opposition possible, et il en est de même malgré l'apparence dans

la vindicatio in libertatem de l'adsertor. Sauf dans cette dernière, qui est d'ailleurs un des actes d'un sacramentum et dans laquelle on pourrait trouver la même figuration extérieure que dans un sacramentum ordinaire, il est impossible d'apercevoir dans toutes ces vindications un simulacre de combat, un acte simulé de violence qui ne serait arrêté que par l'intervention du prêteur. Une explication qui rend compte de l'une des vindications et qui laisse les autres de côté n'est pas, ne peut pas être une explication satisfaisante, car la vindicatio est une institution unique sous ses diverses applications. C'est le vice radical des études qui ont été faites jusqu'ici de n'avoir pas réuni dans un même examen les différentes manifestations de la vindicatio, et, par suite, de n'avoir pas réussi à en dégager les traits essentiels. Nous concluons donc, aussi bien de l'étude des mots que de l'étude des formes, que si l'on veut définir le caractère commun qui a permis de donner à toutes les vindicationes le même nom, on dira, conformément à l'étymologie, que les vindicationes sont des manifestations de force, d'une force qui contraint mais qui n'a pas à s'employer dans un acte de violence, même de violence simulée.

Trait commun expliquant la communauté de nom des vindicationes.

§ III- Justice privée.

Nous progresserons dans la voie que nous nous sommes tracée en examinant maintenant l'hypothèse constructive destinée à intégrer dans l'histoire des institutions les deux précédentes conjectures ; la première tirée du nom donné à l'action, vindicare, la seconde tirée des formes de la vindicatio. Cette hypothèse a reçu le nom de système de la justice privée. C'est Ihering qui, dans son livre fondamental : "L'esprit du Droit Romain (I, Tit. I, ch. I) l'a mise en forme. En allemand on dit la *Selbsthilfe*: le Secours de soi-même. Elle a eu un succès aussi universel que les deux premières; même encore dans les travaux les plus récents, elle est la base de toutes les études sur l'ancien droit.

Cette hypothèse est prise comme point de départ de l'explication du droit historique beaucoup plus qu'elle n'est justifiée ou étudiée en elle-même. Sa liaison est étroite, on le sent bien, avec la conception qui reconnaît dans le sacramentum les vestiges d'un combat. Elle emprunte à ce soutien son caractère équivoque.

L'hypothèse de la justice privée de Ihering et celle de l'origine gentilitice des sociétés.

Sa trop grande simplicité, je dirai même sa trop grande apparence d'évidence s'est imposée à tous, et elle a en quelque sorte arrêté net le développement des recherches sur l'origine de la justice dans le droit romain.

L'hypothèse implique deux affirmations, l'une positive et l'autre négative. L'hypothèse négative seule est en partie exacte, l'autre me paraît complètement erronée. En effet, les formes des actions de la loi, les noms qui les qualifient, dénotent qu'elles n'ont pas été primitivement créées pour mettre en mouvement l'arbitrage du chef de la cité faisant fonction de juge au sens moderne du mot, d'un arbitre qui examine les procès suivant des règles rationnelles et qui décide après cet examen. Les noms et les formes sont les témoins d'un état antérieur où la juridiction civile n'est pas encore organisée comme mode de protection du droit des citoyens. Cette juridiction civile y a été artificiellement introduite et souvent de telle façon que le raccord reste très apparent, et les éléments essentiels de la juridiction civile, je veux dire la détermination du véritable point de droit, la réunion et l'examen des preuves, le jugement direct de la cause, voilà ce qui est le plus étranger au cérémonial de l'action. Cette singularité apparaît à tous les moments de la procédure. Les paroles et les gestes sont déterminés avec un soin minutieux; les parties doivent les prononcer et les accomplir sans le moindre changement; mais après avoir affirmé leur droit, ils ne manifestent par aucun geste ou aucune parole qu'ils vont produire les titres de ces droits, qu'ils veulent être jugés sur ces affirmations. Et quant au magistrat, il donne des ordres, il coopère au rite, il ne se préoccupe ni de fixer le point de droit, ni de dire qu'il faut le juger. Mais les formes supposent la présence du magistrat. Ce qui n'est pas impliqué dans les formes, ce qui leur est extérieur ce n'est pas sa présence, c'est son rôle juridictionnel. Je ferai reproche à l'hypothèse de la justice privée, même dans son affirmation négative, de ne pas tenir compte de ce fait et de considérer l'intervention du magistrat comme un élément fortuit et accidentel qui est venu se superposer artificiellement à une action des parties. En réalité, l'établissement de la juridiction civile a modifié le rôle de tous, c'est elle qui les a constitués en juge et en parties; mais les formes impliquent qu'ils étaient déjà réunis, quoique dans un autre but que de juger et d'être jugés.

L'affirmation positive que comporte le système de la justice privée me paraît toute gratuite et arbitraire. Lorsqu'on parle de justice privée ou de Selbst-

hilfe, on sous-entend que dans l'état primitif du groupe social, la juridiction civile non encore créée était remplacée par la force matérielle, par le combat de celui qui invoquait un droit contre celui qui le contestait.

On écarte, il est vrai, comme trop simple, l'idée qu'il s'agissait d'un combat singulier où chacun ne pouvait compter que sur la force de ses mains, fussent-elles armées. Les théories régnantes admettent qu'avant de faire partie d'une cité fortement organisée, les hommes n'étaient pas isolés, mais formaient des groupes plus petits dont le type est la famille réunie autour du paterfamilias, la famille patriarcale. Cette famille est organisée, suivant une expression dont les belles études de Bonfante ont fait la fortune, comme un groupe souverain de droit public. Le pouvoir absolu du père est un organe de protection, de défense des membres du groupe. Ou plutôt, comme le groupe familial, stricto sensu, composé du père et de ses descendants, est un organisme trop faible pour pouvoir efficacement jouer ce rôle d'Etat souverain, le groupement de défense est celui de la gens, réunion de familles étant ou se prétendant être de même origine, qui ont entre elles ce lien réel ou fictif de descendre d'un auteur commun. La gens a la même structure que la famille et est un groupement de même ordre quoique plus étendu. Les difficultés qui peuvent naître des rapports entre gentiles sont réglées par l'autorité souveraine du paterfamilias, ou pater gentis. Ce sont les rapports entre les gentes représentés par leurs pères, qui sont, d'après l'opinion commune, l'origine du jus civile. Avant que l'autorité supérieure de l'Etat ne se soit imposée pour les régler et les ordonner, le jus civile aurait trouvé sa source comme le droit public moderne, dans les traités entre gentes et dans les guerres privées. L'hypothèse gentilice de l'origine des sociétés utilise donc la conception qui voit dans le sacramentum une figuration de combat, seulement elle la transforme et l'élève et voit l'origine de la justice dans les guerres privées opposant des groupes, dans des guerres entre gentes. Perozzi (Istit. di diritto romano, Liv. 5, ch. I, § 123) établit sur cette hypothèse son système sur l'origine de l'obligation.

Assurément je serai le dernier à vouloir méconnaître l'importance et l'intérêt de cette hypothèse gentilice. Les traces qui subsistent de la gens dans la société romaine historique sont les témoins incontestables d'un passé où la gens a joué un rôle beaucoup plus important, et l'hypothèse gentilice nous permet de mieux comprendre et de mieux situer la structure si é-

tonnante de la famille souveraine, de la famille patriarcale. Mais je souscrirai aux réserves de ceux des auteurs qui font remarquer que cette hypothèse a, dans le développement qu'on lui a donné, des bases peu sûres, et qu'elle est plutôt une construction logique des juristes qu'une véritable donnée historique. Il n'y a pas un seul exemple historique pour Rome et l'Italie d'un groupe de gentes fonctionnant en toute souveraineté dans une société où l'autorité de l'Etat est nulle. L'archéologie ne nous apporte non plus aucun témoignage positif, car les collines de Rome nous conservent l'habitat des groupes primitifs dont la fusion a créé la grande Rome et l'Italie conserve aussi de nombreux exemples de ces habitats dont les fouilles nous ont fait connaître le secret; or, on ne peut dire d'aucun de ces antiques témoignages de la vie humaine, qu'il représente l'habitat d'une gens indépendante et isolée. L'hypothèse gentilice ne serait-elle pas un postulat juridique plutôt qu'une institution historique, une construction idéale dépassant les prémices historiques sur lesquelles elle est fondée.

C'est bien en tout cas ce qui s'est produit pour l'hypothèse du combat fournie par le sacramentum. Pour en arriver à l'idée de guerres privées, de batailles entre gentes pour la réalisation du droit, il faut négliger le point de départ plus modeste que peut donner le sacramentum, car, s'il est la figure d'un combat, c'est seulement la figure d'un combat individuel; on ne peut y voir autre chose qu'une lutte de deux hommes se disputant, les armes à la main, la possession d'un objet. Supposer que les témoins de la rixe ont été en un temps ignoré des compagnons d'armes, supposer que ces témoins ont été en même temps des parents liés entre eux par le lien de solidarité gentilice, échafauder ensuite sur ces suppositions l'hypothèse d'une guerre de groupe, c'est superposer une série d'hypothèses gratuites sur une première qui d'ailleurs est tout aussi gratuite.

V - Manifestation rituelle, acte religieux.

Nous ne nous attarderons pas davantage à la réfutation directe des idées régnantes. Il est plus important de les remplacer par une autre hypothèse rendant mieux compte des faits et les éclairant d'une lumière allant plus profondément. Cette hypothèse est le soutien de toute cette étude; c'est elle qui justifie son titre général: Du droit sacré au droit civil, c'est donc elle qui sera présente à tous les détours de nos développements qui les soutiendra et les éclairera.

Nous marquerons à tout moment le degré relatif de certitude que l'étude des faits pourra lui conférer. Aussi me contenterai-je de n'en indiquer ici que les lignes générales.

Les vindications, manifestations de la force rituelle mise au service du droit.

Nous avons dit que les vindicationes dans leur sens primitif étaient des manifestations de force. Assurément ces manifestations de force ont pour but d'exercer une contrainte. Dans le mot vis est incluse cette notion de contrainte; mais celle-ci n'est pas et à mon avis n'a jamais été obtenue par un acte de violence matérielle, par un combat. On m'accordera, je pense, facilement que cette manifestation est un acte rituel. C'est ce que tout le monde est d'accord pour reconnaître, en d'autres termes, quand on dit que la vindictio comme d'ailleurs la généralité des actes du vieux droit romain est un acte formaliste. La vindictio est une cérémonie, un rite, un ensemble de verba solemnis et de gestes réglés d'avance, qu'on doit exécuter trait pour trait et dont on ne doit pas s'écarter fut-ce le moins du monde, sous peine de voir l'acte tout entier annulé; l'efficacité de l'acte dépend de l'accomplissement **exact** du rite.

Les actes rituels étaient donc dans le domaine du droit ce qu'ils sont toujours restés dans le domaine de la religion. On ne saurait s'exagérer l'importance du rite. Ces règles ne sont pas, comme le prétend l'opinion commune, l'expression d'un médiocre mimétisme, de la préoccupation de conserver dans l'acte juridique le souvenir et comme la figure d'un acte matériel dépassé. C'est ainsi que je ferai grief aux auteurs juridiques de s'être laissés abuser par l'étymologie, de l'avoir prise avec une certaine mesquinerie au pied de la lettre. L'étymologie les a empêchés de reconnaître que l'acte rituel a des racines beaucoup plus profondes dans les croyances religieuses des Romains, et que sa signification n'a jamais été que spirituelle. Le rite a eu véritablement dans tous ces actes un effet créateur c'est lui qui réalise le droit. Il faut donner à cette proposition son sens le plus rigoureux. L'effet créateur du rite, nous le ferons apparaître dans les paroles littéralement interprétées de la vindictio. Et cette première preuve sera renforcée par l'examen de toutes les institutions similaires du vieux droit quiritaire. Avec une brutale mais ingénieuse simplicité, le droit, le pouvoir se fonde sur la mainmise et est réalisé par cette main mise opérée régulièrement suivant les rites. En définitive, ces procédures primitives ont été des manifestations de force. Mais la force qu'elles invoquent n'est à aucun degré une force matérielle, une force phy-

sique; c'est une force rituelle. Elles mettent la force des rites au service du droit.

conciliation
de cette ex-
plication
avec les hypo-
thèses étymo-
logiques.

Cette mise au point nous permet d'apprécier la valeur relative de l'hypothèse étymologique qui a servi de point de départ à ces développements. Elle nous a été utile comme base de discussion, comme élément destiné à clarifier le problème. Mais à supposer qu'en soi elle fut fautive, nos conclusions ne seraient pas atteintes, leur portée ne serait pas changée. Même si dans les composées de *vim* et de *dicere*, le premier terme du composé n'était pas tiré de *vis* ou de *vim*, il n'en resterait pas moins que les actes ainsi qualifiés sont des manifestations rituelles, qu'ils invoquent la force des rites et qu'ils servent à réaliser son but. En un sens analogue, les actes qualifiés par les composés de *jus* et de *dicere* invoquent la force légale et tendent à la réaliser quelle que soit l'étymologie de *jus*. Nous pourrions tout aussi bien accepter l'une ou l'autre des étymologies proposées par des philologues sans que notre point de vue en soit modifié, sauf à en changer l'expression à un détail près. Nous éviterions de parler de la *vis dicta*, mais nous invoquerions toujours la force du rite *quae verbo diceretur*, quelle que soit l'étymologie du nom qui la qualifie.

Après l'étude de la *vindicatio*, celle de la *manus injectio*, puis du *sacramentum* nous permettra de suivre le développement de ces manifestations de force rituelle. L'examen des diverses personnes qui y coopèrent, l'auteur de l'acte rituel, ceux qui y collaborent par leur autorité : *vindex*, *adsertor*, *auctor*, prêtre permettra d'en mesurer l'efficacité. Nous verrons comment l'acte est accompli par l'intéressé lui-même, ou les intéressés, dont l'action suivant les rites est le fond essentiel. Mais cette action à elle seule ne suffit pas à créer le droit; elle doit être complétée par une autre personne, le *vindex* ou l'*adsertor* dont l'action est admise comme supérieure en efficacité à la première. Cette action est, elle aussi, une manifestation rituelle qui s'oppose victorieusement à l'autre. S'il n'y a pas d'opposition, l'*addictio* du magistrat confirme l'action de l'intéressé et lui donne son efficacité. Celle de l'*auctor* paraît encore supérieure en un certain sens, car celui des deux adversaires à qui l'*auctor* vient apporter son *auctoritas* triomphe; son intervention fait pencher la balance en sa faveur et c'est cette action confirmée par l'*auctoritas* dont l'efficacité l'emporte. Ainsi par un juste équilibre d'actes rituels qui s'opposent ou qui se complètent, la force du rite atteint sa pleine efficacité et nous voyons

Le fondement
religieux de
la force du
rite.

comment par elle se crée le droit.

Mais, pour aller jusqu'au fond du problème, il faudra ensuite découvrir le fondement de cette force du rite. Sur quelle base établit-elle son efficacité? Les développements généraux que nous avons tirés de l'histoire des XII Tables et de leur importance dans la formation du jus civile, la comparaison que nous avons faite entre le jus et le fas, le sens primitif de ces mots indiquent la réponse que nous donnerons à cette question. Avec une très grande certitude, nous affirmerons que l'acte rituel tire sa force de ce qu'il était à l'origine un acte de la religion. Nos procédures ont été dans leur premier état des actes du droit sacré. Ils sont fondés sur la croyance que les dieux assistent les hommes, qu'ils interviennent dans leurs affaires publiques et privées; il est en toutes choses d'une importance suprême d'obéir à la volonté divine. La garantie la plus sûre que l'on puisse avoir de la légitimité de son action, c'est qu'elle est conforme à cette volonté. La parole, le verbe est déjà en soi quelque chose de divin; et les rites de paroles et de gestes, ces cérémonies sacrées ont été créés pour dégager cette volonté divine et la faire apparaître: le rite crée le droit. Car il s'agit bien, et littéralement de dicere jus, c'est-à-dire étymologiquement, de dire la volonté divine.

Nous nous attacherons à chaque étape de cette étude à faire ressortir les très nombreux indices qui, même après la laïcisation du droit, continuent à dénoncer dans le jus civile la liaison primitive avec la religion. Ces indices nous permettront, quand nous serons arrivés à la dernière étape de cette étude, au sacramentum, non seulement d'affirmer avec une plus grande certitude la nature religieuse primitive de cet acte, nature qui d'ailleurs est reconnue par tous les auteurs, mais de déterminer par une conjecture vraisemblable le mode même de l'intervention des dieux. Le sacramentum est un appel aux dieux, une sorte de mise en demeure qui leur est adressée d'avoir à déclarer leur volonté, à dire le droit. Mais c'était, semble-t-il, l'ultimum subsidium, le moyen désespéré, quand aucune solution tirée du jus subtil des rites n'était plus possible.

Si nous pouvons établir le bien fondé de toutes ces analyses, on reconnaîtra que le nom de justice privée ou de Selbsthilfe donné au système par l'opinion commune en méconnaît le véritable caractère. Ce n'est pas en lui-même que celui qui invoque la force place la justification de son invocation, les manifestations rituelles nous paraissent être l'expres-

sion d'une aspiration autrement plus efficace vers un ordre régulier et stable. Somme toute, n'y a-t-il pas quelque chose de dérisoire, à vouloir fonder cet ordre sur la force matérielle privée; le cerveau le plus primitif est à même d'en constater les perpétuelles défaillances. S'élever jusqu'à l'idée de règle implique un effort de sortir de soi-même. A défaut d'une organisation sociale ayant humainement et rationnellement conscience de son devoir, les forces mystérieuses, les forces divines qui agissent incessamment sur les hommes, offrent leur secours pour établir la justice à ceux qui croient profondément à leur efficacité! Et le rite permet de les atteindre.

Chapitre V

VINDICTA.

Il est des textes légaux qui, à force de servir, non seulement se dépouillent de leur signification primitive, mais qui même en arrivent, sans que l'on s'en aperçoive, à perdre tout sens réel. Ils sont comme ces médailles devenues frustes par un long usage et dont les contours effacés permettent à l'imagination des hommes d'y reconnaître tout ce qu'ils désirent, tout sauf les traits primitifs qu'avait frappés la main créatrice.

Nous trouvons un remarquable exemple de cette dégradation du temps dans la legis actio per sacramentum in rem. Conservées intactes par la rigueur du formalisme, les paroles de sa formule ont exprimé pendant des siècles un droit qui se transformait d'âge en âge. Parce qu'on les répétait de façon mécanique et irréfléchie, on ne s'inquiétait pas du désaccord entre la lettre et l'esprit nouveau. Et les commentateurs modernes en les découvrant avec Gaius ont prétendu y trouver l'expression du droit romain qui leur était familier, du droit historique et classique. L'entreprise était désespérée et la formule ne pouvait se plier à une interprétation qui de toute part la violentait. Ce malentendu initial fut fécond en résultats fâcheux. On se contenta de conciliations verbales qui d'ailleurs ne satisfaisaient le plus souvent que leur inventeur; on admit des faux sens patents que le moindre examen aurait dû déceler s'il avait été fait sans parti-pris. On

s'efforça surtout de diluer un sens qui dans sa précision aurait par trop choqué les conceptions régnantes.

Nous allons tenter la restauration de ces *solemnia verba* pour ainsi dire à fleur de coin. En les acceptant tels qu'ils nous ont été transmis, nous chercherons à les débarrasser du fardeau des interprétations, à les nettoyer de la crasse que des siècles d'usage et de gloses ont amassée sur eux et nous tenterons de les faire reparaître dans leur intégrité avec toute leur valeur primitive. Il est un chemin, un seul, qui nous paraît s'ouvrir avec quelque chance de succès pour nous conduire à cette entreprise; les paroles de la *legis actio* doivent être interprétées dans leur sens le plus littéral. Si le rigoureux mot à mot, la traduction $\chi\alpha\tau\alpha/\pi\acute{o}\varsigma\alpha\iota$, nous paraît donner un sens précis, c'est à ce sens avant tout qu'il faudra s'attacher même s'il est déconcertant, s'il heurte les idées reçues. Car, au moins pour l'époque lointaine de l'invention du cérémonial, il est le roc solide, c'est-à-dire le fait qui doit l'emporter sur toute théorie.

Voici le passage de Gaius (IV, 16) qui donne la formule que nous devons commenter: Qui vindicabat festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem et ita dicebat: "HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI" Et simul homini festucam imponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, praetor dicebat: "MITTITE AMBO HOMINEM": illi mittebant: qui prior vindicaverat ita alterum interrogabat: "POSTULO ANNE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS" ille respondebat: "JUS FECI SICUT VINDICTAM IMPOSUI".

Voici maintenant la traduction que je prétends justifier dans les développements qui vont suivre: "Celui qui faisait la vindictio tenait la baguette. Ensuite, il saisissait la chose, par exemple l'esclave et parlait ainsi: "Moi je dis que cet homme est mien d'après le droit des Quirites. Suivant sa cause, comme je l'ai dit, voici que je t'ai imposé la vindicta". Et en même temps il plaçait la baguette sur l'esclave. L'adversaire disait et faisait les mêmes choses. Lorsque l'un et l'autre avaient eu fait la vindictio, le préteur disait: "Libérez tous les deux cet homme". Ceux-ci le lâchaient. Celui qui avait revendiqué interrogeait ainsi l'autre "Je demande que tu dises, en vertu de quelle cause tu as fait la vindictio". L'autre répondait: "J'ai fait le droit comme j'ai imposé la vindicta".

Nous réservons pour plus tard l'explication de

la première partie de la formule: HUNC EGO HOMINEM MEUM ESSE AIO EX JURE QUIRITIVM". Nous examinerons présentement la fin de la vindictio depuis SECUNDUM SUAM CAUSAM.

I- ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI.

Les deux mots-clés de cette formule, dont l'exacte compréhension retentit sur tout l'ensemble sont vindicta et causa. Ils sont répétés chacun d'eux deux fois. Ils ont été l'objet l'un et l'autre d'une égale incompréhension. Vindicta, a été la victime d'une méprise universelle. L'opinion de tous les auteurs, si certaine qu'elle n'est discutée par personne, est que le sens de vindicta est le même que celui de festuca. L'un et l'autre mot désignent purement et simplement la baguette que tient en main l'auteur de la vindictio. Ce sont deux termes synonymes.

Cette matérialisation de la vindicta est la source de contre-sens patents. Elle obscurcit si bien la signification littérale de toute la formule qu'elle fait tomber l'interprétation dans l'insolubles contradictions. En effet, si vindicta signifiait baguette, le plaideur dirait: "Voici que j'ai mis sur toi la baguette". Ce tibi s'adresse incontestablement à l'adversaire; c'est un point non douteux que personne ne nie. Il ne peut désigner l'esclave, objet de la revendication. L'esclave, dans la formule de Gaius est pris à titre d'exemple d'une res "rem adprehendebat veluti hominem". Il serait absurde de supposer qu'on s'adresse in jure à une res. Et la suite de la formule montre qu'elle est un dialogue entre les deux adversaires. Et cependant nous voyons que Gaius explique aussitôt: "Et simul hominem festucam imponebat". - Et en même temps, il plaçait la baguette sur l'esclave. Il est impossible de prêter à Gaius une inconséquence plus flagrante.

Ce n'est pas tout. Les verbes de la formule sont au passé: "dixi, imposui - j'ai dit, j'ai imposé". Cela indique avec évidence que l'action est déjà accomplie, qu'elle appartient au passé, si peu que ce soit. Mais pourtant Gaius nous explique qu'elle est concomitante. "Et simul, et en même temps". Si "imponere vindictam" ne signifiait que l'acte matériel d'imposer la baguette, comment le plaideur pourrait-il affirmer que l'acte est déjà du passé au moment même où il l'accomplit.

Enfin, dernière inconséquence. "Comme je l'ai dit, j'ai placé sur toi la baguette", dirait

le plaideur. Mais il est clair qu'il n'a rien dit de semblable. Il vient de prononcer la formule vindicatoire: pas un mot de la baguette.

On voit la cascade de contre-sens et d'absurdités que déverse sur nous le sens matériel de vindicta - baguette, absurdités que nous attribuons à Gaius. Y sommes-nous contraints par des témoignages irréfutables. Voyons les preuves, il y a longtemps qu'elles sont réunies. Le plus ancien témoignage est celui de Boèce dans son Commentaire des Topiques de Cicéron (2,10) "Vindicta vero est virgula quaedam quam licitor manumittendi servi capiti imponens, eundem servum in libertatem vindicabat, dicens quaedam verba solemnia.- la vindicta est cette petite baguette que le liciteur plaçait sur la tête de l'esclave à affranchir en faisant la vindictatio pour la liberté du même esclave, et en disant des paroles solennelles". Des témoignages sensiblement analogues résultent de trois autres textes: une glose nomique en grec, un commentateur d'Horace, le Pseudo Aaron et un commentateur de Perse, Cornutus, qui disent également que la vindicta est cette baguette avec laquelle le liciteur frappait l'esclave à affranchir. Ces témoignages ont été recueillis très tôt par la littérature juridique de l'Occident, puisqu'ils figurent dans la Glose d'Accurse. Ils ont été acceptés par tous les auteurs et la vindicta dans le sens de baguette, était en quelque sorte en possession d'état, lorsque le Manuscrit de Véronne contenant les Institutes de Gaius a été découvert au début du XIX^e siècle. On l'a appliqué sans objection, je dirai même sans réflexion, à la vindicta du sacramentum qui apparaissait pour la première fois avec les Institutes de Gaius.

On remarquera tout d'abord le caractère tardif de ces témoignages. Le plus ancien, celui de Boèce, est de la deuxième moitié du V^e siècle ap. J.C.- Les Gloses nomiques sont un ouvrage juridique soit de l'époque de Justinien, soit plutôt de celle des Basiliques, IX^e siècle. Les commentateurs des poètes sont encore plus modernes. Ils remontent au moyen-âge, au temps de Charles le Chauve et même à la Renaissance. Tout cela est de très peu d'autorité pour fixer le sens primitif d'un mot dans l'une des plus anciennes formules du droit romain.

En outre, tous les témoignages se réfèrent à l'affranchissement par vindicte, aucun au sacramentum. Nous avons dit comment le formalisme de cet acte s'est peu à peu dégradé jusqu'à se matérialiser dans le geste du liciteur. On conçoit comment dans

son dernier état, l'imponere vindictam a pu se concrétiser dans l'imponere festucam et vindicta devenir le synonyme de festuca. Mais, dans les nombreux textes des juriconsultes classiques qui parlent d'imponere vindictam, on ne peut pas prétendre que vindicta désigne seulement la baguette et non pas tout l'acte, gestes et paroles. La confusion paraît plus tardive.

En définitive, les autorités qui nous contraindraient à cette assimilation sont de fausses autorités dont nous devons nous libérer. Nous trouverons alors dans l'étymologie le moyen de déterminer un sens beaucoup plus satisfaisant. Vindicta fait partie, avons-nous dit, du groupe des mots de même formation: vindicare, vindicta, vindiciae, vindex, vindicare, vindictio. En soi, vindicta est le participe passé de vindicare, pris substantivement. En sa qualité de participe passé, il indique que l'action du verbe est accomplie. Plus précisément, il signifie que l'état, résultat de l'action exprimée par le verbe est atteint. Nous dirons qu'il désigne ce qui a été fait, l'actum, le factum, ce qui est acquis. Ainsi, en reprenant les paroles de Gaius, nous voyons que l'actor a fait la vindictio. Il a prononcé les mots qui affirment son droit et en même temps, il a placé la festuca sur l'objet de son droit. Et il termine sa vindictio par la proclamation de ce qu'il a accompli, par la parole et par le geste. Il a imposé à son adversaire la vis dicta: la force manifestée, la force rituelle. Tous les verbes de la formule sont au passé, sauf celui qui affirme le droit, parce que l'action est achevée, le résultat acquis quand il le proclame. Nous avons affaire à une formule de mainmise rituelle sur un objet. La mainmise est réalisée, l'objet est sous la pouvoir du déclarant et ce pouvoir est imposé à l'adversaire: "Ecce tibi vindicam imposui".

Nous prenons dans la formule le verbe imponere au sens figuré d'imposer un pouvoir. Le verbe est immédiatement repris par Gaius au sens propre dans le sens matériel de placer une baguette sur un objet. On ne voit pourtant aucune incorrection dans cette reprise du même verbe, une fois au sens figuré, une seconde fois au sens propre. Elle peut, au contraire, passer pour une élégance de style. Il n'en serait pas de même, bien entendu, si le verbe n'était pas répété. L'incorrection serait flagrante si l'on disait: "J'ai imposé mon pouvoir et ma canne". Mais ce n'est pas le texte.

II - SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI.

Après vindicta, le mot causa joue un rôle essentiel dans la compréhension de la formule. Il y est répété deux fois comme vindicta, une première fois dans la formule vindicatoire, une deuxième fois dans le dialogue qui suit l'intervention du préteur. Cette répétition à si peu d'intervalle nous impose une règle d'interprétation. Quelle que soit la signification à laquelle nous nous arrêterons, elle n'a de chance d'être exacte que si elle est la même dans l'un et l'autre cas.

Le sort de ces deux mots fut différent. Si les auteurs ont tous accepté sans critique la même interprétation de vindicta, ils ont au contraire discuté causa sans s'entendre. Le résultat n'a pas été plus heureux pour l'un que pour l'autre. L'explication s'est révélée à ce point délicate et incertaine que les derniers auteurs en ont désespéré, Girard, Bonfante, Bertolini se sont contentés de dire que l'interprétation en est difficile et très discutée.

La solution du problème est avant tout une question de ponctuation. Le manuscrit de Vérone étant écrit en onciale ne comporte aucune ponctuation. Les premiers éditeurs de Gaius avaient jugé arbitrairement qu'un point devait être mis après sicut dixi. Ils partageaient donc la formule en deux phrases inégales. La première affirmait: "Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi"; la deuxième disait: "Ecce tibi vindictam imposui". Cette ponctuation fut admise sans examen et servit de base aux discussions. Au milieu de la divergence des interprétations, elle provoqua une opinion moyenne professée par la majorité des auteurs. Elle donna au mot causa le sens juridique de cause d'acquisition, plus précisément de titre de propriété. Pour expliquer le sicut dixi final, on supposa alors qu'avant de prononcer les verba solemnia de l'action de la loi, le revendiquant produisait ses titres devant le magistrat, oralement, sans formes. On voit aisément la raison qui a fait le succès de cette explication malgré son arbitraire. Si l'on envisage l'action au point de vue classique de la revendication de la propriété, elle doit de toute nécessité contenir ce qui est le point essentiel de cette revendication, la production des titres de propriété. Cette interprétation

avait l'avantage de l'y faire entrer de force.

Huschke, en 1867, montra ce qu'il y a d'artificiel et d'in vraisemblable dans cette conception. Il est impossible qu'un acte formaliste fasse allusion à des pourparlers sans formes qui l'ont précédé et que ce soient ces pourparlers qui conditionnent de façon expresse le droit. Il modifie la ponctuation et met le point après *secundum suam causam*; la seconde phrase aurait commencé par *sicut dixi*. Ces raisons parurent bonnes. Tous les interprètes et tous les éditeurs sauf quelques résistances sans lendemain, adoptèrent cette nouvelle ponctuation.

Et cependant, elle n'avait apporté aucune amélioration réelle au sens de *causa*. Huschke continue lui-même à professer que *causa* a le sens de titre de propriété. Cependant sa correction déplace l'opinion commune et donne un renouveau de vigueur à une interprétation ancienne s'opposant à la première. *Causa* signifierait condition juridique de l'objet à revendiquer. Le revendiquant affirmerait que l'homme est sien suivant sa condition juridique d'esclave, de fils de famille, ou d'homme libre acquis *in mancipio*. Il faudrait spécifier. *Secundum suam causam* seraient dans la formule comme des mots d'attente à remplacer par la spécification nécessaire dans chaque cas. Bachmann, *Studie in Gebiete der legis actio sacramenti* qui est le principal représentant de cette interprétation, pense en trouver une confirmation dans un texte d'Ulpien que nous avons cité et qui dit que le fils de famille ne peut être revendiqué dans la *legis actio qu'adjecta causa*, c'est-à-dire sa condition ayant été indiquée (Dig. VI, I, I, 2).

En examinant les diverses formules des vindicationes, nous avons implicitement réfuté à l'avance cette interprétation. Ce qui est variable suivant les formules, ce n'est pas *secundum suam causam* c'est toute la première partie. Nous avons dit que pour la revendication d'une res, d'un esclave et d'une personne *in mancipio*, la formule de la mancipation que nous donne Gaius (I, II9) nous prouve qu'un "meum esse" a paru suffisant. C'est justement dans le cas d'une mancipation d'une personne libre qui doit tomber *in manu*, que Gaius utilise cette simple formule. Pour le fils de famille revendiqué, Ulpien dit bien, en effet, que sa condition, sa *causa*, doit être ajoutée, mais il dit aussi comment elle doit l'être : "*filium meum esse*", ou "*in potestas mea*".

esse". Ce n'est donc pas sous la forme *secundum suam causam*. Pour les autres vindicationes, la formule est encore plus modifiée, nous l'avons dit.

Non seulement cette addition "*secundum suam causam*" est inutile, mais encore elle est impossible. Si l'on estime que *causa* dans la formule est pierre d'attente, un modèle à remplacer dans chaque cas concret par la désignation précise de la condition de l'objet, a-t-on remarqué l'impossibilité dans presque tous les cas de procéder à cette substitution ? Elle serait à la rigueur possible pour l'esclave. Pour lui, "*le manu esse*" pourrait être qualifié d'une façon d'ailleurs fort maladroite et très invraisemblable "*secundum suam servitutem*". Mais la condition du fils de famille, la condition de l'homme libre in *manipio*, la condition de la res n'ont pas de terme qui les désigne par rapport au fils, à l'homme libre, à la res.

La potestas, le *manipium*, le *dominium* caractérisent le droit du maître seulement et non la condition proprement dite de l'esclave. Cette carence serait inimaginable si la procédure avait exigé que la condition fût rigoureusement qualifiée en fonction de celui qui y est soumis. La nécessité aurait fait créer le mot.

Mais il y a mieux à faire qu'à discuter cette interprétation, il faut la remplacer par une meilleure. Reprenons pour la troisième fois la discussion de la ponctuation. On peut s'étonner qu'aucun auteur ou aucun éditeur n'ait fait la remarque que mettre un point après "*secundum suam causam*" était tout aussi arbitraire que le mettre après "*sicut dixi*". Sans doute le manuscrit de Vérone ne fournit aucune lumière, son antiquité, comme nous l'avons dit, le prive de tout signe de ponctuation. Mais par une fortune singulière, les paroles que nous étudions nous sont données par une autre source. Nous lisons dans les *Notae* de Valerius Probus (Textes de Girard p. 216) : S.S.C.S.D.E.T.V. *Secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindicta*. Voilà une autorité qui peut nous aider à trouver une solution nouvelle.

Diviser en deux ce fragment, en quelque endroit qu'on mette le point, c'est supposer que Valerius Probus réunit dans une même explication deux phrases ou deux membres de phrases séparés : c'est supposer qu'il explique d'un seul trait deux règles différentes quoique voisines. Or, ce serait un exemple unique. Sans aucune exception, toutes ces *notae*, longues ou courtes, en phrases complètes

tes ou incomplètes, ne présentent que des suites d'un sens continu sans cette coupure que nécessiterait le passage d'une idée à une autre. Pourquoi aurait-il agi ici, et ici seulement d'une autre façon ? L'autorité de Valerius Probus nous invite donc à prendre tout le fragment pour une phrase unique. Nous divisons en deux parties égales la formule vindicatoire de la façon suivante : "HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITUM NECUM ESSE AIO" Voilà la première partie; puis : "SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI". Il ne s'agit plus de la cause de l'homme, mais de la causa vindicta.

Assurément l'ancien faux sens de vindicta - festuca, interdisait toute coupure de ce genre. Cela suffit à expliquer pourquoi, malgré Valerius Probus, aucun auteur de bon sens n'a pu s'y arrêter. Car, est-il concevable qu'une baguette ait une causa ? Mais si les hypothèses que nous avons émises, l'explication qu'elles nous permettent de donner de la vindicta, renferment quelque part de vérité, cette coupure projetée, on en conviendra, une vive lumière simple et satisfaisante sur le sens littéral de la formule vindicatoire. Celle-ci se divise en deux parties égales parfaitement équilibrées. Dans la première partie, les paroles définissent le but de la manifestation rituelle. Nous avons dit que les vindicationes ont eu dès leur origine un domaine divers et étendu. Elles enchaînent ou elles délient. La prétention qu'elles affirment diffère pour chacune suivant son objet. La diversité de paroles dans chaque cas concret délimite le droit qui est réalisé. La seconde partie proclame le résultat de la manifestation de force rituelle, c'est la vindicta, la mainmise, la force rituelle réalisées. Mais ce résultat est étroitement conditionné par l'affirmation contenue dans la première partie. La force rituelle n'est pas une force matérielle brutale et sans autre mesure qu'elle-même, c'est déjà une force juridique qui limite son but. Elle est imposée selon sa cause, secundum suam causam. Et cette causa, les paroles l'affirment expressément de la façon la plus nette, elle est comme on vient de le dire. Sicut dixi en incise entre deux propositions se rapporte aussi bien à la première qu'à la seconde. La cause est sicut dixi, mais la vindicatio est aussi sicut dixi, il en résulte que la causa de la vindicta c'est la vindicatio elle-même, dans les termes où elle a été prononcée.

Ainsi nous aboutissons à un sens simple et clair, du moins si l'on s'attache au mot à mot et si

prévisoirement on ne cherche pas à aller plus loin. La liaison de causa avec homo, comme on l'a faite jusqu'ici n'a amené que confusion et incertitude. Causa, Valerius Probus nous le garantit, doit être rattaché à vindicta. Le mot a alors le sens normal et habituel de cause juridique. Il désigne la justification, le fondement du résultat qui vient d'être atteint.

Ce fondement, on le voit, n'est pas un événement du passé, un titre d'acquisition. L'évocation de ce titre, qui ne trouve pas de place dans la formule, me paraît aussi étrangère que possible à l'esprit primitif de cette formule. Cet esprit est aiguillé sur le présent, rien que sur le présent. Causa ne désigne pas davantage la condition juridique de l'objet. Cette analyse abstraite de la res dénote une science juridique plus délicate que celle qui a présidé à la création de la formule. Causa exprime beaucoup plus simplement la relation immédiate et dans le présent entre la vindicatio et la vindicta, et même plus spécialement entre la vindicta et les paroles de la vindicatio. L'établissement de cette relation porte la trace de la préoccupation qui paraît générale dans le système ancien d'attirer l'attention, de mettre sur les paroles, "sicut dixi", "uti lingua nunquidpassit". En somme, nous trouvons dans la deuxième partie de la formule vindicatoire la proclamation de l'efficacité du rite qui vient d'être employé. La cause du droit réalisée, c'est le rite.

III - JUS FECI SICUT VINDICTAM IMPOSUI.

Les résultats que nous avons atteints nous permettront d'éclairer en suivant la même méthode la continuation de l'action de la loi jusqu'au sacramentum. Cette suite apparaît dans les explications traditionnelles encore plus dénuées de sens que la deuxième partie de la formule vindicatoire.

Reprenons notre guide, Gaius. L'adversaire nous dit-il, faisait les mêmes choses que le premier qui avait accompli la vindicatio. Par les paroles et par les gestes, il faisait une vindicatio identique. Ainsi, dans la legis actio sacramenti in rem et dans cette actio seulement, à la vindicatio du premier s'opposait une contravindicatio rigoureusement semblable. Il n'y a pas plus de raison, étant donné cette identité, pour que la vindicatio imposée par le second au premier n'ait pas eu la même efficacité que la vindicta imposée par

le premier au second. Nous aboutissons alors à la plus nette des contradictions que la force rituelle invoquée par les intéressés est impuissante à résoudre.

Dans le système de la juridiction civile, tel que nous le livre le texte de Gaius, cette situation impossible est tranchée par le préteur agissant par voie d'autorité. Son ordre: *MITTITE AMBO HOMINEM.* - Libérez tous les deux l'homme, est obéi: les mains et les baguettes se lèvent. Il n'y a plus de mainmise; les deux vindictes tombent à la fois. Les manifestations rituelles sont brisées et avec elles leur efficacité disparaît.

La suite de l'action de la loi paraît être la transposition qui a été imaginée pour conduire au sacramentum dans l'ordre nouveau qu'a créé la juridiction civile. Voici le dialogue qu'il nous reste à analyser: *POSTULO AN NE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS. JUS FECI SICUT VINDICTAM IMPOSUI.* Il faut pour être complet ajouter le début de la provocation au sacramentum qui est en étroite liaison avec la demande et la réponse: "*QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI*".

Nous retrouvons ici les deux mots décisifs qui déterminent le sens de la phrase dans la formule vindicatoire; *vindicta* et *causa*. Il ne viendrait à l'idée de personne de contester que *vindicata* doit avoir exactement la même sens aux deux endroits. On a oublié ce principe d'interprétations quand il s'agit de *causa*. Même ceux qui, en fait, lui prêtent une signification identique dans les deux cas, n'ont pas songé à invoquer le principe et les autres le laissent délibérément de côté. Il me paraît pourtant aussi impérieux pour l'un des mots que pour l'autre.

Le second *causa* a été, semble-t-il moins discuté que le premier, et cependant son interprétation n'est ni moins difficile, ni moins incertaine. A vrai dire si un accord paraît s'être établi dans la littérature à son sujet, c'est bien plutôt par lassitude que par conviction. On a, semble-t-il, désespéré d'assigner un but vraiment utile à cette partie de la formule; on ne lui découvre aucune signification de quelque importance. La méprise sur *vindicta* continue à exercer ses ravages.

On attribue généralement aujourd'hui au second *causa* le sens de cause, d'acquisition, de titre de propriété sans prendre garde qu'il n'est ici que la persistance peu logique d'une opinion qu'on a soi-même abandonnée un peu plus haut. La question est interprétée comme une sommation adressée par le premier revendiquant au second, d'avoir à produire les titres sur lesquels il a fondé sa revendication. On reconnaît

là la préoccupation toujours vivante de retrouver dans la formule de revendication la mention des titres à produire. Mais on remarque aussitôt que le second refuse de répondre. On interprète sa réponse comme une fin de non recevoir opposée à la réclamation des titres. L'interpellé manifesterait contre l'interpellation la volonté de s'en tenir à ce qu'il a déjà dit à s'en référer à sa seule vindication.

Certes, voilà qui est singulier! Dans le procès en revendication classique, le défendeur ne fait pas autre chose que de produire ses titres. Dans quel but refuserait-il de répondre à une telle interpellation? Nous objecterons, en outre, que sa réponse ne se présente pas sous la forme d'un refus; elle est positive. L'adversaire affirme quelque chose, il ne nie pas. Pour que la réponse ait un sens raisonnable, il faut qu'elle soit congruente à la réponse. Conformément à son premier emploi dans cet ensemble, nous pensons que causa a ici également le sens de cause juridique, de fondement. Là c'était la cause juridique de la vindicta qui était affirmée, ici, c'est la cause juridique de la vindicatio qui est demandée. La question est celle-ci: "En vertu de quelle cause as-tu fait la vindicatio"? C'est-à-dire: Sur quoi t'es-tu fondé pour faire la vindicatio? Comment la justifies-tu?

Et voici maintenant la réponse: JUS FECI SICUT VINDICTAM IMPOSUI. Le texte doit être établi avant d'être traduit. Goeschen avait lu dans le manuscrit de Vérone FECII ou FECIT; Bluhme, très certainement paru que feci ne lui paraissait pas donner un sens satisfaisant, apporta au texte une correction assez facile paléographiquement. Le F peut être un P avec le signe d'abréviation, C peut être un G. Bluhme lut donc peregi. Tous les éditeurs acceptèrent la correction, jus peregi - j'ai exercé mon droit.

Mais Studemund, dans sa lecture nouvelle, conteste l'interprétation de Bluhme. Il note dans son apographum que le manuscrit porte fecii, non fecit. Avec une légère correction qui s'impose, le texte est donc: jus feci. La réaction de Huschke contre cette contestation est intéressante. Il maintient la correction de Bluhme dans sa quatrième et dans sa cinquième édition de Gaius en 1879 et en 1886, et il justifie sa résistance par une note. Le feci de Studemund, dit-il, donne un sens qui ne convient pas, car, ni un simple citoyen, ni même un prêteur ne font du droit. Pour maintenir le feci, il faudrait écrire jure feci, j'ai agi selon le droit, et non jus feci. Dans les éditions suivantes de Huschke, préparées par les soins de

Seckel et Kuebler, la correction de Bluhme disparaît du texte et la note de Huschke est enlevée du bas de la page; car, comme tous les éditeurs depuis Studemund, Seckel et Kuebler écrivent *jus feci*.

Le plus étrange est que le rétablissement du texte n'a eu aucune influence sur l'interprétation, quelques auteurs continuent à professer expressément qu'il faut lire *jus peregi* par exemple, parmi d'autres, Cuq "Institutions juridiques des Romains" (I, 1891 p. 410), et tous les autres continuent à interpréter *jus feci* comme si sans le dire, ils adoptaient la correction de Bluhme ou la suggestion de Huschke, *jus peregi* ou *jure feci*. Le sens fort clair, choquant les idées reçues, on s'efforce de le diluer, de le minimiser comme s'il était possible de le rendre plus acceptable en le faisant disparaître. La signification communément acceptée est: j'ai accompli mon droit ou j'ai agi conformément au droit en imposant la baguette. Il est à peine besoin de faire remarquer à quel sens banal et inconsistant, à quel truisme aboutit cette traduction. Mais, de plus, elle ne suit pas le texte. Nous devons traduire mot à mot: "j'ai fait, j'ai créé le droit comme j'ai imposé la vindicte". Quelle peut être la signification de cette réponse, quelle place tient-elle dans l'économie générale de l'action de la loi?

Elle a, à mon avis, une grande valeur historique. Elle marque un moment de la plus haute importance dans l'histoire du droit primitif, car elle est le témoin dans la formule de la juridiction civile.

Dans les actions de la loi nous voyons, avons-nous dit, se confronter et se mélanger deux séries d'actes que qualifient deux séries de mots de même formation. A la série *vindicere, vindicta, vindiciae, vindex, vindicare, vindicatio* s'oppose la série parallèle *judex, judicare, judicatus, judicium, judicatio* etc... Je crois reconnaître dans ces actes et dans ces mots comme deux dépôts successifs qui marquent la stratification du terrain juridique. A la lumière de l'hypothèse qui sert de base à nos développements, nous distinguons dans la première série des sédiments conservés de la manifestation rituelle créatrice. Il est probable que cet état de droit primaire n'a pas eu de nom général le caractérisant. Ihéring, *Esprit du droit Romain* (I, p. 130) remarque: "La langue latine, et ceci est hautement caractéristique, n'a pas d'expression particulière pour désigner, même à une époque postérieure, les divers buts et les directions diverses de la vis et de la vindicta". Mais nous voyons que la seconde couche, le deuxième état du droit, celui de la juridiction civile a pris le nom de *jus*. L'étymologie

du mot, comme nous l'avons dit, s'ajoute aux autres indices pour nous attester son origine. C'est parce que la manifestation rituelle était, nous l'avons dit, une manifestation du droit sacré, parce que le rite avait pour fin dernière de dégager et de faire apparaître la volonté des dieux que son résultat a pris et gardé le nom de jus qui, avons-nous dit, signifie étymologiquement volonté divine. Mais le mot et la chose ont été sécularisés et le jus, c'est ce que dit le juge ce qui est soumis à sa juridiction, ce qu'on invoque devant lui, ce qu'il montre par ses décisions. Le jus, c'est l'expression de la loi de la cité par l'organe de ses magistrats. Il serait singulier que cette transformation n'ait pas laissé de traces dans les institutions, qui après avoir mis en œuvre la force rituelle, se sont transformées pour invoquer le jus.

Nous avons réuni les indices historiques qui permettent de penser que cette transformation du droit sacré en droit civil s'est opérée dans les années qui ont précédé les XII Tables et que cette législation en a été la consécration. Nombre de textes de cette loi conservent, à notre sens, les traces de cette transformation et leur sens reste mystérieux pour la critique moderne, mais s'éclaire à la lumière de notre hypothèse. Nous citerons d'abord les deux célèbres dispositions de la loi des XII Tables: Cum nexum mancipium que faciet, uti lingua nuncupasset, ita jus esto. - lorsqu'on fait un nexum ou un mancipium, comme l'a proclamé la langue qu'ainsi soit le droit, - Uti legasset super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto, - comme on aura légué sur la pecunia et la tutela de son bien, qu'ainsi soit le droit. A quoi il faut encore ajouter cette disposition énigmatique Nexi mancipii, forti sanatique idem jus esto. Nous retrouvons la même préoccupation de rattachement au jus civile dans les expressions suivantes de la loi: "Aeris confessis, rebusque jure judicatis, jure caesus esto".

Nous trouvons dans les formules qui sont, comme le dit Gaius, composées sur les paroles mêmes de la loi, la même préoccupation. Nous la retrouvons dans l'expression de la formule vindicatoire ex jure Quiritium meum esse. Elle est dans notre dialogue avec jus feci. Enfin, elle est manifestée dans l'expression même qui désigne la présence devant le magistrat pour y accomplir un acte judiciaire. On vient in jus, on est in jure.

La position des auteurs vis-à-vis de ces expressions est assez curieuse. Ou bien ils n'attachent aucune importance particulière à la mention du jus dans un texte, ils y voient l'expression d'un truisme si

évident que cette mention perd toute son importance, je dirai même toute signification, ou bien, au contraire, lorsqu'ils ont examiné de plus près l'un de ces textes, les difficultés d'interprétation ont été telles qu'on n'est pas arrivé à une solution satisfaisante. C'est le cas pour la règle *cum nexum Mancipiumque faciet uti lingua nuncupassit, ita jus esto*.

Nous n'alourdirons pas ce chapitre de l'exposé de ces difficultés auxquelles vient couper court notre conception de la loi des XII Tables. Si, comme nous le pensons, la loi des XII Tables a consacré le jus civile par la création de la juridiction civile, c'est cette consécration qu'exprime la règle. La disposition législative, nous la voyons dans l'*ita jus esto*. Cette interprétation est la seule à respecter la lettre de notre adage, car c'est cette phrase qui, seule, a le caractère impératif qui convient à une disposition légale. La mancipation est un très vieil acte du droit coutumier qui, de l'avis de tous les auteurs, est antérieur à la cité romaine, à plus forte raison aux XII Tables. La loi de la cité l'accueille lorsqu'elle transforme les manifestations rituelles en procédure de *legis actiones*. C'est cette consécration qui est directement et très simplement exprimée ici. La mancipation devient par elle un acte du jus.

Grâce à notre interprétation, il est permis de faire un rapprochement imprévu et tout à fait saisissant entre la disposition légale et la formule de l'action de la loi. Il y a une étrange concordance entre les verba de la loi: "*Cum nexum Mancipiumque faciet uti lingua nuncupassit, ita jus esto*" et les verba de l'action de la loi, *jus feci sicut vindictam imposui*. Ce *jus feci*, ne sonne-t-il pas comme une mise en oeuvre, dans la formule d'une *ita jus esto* d'une disposition légale ? Cette correspondance si frappante nous autorise à supposer l'existence d'une disposition légale qui dirait: "*Cum vindictam faciet, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*". Cette règle, ou toute autre conçue en termes analogues, s'adapte si bien d'une part à la loi connue pour le *nexum* et le *Mancipium* et d'autre part, à la *legis actio sacramenti* et en même temps à l'institution elle-même, je veux dire à la *vindicatio* telle que nous la concevons, que nous nous sentons autorisé à établir cette soudure. Mais nous avons alors un exemple parfait de l'une de ces *legis actiones*, qui sont aussi appelées, dit Gaius (IV, II): "*Quia ipsarum legum verbis accommodatae erant* - parce qu'elles étaient accommodées aux paroles elles-mêmes de la loi". Par cette argumentation nous voudrions faire sentir l'avantage qu'il y a à éelai-

rer l'une par l'autre la règle de droit et l'affirmation de la formule en les réunissant dans une même explication.

Ainsi, dans l'interpellation qu'adresse le revendiquant au défendeur, il le somme de dire: sur quoi fondes-tu ta vindictio ? et l'autre répond: sur ce que j'ai créé le droit comme j'ai imposé la vindicte. La réponse invoque la règle légale, l'*ita jus esto* de la loi. Elle implique sans doute que le défendeur, en imposant la vindicte, a réalisé son droit au sens concret du mot, le pouvoir qu'il prétend avoir sur la chose. Mais directement, ce qu'invoque le défendeur, c'est la règle de droit, le *jus* au sens abstrait du mot, qui est probablement le plus ancien.

Malgré la liaison étroite qu'une rédaction habile a su maintenir entre les diverses parties de la formule, la deuxième partie, question et réponse, est fondamentalement différente de la première. La première partie contient d'abord l'affirmation du droit de celui qui agit. Elle se termine par la proclamation que cette affirmation a produit son effet. La vindicte est imposée *secundum suam causam*, c'est-à-dire selon l'affirmation même qui vient d'être émise. Dans cette première partie qui est, nous l'avons dit, l'action de vindicare, nous voyons la manifestation rituelle qui n'invoque qu'elle-même pour proclamer son efficacité. La vindicta a pour cause la vindictio, c'est-à-dire le rite lui-même. Dans la seconde partie, le premier plaideur demande au second en vertu de quoi il a opposé sa *contravindicatio* à la première vindictio. Le second plaideur, pour répondre, invoque la règle légale qui lui permet de faire cette vindictio et qui l'a rendue efficace. La cause de sa vindictio, c'est le *jus*, c'est la règle légale: "*cum vindictam faciet, uti lingua nuncupasset ita jus esto*". Avec ce fondement l'action change de nature et prend un caractère moderne susceptible de se plier à tout le développement ultérieur du droit. Il ne s'agit plus d'une manifestation rituelle qui tire d'elle-même son efficacité; l'action devient une procédure qui place la manifestation sous la dépendance de la loi, règle supérieure, mais règle humaine garantie par la juridiction du magistrat. En invoquant la loi civile, en affirmant que par son action il s'est placé sur le terrain légal, le plaideur s'expose à la négation de l'adversaire, négation qui lie le procès. L'action continue; "*QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI SACRAMENTO TE PROVOCO*. Puisque tu as fait la vindictio contrairement au droit, je te provoque au sacramentum". L'action de la loi soumet la vindictio à l'examen du juge. Du coup, la vindic-

ta n'a plus qu'une valeur formelle, une valeur de souvenir qui s'efface de plus en plus avec l'évolution du droit.....

Cette différence fondamentale entre les deux parties de la formule, entre la formule vindicatoire et le dialogue qui suit l'intervention du prêteur, montre que ce dialogue n'est pas de même origine que la vindictio, qu'il n'est pas de la même époque, il représente dans la formule une addition postérieure rendue nécessaire par l'établissement de la juridiction civile. Cette addition fournit un bel exemple de la simplicité et en même temps de l'habileté consommée avec laquelle les jurisconsultes romains ont toujours su utiliser les anciennes formes, en les modifiant le moins possible pour apporter au droit une profonde transformation. Car il semble bien que pour accommoder l'action à la loi, il a suffi sans autre changement d'y introduire cette addition. On voit facilement que dans le droit des manifestations rituelles, après les deux vindicationes contradictoires et pour trancher la situation impossible, le premier qui avait parlé pouvait répondre à la contravindicatio en disant directement sans plus: "SACRAMENTO TE PROVOCO". Et l'autre de répliquer "ET EGO TE". Le sacramentum était alors organisé. La juridiction civile, qui a accepté toutes les formes anciennes, a également modifié, tout en l'acceptant, la nature du sacramentum; mais, quelle que fut cette nature primitive, le sacramentum devait remplir son office. Il procurait la décision et départageait les deux forces rituelles affrontées. Nous montrerons dans la suite de ces explications, comment le sacramentum a été transposé sur le plan humain pour faire place à l'examen rationnel de la cause, examen organisé par le magistrat, à qui on donne le nom de iudex, et effectué par un expert choisi par lui et à qui on donne aussi le nom de iudex.

Dans le cours de ce chapitre, nous avons suivi pas à pas le déroulement de la formule en nous entourant de tous les éléments d'information susceptibles d'éclairer notre interprétation, nous avons fait une traduction littérale, mot à mot, de toutes ses parties. A nous en tenir strictement à ce mot à mot, sans y mêler aucune autre considération, il nous semble que nous sommes arrivés à une traduction sûre, à un sens simple et satisfaisant.

Mais si maintenant nous confrontons ce sens littéral avec la doctrine classique du procès en revendication de propriété, il faut convenir que le système primitif qui nous paraît résulter de ce sens littéral est bien éloigné du droit historique que cette formule

a si longtemps abrité. Pour ne pas repousser d'emblée ce système, il faut se libérer des principes les plus certains du droit classique. Les quelques constatations que le mot à mot de la formule font ressortir avec le plus de certitude sont précisément les plus exorbitantes, véritables pierres de scandale pour celui qui voudrait s'en tenir à la tradition classique. On peut voir, en effet, où elles nous conduisent en les réunissant ici dans un même examen.

L'interprétation littérale des paroles de la vindictio nous a amenés à constater d'abord que la manifestation rituelle forme un ensemble indépendant de toute autre cause. Elle se suffit à elle-même, elle n'invoque aucune autre justification qu'elle-même. La vindicta imposée a pour cause la vindictio. Ainsi le rite ne prétend pas le moins du monde s'appuyer sur un état antérieur que la vindictio aurait pour but de défendre. Cette sorte d'instantanéité dans le mécanisme de l'action était bien, dans l'état primitif, sa caractéristique essentielle. Le mécanisme évolue dans le présent. L'action, sa cause, son effet sont simultanément placés sur le même plan, dans le moment présent. Nous n'y pouvons voir aucune évocation du passé, aucune assurance pour l'avenir.

Cette structure de la vindictio nous amène à une dernière constatation. Elle excluait toute production de preuve dans son état originaire. La manifestation rituelle se suffit à elle-même puisqu'elle affirme qu'elle est sa propre causa. Nous avons dit les efforts désespérés des interprètes pour y trouver la trace d'une production de titres. C'est qu'en effet, le procès en revendication de la propriété du droit classique a pour base essentielle la preuve d'un état antérieur de propriété qu'il s'agit de revendiquer. Cette production de preuve n'apparaît dans aucune partie de la formule et lorsque l'établissement de la juridiction civile l'a rendue nécessaire, elle est restée complètement extérieure, et étrangère au formalisme de l'action de la loi.

Enfin, troisième constatation, il résulte des termes mêmes de la formule que l'on accorde à la manifestation rituelle un pouvoir créateur. Ce pouvoir créateur est affirmé au moins deux fois de façon formelle. Il est affirmé une première fois dans la formule vindicatoire lorsqu'il est dit après avoir affirmé que la chose est sienne, que la vindicta a été imposée selon cette affirmation, c'est-à-dire que l'affirmation a produit son effet. Ce pouvoir créateur est non moins formellement affirmé dans la seconde partie, lorsqu'il y est dit que l'imposition de la vindicta a créé le droit.

On remarquera que ce pouvoir créateur a été conservé intact dans le jus civile historique, dans trois des applications de la vindicta: dans l'in jure cessio, dans l'affranchissement par vindicta et dans la vindicatio du vindex. Nous en établirons une survivance caractéristique dans le procès de liberté pour ce qui est de la vindicatio de l'adsertor libertatis. Mais la vindicatio dans le sacramentum a perdu jusqu'au souvenir de ce pouvoir créateur, car elle est essentiellement destinée dans le procès en revendication à affirmer l'existence d'un droit dans le passé, droit dont on produira les titres. Or, la formule mécaniquement répétée n'exprime pas cet état nouveau du droit; et les auteurs modernes, parce qu'ils ont perdu de vue que c'était la même vindicatio, qui originairement servait dans ces diverses applications, parce qu'ils n'ont envisagé la vindicatio qu'en fonction du sacramentum, ont été incapables de lui trouver un sens appréciable. Car le sens littéral était trop contraire à la signification nouvelle qu'elle avait prise dans le sacramentum. Et cependant, ils auraient pu constater que la même affirmation "Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio" était littéralement répétée dans le sacramentum, dans l'in jure cessio et dans la mancipatio. Cette identité pose une énigme en fonction du droit moderne. On avait cru la résoudre pour l'in jure cessio en imaginant la fiction de procès, mais elle restait entière pour la mancipatio. N'est-ce pas une preuve typique de l'identité de leur nature originaire et une troisième affirmation du pouvoir créateur de la vindicatio.

Il faut cependant préciser la portée relative de cette expression de pouvoir créateur. Elle ferait retomber dans l'erreur et dépasserait singulièrement notre pensée si elle évoquait l'idée d'une création au sens rigoureux du droit historique. Le rite n'a pas encore cette faculté de créer un état juridique nouveau et stable, il ne possède pas encore cette efficacité absolue et définitive qui caractérise le mode de création des droits aussi bien réels que personnels dans la doctrine définitivement élaborée du droit classique. Nous dirions plus simplement que le rite réalise le droit, qu'il le rend manifeste chaque fois qu'il en est besoin si, inversement, nous ne craignons pas de trop affaiblir le sens vigoureux des paroles mêmes de la formule. En somme la mainmise, c'est-à-dire le pouvoir sur la personne et sur la chose que nous appelons déjà un droit, peut-être abusivement, en tous cas en empruntant par anticipation le vocabulaire du droit historique faute d'une qualification propre, est créé et recréé par le rite toutes les fois qu'il est néces-

saire de l'affirmer sans distinguer entre la première affirmation qui crée et les autres qui défendent. Le système primitif nous apparaît comme une sorte de création continue dont les manifestations momentanées et relatives doivent être perpétuellement renouvelées en cas de besoin.

Qu'y a-t-il de plus éloigné de ces constatations que la propriété classique, entourée de ses modes de création et de ses procédés de revendication ? Lorsque la notion de dominium s'est dégagée, il s'est opéré une nette différenciation entre les actes qui servent à constituer la propriété et les actions qui les défendent. C'est alors que l'identité des formules de la vindicatio dans le sacramentum, de l'in jure cessio et de la mancipatio pose une énigme insoluble si l'on cherche une explication logique en fonction du droit que nous connaissons. La propriété est une institution qui repose tout entière sur l'examen de ce qui a été, seul le passé est le garant de la propriété présente. Il n'y a qu'un juge humain qui peut se livrer à cet examen rationnel du passé. Les interprètes modernes se sont épuisés en vain à trouver dans le cérémonial du sacramentum in rem cette liaison nécessaire entre le droit de propriété et son titre d'acquisition; elle ne s'y trouve pas. On peut concevoir qu'une formule en soit arrivée à remplir un office auquel elle est mal adaptée; on admettra beaucoup moins facilement qu'elle ait été créée pour lui. Le défaut d'adaptation qui se manifeste du commencement à la fin entre la formule de l'action de la loi et le procès en revendication qu'elle doit définir est le témoin non équivoque d'une transformation profonde de l'institution.

Nous nous sommes efforcé dans nos deux derniers chapitres de restaurer l'autonomie de la vindicatio dans les diverses applications qu'elle a rencontrées. Nous avons voulu aussi lui restituer sa nature véritable et son importance primitive. Mais il faut remarquer qu'en aucune de ses manifestations, elle ne forme à elle seule un tout complet se suffisant à elle-même. Partout elle entre en composition avec d'autres actes qui la complètent ou qui la contredisent, son pouvoir créateur est efficace, mais il n'est pas suffisant. Même si elle n'est pas contredite, elle doit être confirmée et complétée par l'addictio du magistrat. Si au contraire, elle contredit ou elle est contredite, elle n'est qu'une pièce, une pièce essentielle il est vrai, d'un ensemble plus complexe au milieu duquel nous la verrons peu à peu, dans les chapitres suivants s'épanouir et prendre ses traits définitifs.

Chapitre VI

MANUM INJICERE.

La manus injectio est comme la vindicatio un rite de mainmise. Dans les deux cas, par les gestes de la main et par les verba solemnia, le saisissant manifeste son pouvoir sur un objet ou sur une personne. La différence est que dans la vindicatio le saisissant affirme avoir un droit sur la personne ou sur la chose, tandis que dans la manus injectio il veut plus simplement contraindre une personne à faire quelque chose, très exactement à le suivre. C'est un moyen de contrainte, une procédure d'exécution.

Le grand intérêt de la manus injectio est que lorsque la manifestation rituelle a été intégrée dans le système de la juridiction civile, elle a conservé sans changement tous ses traits primitifs. Elle a notamment conservé, de la façon la plus entière, son efficacité définitive. Elle nous apporte le témoignage le plus précieux et le plus sûr de l'état antérieur à la juridiction, car elle en est une survivance à peu près intacte.

Pour que cette étude soit profitable, elle doit être complète. Comme nous l'avons déjà fait observer pour vindicare, la plupart des malentendus qui obscurcissent la notion de manum injicere se trouve dans la méthode peu rigoureuse avec laquelle on a examiné ses diverses applications comme autant d'institutions séparées et sans lien entre elles. Rien n'est plus fâcheux.

Nous examinerons l'ensemble du problème. Nous constaterons que contrairement à ce qu'enseigne la doctrine moderne, il y a une unité fondamentale dans l'institution primitive. Le droit historique l'a utilisée en diverses applications, mais celles-ci suivent les mêmes règles essentielles et s'éclairent l'une par l'autre.

De même, le vindex est une partie intégrante de la manus injectio. Son rôle ne peut se comprendre, témoins les divers systèmes modernes, tous notoirement insuffisants sur le vindex de l'in jus vocatio, si l'on n'est pas convaincu qu'il n'est que la réplique des ma-

num injicere et qu'il ne peut exister sans ce premier acte. Et, à l'inverse, la mainmise proprement dite est tout entière construite sur la nécessité de provoquer l'entrée en jeu du vindex. Qu'il intervienne ou qu'il s'abstienne, son ombre domine toute la legis actio. Nous ne les séparerons pas.

Enfin, nous répèterons ici ce que nous avons dit à propos de la vindicta. Pour comprendre la véritable nature de la manus injectio et du vindex, il faut se libérer des règles du droit civil classique. Nous aurons à écarter résolument les discussions et les constructions fondées sur ces règles sous lesquelles la glose moderne a enseveli le vindex et sous lesquelles il reste suffoqué. La manus injectio est une institution préhistorique et le vindex une sorte de monstre paléontologique, un véritable ichtyosaure. Le vindex n'est pas taillé à la mesure du jus civile, sa vie a persisté quelque peu à l'orée des temps historiques; mais il n'a pu être assimilé comme l'a été la vindicatio et il a disparu assez tôt du terrain juridique.

§ 1er - Manus injectio judicati.

La manus injectio judicati est celle qui a pour but d'exécuter le débiteur une fois qu'il a été jugé et condamné. C'est la première qui doit être étudiée. Elle est la plus importante et la mieux connue des manus injectiones, celle pour laquelle nos sources sont relativement les plus abondantes et les plus précises, celle aussi sur laquelle la doctrine moderne est arrivée aux conclusions les plus fondées et les moins discutées. Elle doit nous servir de guide et de témoin pour l'étude des autres manus injectiones.

Méprise commune sur la manus injectio. Nécessité de la dissiper.

Néanmoins, nous allons constater dès le début de cette étude que la manus injectio a été la victime d'une méprise universelle analogue à celle qui a atteint la vindicta.

La doctrine est unanime à admettre que la legis actio per manus injectionem doit se dérouler tout entière en présence du magistrat. Il ne paraît pas possible de concevoir que spécialement la mainmise rituelle sur le débiteur ait pu être exécutée avant la conduite in jus et ailleurs qu'en présence du magistrat. Cette première méprise a si complètement caché la véritable nature et le but réel de la manus injectio, elle a si bien détruit l'unité fondamentale des diverses manifestations de l'institution que notre

premier devoir est de la dissiper complètement.

Les deux textes fondamentaux de la manus injectio sont le chapitre d'Aulu Gelle (Nuits Attiques 20, I, 42, 50) qui donne la disposition de la loi des XII Tables et la fait commenter par un jurisconsulte et le passage de Gaius (IV, 21, 25) qui donne la formule de l'action. Examinons d'abord le témoignage d'Aulu Gelle.

I - AULU-GELLE (20, I, 42, 50).

"SIC ENIM SUNT, OPINOR, VERBA LEGIS: "AERIS CONFESSIS, REBUSQUE JURE JUDICATI, TRIGINTA DIES JUS-
TI SUNTO. POST DEINDE MANUS INJECTIO ESTO. IN JUS DUCITO. NI JUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EO IN JURE VINDICIT, SECUM DUCITO. VINCITO etc,...

Ainsi sont, à ce que je pense, les paroles de la loi: A partir de la dette confessée et des choses jugées selon le droit qu'un délai de trente jours justes soit donné. Ensuite que la manus injectio ait lieu. Que le créancier conduise le débiteur devant le magistrat. Si le débiteur ne paie pas ce qui a été jugé ou si quelqu'un ne fait pas la vindicatio sur lui devant le magistrat, que le créancier conduise le débiteur chez lui, qu'il l'enchaîne, etc,..."

Je demande qu'on lise ce texte sans opinion préconçue, sans vouloir le contraindre coûte que coûte à fournir le sens qu'on lui impose d'avance. Je demande en somme, qu'on suive la méthode inverse de celle qui a fait tomber tous les interprètes dans l'erreur que je combats. Ils se sont fait d'abord une idée de la manus injectio d'après la description de Gaius et ont voulu imposer leur conception au texte d'Aulu-Gelle.

Si nous faisons lire ce texte à quelque latiniste philologue, ignorant de notre glose juridique, nul doute qu'il en comprendrait la suite de cette façon. Le délai passé, la manus injectio a lieu, c'est-à-dire que le créancier fait main basse sur le débiteur suivant le rite des paroles et des gestes. Il le conduit in jus, c'est-à-dire, il l'amène devant le magistrat après l'avoir saisi. Si le débiteur ne paie pas ou si n'intervient pas un vindex, le créancier le conduit chez lui et l'enchaîne. La suite des phrases impose cette interprétation. Post deinde manus injectio esto est avant in jus ducito.

Aux yeux de tous, l'expression secum ducito s'explique par ce fait que la main du créancier étant mise sur le débiteur, aucun vindex n'ayant enlevé cette main, le débiteur ne peut plus agir volontairement. Il est conduit parce qu'il est saisi. Mais peut-on raisonnablement faire une différence entre in jus ducito et

cum ducito. Dans les deux cas, il est conduit parce que avant comme après la comparution in jus il est saisi et reste saisi.

Si nous avons encore quelque doute, nous recourrions au commentaire des verba legis fait par le jurisconsulte Sextus Caecilius Africanus. On ne saurait trop rappeler aux interprètes juridiques qu'ils ne doivent pas en bonne méthode se contenter de lire les extraits mis à leur disposition par les recueils de textes. Il faut dans les cas embarrassants lire le contexte. Il semblerait que personne ne s'est souvenu ici de cette règle salutaire, car aucun auteur, à ma connaissance, n'a utilisé le témoignage de Caecilius Africanus, soit pour s'appuyer sur lui, soit pour le combattre. On l'a complètement négligé.

Il est pourtant décisif. On fait peu de cas des connaissances juridiques d'Aulu-Gelle. Mais il rapporte ici le commentaire d'un jurisconsulte. Africanus, élève de Julien et contemporain de Antonin le Pieux, est un peu plus âgé que Gaius et il avait de son temps une autorité égale sinon supérieure à celle de Gaius. Dans le récit d'Aulu-Gelle, le jurisconsulte commente la disposition légale. Après avoir expliqué le délai de trente jours et le qualificatif de juste appliqué à ces jours, Africanus dit: "Post deinde nisi dissolvantur, ad praetorem vocabantur. Ensuite, si les iudicati ne payaient pas, ils étaient appelés devant le prêteur". La présence des mots caractéristiques post deinde et la suite des explications prouvent à l'évidence, me semble-t-il, que nous avons là le commentaire par le jurisconsulte des mots de la loi: "Post deinde manus injectio esto". Ainsi, pour Sextus Africanus, la mainmise, la manus injectio proprement dite, serait un appel en justice, serait le mode en vertu duquel le iudicatus est amené apud praetorem par le créancier. Il est bien évident que cela exclut dans l'idée d'Africanus que cette manus injectio dût être faite seulement apud praetorem.

Cette conception est si contraire à l'opinion commune, qu'on comprend pourquoi les auteurs modernes ne s'y sont pas arrêtés. Mais si l'on veut bien reconnaître que l'opinion commune n'est qu'une interprétation moderne, tandis que le commentaire d'Africanus est l'interprétation d'un jurisconsulte classique, ce commentaire sera le trait de lumière qui illumine toute l'institution et nous dévoile le véritable caractère de la manus injectio.

Si les auteurs modernes ont étouffé en silence le témoignage du jurisconsulte, ils ont tenté de réfuter l'argument tiré de la suite des phrases dans la

loi, Karlowa (*Legis-Actiones*, p. 136) a montré le chemin. D'après lui, la phrase *post deinde manus injectio esto* ne se rapporte pas à la mainmise sur le *judicatus* avant la conduite in jus. Mais c'est la désignation générale de toute la procédure qui sera ensuite ordonnée en détail. Le sens est: Là-dessus doit avoir lieu la procédure de *manus injectio*, et elle commence ainsi: *in jus ducito*. Si l'on objecte que dans la suite de l'ordonnance du texte ne figure pas l'indication concrète de la mainmise après la conduite in jus, cela n'a rien d'étonnant, répondra Kleineidam (*Personal-exécution des XII Tafels*, p. 134 et sui.), car la loi des XII Tables ne se préoccupe pas d'entrer dans le détail.

Malgré le respect qui est dû aux maîtres qui nous ont enseignés, lorsqu'on constate que tous se sont contentés de cette réfutation, on ne peut s'empêcher de sourire, pour ne pas s'indigner "*Quando dormitat bonus Homerus*"! Pense-t-on sérieusement que les *decemvirs* se sont préoccupés d'étiqueter ainsi leurs dispositions: "*Ici commence l'action de la loi que nous appelons le sacramentum, là celle que nous nommons la manus injectio*"! Et si, à la rigueur, on passait condamnation sur cette singularité, peut-on admettre que la mainmise proprement dite est un détail insignifiant que le législateur a pu oublier? Si vraiment *post deinde manus injectio esto* caractérisait non pas la mainmise rituelle, mais toute la procédure en général, le législateur aurait-il oublié de dire à la place requise: *manum endo jacio*, suivant le modèle que nous fournit l'*in jus vocatio*. En vérité, pour accepter sans protestation une telle argumentation, il faut être convaincu d'avance et décidé à écarter par n'importe quel artifice le texte gênant.

11 - Gaius - IV.21-25.

Cette conviction invincible, on la tire de l'autre source de notre connaissance de la *manus injectio*. La preuve ne résulte pas d'une affirmation formelle, car alors nous n'aurions qu'à nous incliner, mais d'une déduction. Nous allons en exposer le mécanisme sans en dissimuler la force.

Gaius nous donne la formule de la *manus injectio* et il l'annonce ainsi: "*Qui agebat sic dicebat*". Celui qui agissait parlait ainsi. Plus loin, lorsqu'il décrit la *pignoris capio*, il dit: "*la prise de gage s'exerçait par des paroles certaines, certis verbis*". C'est pourquoi la plupart des jurisconsultes pensaient qu'il y avait là aussi une action de la loi, mais certains estimaient que la *pignoris capio* s'exer-

gait en dehors du jus, c'est-à-dire hors de la présence du prêteur (*extra jus peregebatur, id est non apud praetorem*), et le plus souvent en dehors de la présence de l'adversaire, alors que par ailleurs on ne pouvait se servir des autres actions autrement que devant le prêteur et en présence de l'adversaire. Du rapprochement de ces deux textes et surtout de la remarque finale qu'on ne pouvait se servir des actions autres que la *pignoris capio* qu'*apud praetorem*, on conclut avec la plus grande certitude que celui qui *agebat* et *sic dicebat* ne parlait et n'agissait que devant le prêteur.

La conclusion est naturelle. Incontestablement c'est la plus facile. Néanmoins, après examen, j'estime qu'elle ne s'impose pas avec un caractère de nécessité en face d'un témoignage formel contraire, car la méthode à suivre pour résoudre cette difficulté doit être l'inverse de celle qui a égaré l'opinion commune. Au lieu d'écarter le témoignage de Caecilius Africanus et d'interpréter Gaius comme s'il était seul, il faut confronter les deux témoignages et les peser. Or, une affirmation positive et directe doit avoir plus de valeur probante qu'une déduction.

Nous remarquerons d'abord que Gaius décrivant la *manus injectio* ne dit pas que la formule doit être prononcée *in jus*. Son silence est d'autant plus frappant qu'il répète à plusieurs reprises, pour le *sacramentum*, que l'objet doit être porté *in jure* et que la *vindicatio* doit être faite *in jure*.

Dans l'exposé qu'il fait des actions de la loi, il y a des parties obscures, et sans doute obscures pour lui comme pour nous. L'expérience prouve que ses énonciations ne doivent pas être prises au pied de la lettre. Par exemple, il dit en débutant (IV. 12): "*Lege autem agebatur modis quinque*". On en a conclu qu'il n'y avait que cinq actions de la loi. On est bien obligé d'admettre aujourd'hui qu'il y en avait un plus grand nombre. On peut dire que les auteurs nouveaux adoptent de plus en plus ce point de vue puisqu'ils admettent en général l'existence d'une action de la loi en cas de *damnum infectum*, de *novi operis nuntiatio*, de *perquisitio lance licioque*, et même de *mancipatio*.

Les nouveaux fragments de Gaius nous disent que la convention de société pouvait être conclue par une action de la loi. On sait que l'*in jure cessio* est qualifiée d'action de la loi par Gaius lui-même. C'est une conception dépassée que celle qui continuerait, au nom de la liste de Gaius, à soutenir que

L'in jure cessio n'est qu'une fiction de sacramentum et non pas une action de la loi indépendante. Nous ajouterons nous-mêmes à la liste des actions de la loi la manus injectio vocati, et nous montrerons que c'est une erreur de la doctrine moderne de soutenir, au nom de la liste de Gaius, que cette manus injectio vocati ou bien ne peut être qu'une manus injectio pro judicato, ou bien qu'elle ne peut pas être une action de la loi.

Nous voyons donc, par un premier exemple, que le texte de Gaius ne doit pas être pris au pied de la lettre. Il dit qu'il y a cinq actions de la loi. Il faut conclure qu'il ne s'est pas exprimé avec une suffisante exactitude et on comprendra qu'il y en a cinq et d'autres encore ; sa liste n'est pas limitative.

La controverse, entre les jurisconsultes, marque que, à l'époque de Gaius, on n'avait plus une claire conception de ce qui constituait les éléments essentiels permettant de qualifier un acte d'action de la loi. Pour les uns, c'était le fait qu'il devait être accompli apud praetorem pour les autres, c'était que l'acte comportait des certa verba. Ces derniers étaient la majorité. Il semble bien qu'ils avaient raison puisque, non seulement la pignoris capio était qualifiée d'action de la loi, quoique se déroulant hors de la présence du juge, mais que la novi operis nuntiatio, le damnum infectum et la perquisitio lance licioque étaient des actions de la loi quoique, elles aussi, avaient lieu sans l'intervention du prêteur.

C'est donc partager l'erreur de la minorité des jurisconsultes que de dire, comme le fait Girard (Manuel, p. 1031) qu'elles sont rigoureusement judiciaires en ce sens qu'elles s'accomplissent en présence de l'autorité judiciaire et que c'est le point sur lequel il faut le plus insister.

Si nous lisons Gaius avec cette idée qu'il y a un certain flottement dans sa pensée provenant de la discussion entre jurisconsultes, nous comprenons qu'il a voulu opposer la pignoris capio, avec les quatre autres parmi lesquelles la manus injectio. L'opposition essentielle est celle-ci : l'une est extra judiciaire, les autres sont des procédures judiciaires. Serrons de plus près le langage qu'il emploie. L'une est accomplie tout entière hors du jus, extra jus peragebatur, les autres, on ne peut s'en servir qu'auprès du prêteur, non aliter uti possent quam apud praetorem. C'est, à mon avis, volontairement qu'il a employé non pas peragebatur, mais un terme plus vague uti. Peut-on dire qu'on n'use pas de la manus injectio apud praetorem parce qu'elle n'est pas commencée devant

lui ? Le but essentiel de la manus injectio est précisément de conduire in jus, et là, de continuer la legis actio. Car on oublie trop souvent que l'intervention du vindex est un élément essentiel de la legis actio per manus injectionem. Ce n'est pas un simple incident de la procédure. Le but même de la conduite in jus est de provoquer soit l'intervention, soit la non-intervention du vindex. Même si on commence à agir hors de la présence du prêteur, on ne dira donc pas que la procédure est extra-judiciaire, on ne dira pas qu'on s'en sert autrement que apud praetorem. Et nous pensons que c'est en vue de la situation particulière de la manus injectio que Gaius a ainsi parlé. Assurément, il aurait pu ici encore s'exprimer plus clairement et plus exactement. Si Gaius était seul, son interprétation paraîtrait peut être arbitraire ; mais elle s'impose en face des paroles de la loi et du commentaire qu'en a donné Caecilius Africanus.

III - Nature et effet de la manus injectio.

La cause profonde de la méprise universelle que nous combattons est dans le faux jour que jette sur l'origine de la manus injectio le système admis par tous de la justice privée. Il n'y a pas d'action où plus que dans celle-ci les auteurs ne croient retrouver avec le plus de certitude la trace de la lutte matérielle. Wenger (Inst.d.röm.Cvil processrecht p.213) dit : "Dans le temps des actions de la loi il y a une procédure brutale, gardant le souvenir du temps primitif, mettant le débiteur sous la puissance de son créancier, qui permet de reconnaître suffisamment clairement un état antérieur de plus brutale justice privée (Selbsthilfe)". Si telle était l'origine de l'action, la procédure n'aurait été, dès sa création, qu'un simulacre. Sa structure aurait eu pour but de figurer par un médiocre mimétisme, un acte matériel de violence désormais défendu. Elle n'aurait joué dès le début, qu'un rôle purement formel. Etant donné cette conception, les auteurs ne se sont pas préoccupés de rechercher si, dans la manus injectio, il n'y avait pas quelque chose de plus qu'une forme vaine, une coquille vide dont la vie s'est retirée.

Pour nous, la manus injectio n'est pas plus que la vindicatio un simulacre, une figure d'acte matériel. Elle a été conçue et créée comme une manifestation rituelle. Cette conception lui restitue toute sa signification. Elle a eu, dès le début, une utilité réelle, l'utilité de soumettre le débiteur à son créancier. Grâce au rite, la mainmise est efficace en ce

sens que le débiteur ne peut pas y résister. Il est contraint irrésistiblement par la force rituelle à obéir à son créancier. Et cette utilité du rite limite et conditionne son effet. Si nous relisons la loi des XII Tables, elle va s'éclaircir d'une façon simple et nouvelle à la lumière de cette interprétation.

"Post deinde manus injectio esto, in jus ducito, secum ducito, vincito". Entre ces propositions, il n'y a pas une simple liaison occasionnelle venant simplement de ce que les actes qu'elles définissent se succèdent dans le temps. Entre ces actes, nous trouvons une relation beaucoup plus étroite de cause à effet. La manus injectio est l'acte générateur des autres. C'est elle qui fait naître le droit d'accomplir les actes qui suivent, d'abord, 1°) le droit de ducere in jus, de conduire le débiteur devant le magistrat, puis, 2°) le droit de secum ducere, de conduire le débiteur chez soi si le vindex n'est pas intervenu. L'acte rituel donne à la fois le droit et la possibilité de l'exercer. Il s'agit bien d'un droit. Nous verrons que dans une application de la manus injectio qui a persisté jusque dans le droit classique, la manus injectio sur l'esclave, les juriconsultes classiques parlent de jus ductio-nis. La manus injectio donne enfin, 3°) le droit de vincere, d'enchaîner le débiteur et de le maintenir enchaîné pendant les soixante jours qui suivent avant qu'il soit tué ou vendu. Le reste de la disposition des XII Tables sur la manus injectio est la réglementation minutieuse des deux derniers droits, de conserver chez soi et d'enchaîner le débiteur judicatus.

Telle est la portée exacte de la manus injectio, que la loi elle-même a réglée. Elle ne va pas plus loin. Elle n'entraîne aucune modification juridique dans la condition du judicatus. Il a été rendu judicatus par le jugement. Le fait d'être saisi et enchaîné ne modifie pas son état. Il reste dans sa condition libre et conserve la disposition de ses biens. De suo vivito, dit la loi, il a le droit de se nourrir de ses propres ressources, s'il en a. C'est la preuve qu'il conserve encore son patrimoine et ses droits de famille. Il ne les perdra qu'au moment de sa vente comme esclave ou de sa mise à mort.

En devenant une action de la loi dans le domaine de la juridiction civile, l'acte rituel ne change ni de structure, ni d'effet. Tandis que dans la procédure du sacramentum, la vindicatio n'est plus qu'une forme et la vindicta, une survivance, la manus injectio conserve, jusqu'à la fin, son utilité réelle. Elle est toujours la voie d'exécution permettant en toute efficacité, d'appeler son adversaire en justice, permet-

tant ensuite de l'amener chez soi. Cette permanence fait de la manus injectio un des pivots de notre système ; elle en est la meilleure justification.

La formule de la manus injectio exprime fidèlement la situation que nous venons d'établir et sur laquelle elle est accommodée : "Quod tu mihi, judicatus (sive damnatus) es sestertium decem milia, quando non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium judicati manum injicio". Parce que tu as été jugé en ma faveur pour dix mille sesterces, puisque tu n'as pas payé, à cause de cela, je mets sur toi la main d'un jugement de dix mille sesterces".

Comme toutes ces manifestations rituelles, la manus injectio est soigneusement causée. La cause est le jugement d'une somme d'argent, la condamnation à la payer et le non paiement. Cette cause est un fait incontestable. Nul mieux que le prêteur n'est en mesure d'en connaître la matérialité, car il y a trente jours que le jugement a eu lieu et c'est le prêteur qui l'a ordonné et organisé. La déclaration qui s'appuie sur ces faits est encore plus incontestable. Le saisissant n'affirme aucun droit, cette affirmation serait susceptible d'être contredite, donc d'ouvrir un procès. Il ajoute au geste, la déclaration certis verbis qu'il l'a accompli. Il met la main sur son débiteur en annonçant qu'il fait mainmise. Il me paraît clair que la formule a été rédigée à dessein de ne pas donner prise à l'intervention du prêteur ; il n'est donc pas nécessaire qu'elle soit prononcée devant lui.

Le magistrat s'est refusé le droit de juger. Il laisse à la manifestation rituelle toute son efficacité. Lorsqu'il voit arriver devant lui ces deux hommes entourés de témoins, et dont l'un a la main sur l'autre, il lui suffit de constater soit par lui-même, soit par les témoins, que l'homme saisi est un judicatus qui n'a pas payé, pour qu'il refuse de l'écouter. Que le judicatus paie ; quant à lui, il considère que l'affaire est terminée. Il consent seulement par son addictio à constater l'effet de la saisie.

Mais la loi exige que le judicatus soit conduit in jus. Ce n'est pas seulement pour que le prêteur prononce mécaniquement cette addictio qui n'apprécie rien, mais c'est, avant tout, pour ménager l'intervention du vindex. Le vindex a une manifestation rituelle à faire, une vindicatio. Autant la loi est muette, à bon escient, à mon avis, lorsqu'il s'agit de la manus injectio, autant maintenant elle est explicite. Il ne lui suffit pas d'avoir dit in jus ducito, elle répète encore : "Quis endo eo in jure vindicit. Cette vindicatio s'oppose exactement à la manus injectio. L'adversaire n'est pas le judicatus qui ne peut rien

dire, l'adversaire est le vindex. Sa vindicatio continue l'action de la loi dont elle est une partie intégrante. L'action continue apud praetorem, praesente adversario.

§ 2 - Manus injectio vocati.

Nous allons toucher le prix, dans ce paragraphe, de la question bien posée dans le paragraphe précédent. Nous avons déterminé la nature et l'utilité de la manus injectio en montrant que la mainmise précédait la conduite in jus et qu'elle en était l'instrument. Les résultats obtenus éclairent et facilitent l'étude de la manus injectio vocati. Cette institution dans la doctrine moderne est une des plus obscures et des plus controversées qui soient.

La manus injectio judicati est la procédure d'exécution contre le débiteur déjà jugé et condamné. La manus injectio vocati est le mode d'appeler en justice celui contre qui on estime avoir un droit et que l'on veut faire juger. Nous la connaissons principalement par deux textes ou deux groupes de textes : 1°) les textes qui nous rapportent la disposition des Douze Tables et 2°) le début du récit de Tite-Live relatant le célèbre procès de Virginie. Nous allons successivement étudier ces deux sources.

I - La loi des Douze Tables.

Dans la loi des XII Tables reconstituées dans les textes de Droit Romain (soit les Textes de Girard, soit les Fontes de Bruns), nous lisons au début de la loi des XII Tables : "I. si in jus vocat ito ni it antestamine. Igitur em capito. 2. Si calvitur pedemve struit manum endo jacito. Si quelqu'un en appelle un autre en justice, que celui-ci y aille. S'il ne vient pas, que l'autre prenne des témoins. Donc qu'il le saisisse. 2. Si le débiteur se retire en arrière ou frappe du pied (s'il cherche à se dérober) que le créancier mette la main sur lui.

Nous ferons deux remarques préliminaires sur l'état de ce texte. Les deux parties de la loi reconstituées ne viennent pas de la même source. La première partie est tirée d'un commentateur d'Horace, Porphyre, Satires, livre I, Satire 9, vers 76. La seconde partie est tirée de Festus, p. 310, expliquant le mot *struere*. La reconstitution est donc artificielle. Si nous admettons que tous les mots cités sont bien des mots de la loi des XII Tables, la suite des propositions ne l'est

pas. Il est donc téméraire d'échafauder des systèmes ayant uniquement pour base la suite I et 2 des textes reconstitués. Nous verrons dans peu de temps l'intérêt de cette observation.

La deuxième remarque portera sur le texte lui-même. Dans la première partie : Si in jus vocat, ito, ito, est une conjecture, une addition due à un auteur allemand Heindorf Zeitsch D Gesch Rechtswissenschaft, II, page 432, note 410. - Mommsen, dans l'édition des Fontes de Bruns, dit en note qu'il estime plus exact de ne pas conserver cette addition. Je partage son avis.

Le manuscrit de Porphyre contient un texte certainement incorrect ; "Si in jus vocationi tante tamini-gitur". En lettres capitales dans un manuscrit en onciale la suite des lettres se présenterait ainsi : SIINJUSVOCAT (IO) NITANTESTAMINIGITUR. Pour restituer ito, il faut supposer la chute de trois lettres, T, entre I et O, I devant le T de testam et O avant igitur. Au point de vue paléographique, la chute de trois lettres, c'est beaucoup, et la chute d'un T est difficile à accepter.

Il y a une hypothèse paléographique plus vraisemblable. Nous supposons que deux lettres seulement sont tombées, I devant it, ni it et O devant igitur, testamino igitur. Le copiste s'en est aperçu et a noté, soit en marge soit en interligne les deux lettres tombées : IO. Par la suite, un copiste négligent les a restituées dans le texte, mais sans tenir compte du sens général. En commettant une faute de facilité, il écrit vocationi. Nous allons maintenant donner les raisons de fonds qui sont en faveur de la suppression de cette addition moderne de ito.

Si nous écartons la glose moderne, l'interprétation du texte paraît facile et claire. La loi débattait ainsi. Si in jus vocat ni it, antestamino. Elle supposait donc qu'une invitation à se rendre in jus avait été adressée à quelqu'un. Cette invitation n'est pas encore un acte rituel. Il ne comporte pas de verba certa et il n'est pas motivé, il n'a pas de causa, ce qui sont les deux caractéristiques les plus frappants de l'acte rituel. Sur ces deux points nous sommes d'accord avec toute la doctrine. Nous trouvons dans les Comédies de Plaute, d'assez nombreux exemples d'appels en justice. Asinaria 2,474; Persa, 4,9.8., Poenulus 5,4.55., 5,465; Rudens, 3,6,22; Truculentus, 4,3,66.; Curculio 5,2,23.; assez souvent il est dit "in jus te voco", ce qui est en effet naturel. Mais on emploie aussi d'autres termes : "Ambula in jus"; Eamus in jus" "Age, ambula in jus". La variété de ces formules, chacune plusieurs fois répétées, prouve que nous ne

trouvons pas en face de *verba sollemnia*. D'autre part, dans Persa 4.8.9., nous trouvons ce dialogue : "Age, ambula in jus, leno, Quid me in jus vocas? Ille apud praetorem dicam sed ego in jus te voco :- Viens, marche vers le prêteur, proxénète. Pourquoi m'appelles-tu devant le prêteur ? Cela je le dirai devant lui, mais moi je t'appelle en justice. L'invitation à venir in jus n'était donc pas motivée. Elle était pure et simple. La diversité des paroles et l'absence de *causa* nous prouvent que nous sommes en face d'une invitation bénévole n'ayant pas le caractère d'une action de la loi. Il est donc invraisemblable qu'elle ait été obligatoire, donc qu'elle ait été sanctionnée dans la loi par un impératifito. Telle est la raison de fond qui après les raisons de forme me persuade que ce verbe ne figurait pas dans la loi. L'interpellation adressée par l'adversaire était une invitation à suivre volontairement.

Mais la loi prévoit tout aussitôt que l'adversaire ne suivra pas. Alors commence la procédure par la prise à témoin des assistants.

Cette prise à témoin est le début de l'action de la loi; La première disposition impérative des XII Tables est *antestamino*. Elle est donc subordonnée à deux conditions : 1°) que l'invitation ait été adressée à l'adversaire; 2°) que l'adversaire n'ait pas obtempéré à l'invitation. Cette double condition est exprimée suivant l'usage des *decemvirs* sous une forme différente. " Si in jus vocat, ni it, antestamino", telle est la première proposition qui suit le même mouvement que la disposition également célèbre : "Si intestato moritur, cui heres suus nec escit agnatus proximus familiam habeto".

La prise à témoin des assistants est suivie de la mainmise proprement dite. C'est elle que vise la deuxième proposition. Ici encore la disposition impérative *manus iniecit* est annoncée par une alternative : si *calvitur pedemve struit*. Les grammairiens de l'époque d'Auguste ne connaissent plus bien le sens de ces deux verbes. Il n'y a pas grand intérêt à analyser leurs hésitations grâce auxquelles nous connaissons les paroles de la loi des XII Tables. Constatons seulement que la loi des XII Tables prévoit une résistance avant la *manus iniecit*, soit par la force d'inertie, soit par un essai de recul en arrière, de fuite. Et elle indique que la *manus iniecit* est le mode qui fait cesser cette résistance, qui contraint l'adversaire. Deux contraintes; par la prise à témoin le saisissant appelle les assistants à l'aide et prend ses précautions contre une éventuelle résistance de

leur part; par la manus injectio il contraint l'adversaire.

La doctrine moderne fait grand état des deux dispositions qui ~~terminent~~ les deux textes que nous commentons, igitur em capito, pour le premier, manum endo jacio, pour le second. Elle s'efforce d'y voir deux moments différents de la procédure et elle s'efforce de distinguer les deux actes. Elle n'y réussit pas, car, pour les uns, em capito n'est qu'un geste matériel de saisie, tandis qu'au contraire, manum endo jacio serait l'action de la loi. Pour les autres, au contraire, comme Lenel, em capito serait le geste symbolique manifestant le droit, tandis que manus endo jacio serait l'acte de force matériel, le fait d'entraîner corporellement l'adversaire qui résiste.

Nous ne pensons pas que ces deux phrases méritent toutes ces discussions. Pour nous, il n'y a qu'un acte rituel unique, la manus injectio. Si d'après les sources nous admettons que la loi comportait en fait ces paroles em capito, manum emb jacio, l'état de ces sources ne nous permet pas de connaître de façon rigoureuse dans quelle composition ces paroles étaient dans la loi. C'est trop tirer du rapprochement artificiel des textes de dire que ces paroles représentent deux moments séparés et distincts de la procédure.

Si nous écartons ces difficultés inutiles, la présence de ces deux phrases, dont nous ignorons l'ordre exact dans la loi nous suggère seulement l'idée que la loi des XII Tables décrit les gestes de la procédure comme faits avec les deux mains. D'une main le créancier saisit le débiteur (capito) - et l'autre main se pose sur lui (manum in jicere), tandis que sont prononcées les certa verba de l'action. C'est la série des gestes clairement décrits par Gaius pour la vindictio du sacramentum IV. 16 "Deinde ipsam rem adprehendebat et ita dicebat. - Ensuite il saisissait la chose elle même et parlait ainsi : "Après avoir citées les paroles, Gaius ajoute : "Et simul hominem festucam imponebat. - Et en même temps il plaçait la festuca sur l'homme". Le geste préalable à l'action : "rem tenens. -tenant la chose" est également indiqué par Gaius pour la mancipation; I, 119 et pour l'in jure cessio II, 24. Em capito ne représente donc ici que cette appréhension préalable. Après quoi sont dites les paroles et sont accomplis les geste de l'action de la loi.

Nous considérons, on le voit, la manus injectio vocati comme une action de la loi. Notre opinion est fondée sur ce qu'elle a été réglée par une disposition formelle de la loi des XII Tables. De plus, elle comporte des paroles. Le récit de Tite Live, que nous allons étudier après ces textes, nous en apporte

la preuve. Il serait facile de reconstituer sur le modèle de la formule de la manus injectio iudicati que nous donne Gaius, une formule de manus injectio vocati très exactement accommodée aux paroles de la loi ; "Quod tu a me in jus vocatus es, quando non venisti, ob, eam ego tibi vocati manum injicio. Parce que tu as été appelé par moi en justice, puisque tu n'es pas venu, à cause de cela, je mets sur toi la main de l'appel". Cette restitution est sans doute tout à fait arbitraire, puisque nous n'avons pas de texte, mais en soi elle est satisfaisante et elle marque très exactement les limites de l'acte et la portée de l'appel.

II - TITE LIVE III. 44 -

Le procès de Virginie.

Nous trouvons dans le récit que fait Tite Live du célèbre procès de Virginie une très nette confirmation de notre manière de voir touchant la manus injectio vocati.

On sait que d'après la tradition des historiens de Rome ce procès se rattache à l'histoire des decemvirs et de la loi des XII Tables. La chute des decemvirs de la deuxième année a été amenée par un attentat perpétré par le premier des decemvirs Appius Claudius contre une jeune fille romaine Virginie, fille d'un centurion, Virginius et fiancée d'un tribun Icilius. Dans un premier état, cette histoire ou plutôt cette légende se rapprochait davantage d'une légende analogue, le viol de Lucrece. Dans la tradition romaine, la chute des rois avait été également provoquée par un attentat contre la vertu d'une romaine, Lucrece, violée par le dernier roi de Rome Tarquin le Superbe. Lucrece ne peut survivre à son déshonneur et, après avoir dénoncé à son mari l'injure qu'elle avait subie, elle se tue d'un coup de poignard. Il semble que dans le premier état de la légende, Virginie est également la victime d'un attentat direct, d'un coup de force contre sa vertu dont son père ne peut la sauver qu'en la tuant d'un coup de couteau.

Dans un deuxième état, qui est celui où l'ont connu les historiens, le coup de force s'est trouvé transformé en un attentat juridique, en un procès de liberté intenté contre toute équité, par un affranchi d'Appius Claudius contre une jeune fille libre dans le dessein de la livrer à la passion de son maître. Ce récit présente un grand intérêt pour les historiens du droit, parce qu'il fournit la description d'un procès de liberté vu par un auteur classique, donc suivant les règles de la procédure de son temps.

A défaut d'autres sources plus juridiques, il est une source importante pour nous de la connaissance de

ce procès

Nous pensons que l'affabulation juridique de l'histoire de Virginie a été imaginée par un jurisconsulte expérimenté suivant très rigoureusement la procédure de la loi des XII Tables. Tite-Live reproduit assez exactement sa source pour que nous puissions reconnaître dans son récit les traits caractéristiques du système juridique à la fois les paroles de la loi et les verba de la formule accomodés sur la loi. Mais Tite-Live n'est pas un juriste. Il n'a pas toujours compris exactement la portée technique des détails donnés par son modèle. La transformation de la légende, qui a fait de l'attentat un procès, les inexactitudes de Tite-Live, les erreurs modernes sur le caractère des actes de procédure, telles sont les trois sources de difficultés qui obscurcissent singulièrement dans les interprétations modernes, la trame pourtant assez simple de ce récit.

Dans une première partie, l'histoire de Virginie est un schéma romancé de manus injectio. Dans une deuxième partie plus longue, l'auteur de l'affabulation a mis en oeuvre les règles de la vindictio secundum servitutum et de la vindictio secundum libertatem du procès de liberté. Nous réservons cette seconde partie pour le chapitre où nous étudions l'adsertor libertatis. Au contraire, nous avons à étudier ici tout ce qui a trait à la manus injectio.

Nous venons de voir que nous connaissons les dispositions de la loi des XII Tables. Nous allons montrer maintenant que le récit de Tite-Live est une illustration précise de ces dispositions, une transposition littéraire de la loi telle que nous la comprenons. Cette confrontation est de grand intérêt pour notre système.

Voici un récit de Tite-Live, IV, 44 : "Virgini venienti in forum, minister decemviri libidinis manum inject, serva sua natam servamque appellans, sequi se jubebat : cunctantem vi abstracturum. Pavidam puella stupente, ad clamorem nutricis fidem Quiritium implorantis, fit concursus Virgini patris sponsique Icili populari nomen celebratur Notos gratia eorum, turbam indignitas rei Virgini conciliat. Jam a vi tuta erat, cum adsertor nihil opus esse multitudinem concitata ait : se jure grassari non vi. Vocat puellam in jus, auctoribus qui aderant ut sequeretur. Ad tribunal Appi perventum est. - Le ministre de la passion du decemvir fait manus injectio sur la jeune fille arrivant sur le forum ; l'appelant son esclave, née d'une de ses esclaves, il lui ordonnait de le suivre ; il l'emmènera de force si elle hésite à venir. Devant la jeune fille tremblante et stupéfaite, à cause des clameurs de la nourrice implorant le secours des Quirites, il se fait

un rassemblement. Les noms populaires de son père Virginius, de son fiancé Icilius se répandent. Ceux qui les connaissent, à cause d'eux, toute la foule, à cause de l'indignité du traitement, prennent parti pour la jeune fille. Déjà elle est à l'abri de la violence, lorsque l'adsertor déclare qu'il n'est pas nécessaire qu'une telle multitude se rassemble : il a procédé à un acte de droit et non de violence. Il appelle la jeune fille devant le magistrat, les assistants étant les témoins, les auctores qu'elle doit suivre. C'est ainsi qu'on arrive devant le tribunal d'Appius.

Dans ce récit dramatique, sous la forme imagée et dans l'ordre libre qui conviennent à une composition littéraire, nous trouvons tous les détails de la disposition légale scrupuleusement reproduits. Le récit débute par l'affirmation que l'affranchi d'Appius Claudius a fait la manus injectio d'après les instructions reçues de son maître, il veut provoquer une comédie de procès, aussi cette manus injectio est-elle faite à l'endroit le plus public de Rome pour que se réunissent le plus grand nombre de témoins. Elle a lieu sur le forum. Et l'on voit que le geste de mainmise est accompagné de paroles. Il ne s'agit pas ici d'un vocatus ordinaire mais d'un esclave ou du moins prétendu tel. C'est donc par l'affirmation qu'il est son esclave que débiteront les paroles du manum injectio dans l'action de la loi. Nous les retrouvons avec l'amplification littéraire convenable dans les premiers mots qui suivent l'indication de la manus injectio "serva sua natam, servamque suam appellam". Dans les paroles suivantes sequi se jubebat, cunctantem vi abstractorum, nous trouvons la paraphrase aussi bien de la loi elle-même : si in jus vocat ni it, et si calvitur pedemve struit, manum endo facite, et les paroles de la formule : "parce que je t'ai appelé, puisque tu n'es pas venu, je fais sur toi la manus injectio". Cette vis qui servira à entraîner le prétendu esclave qui hésite, qui tarde à obéir, ce n'est pas la violence matérielle, mais la vis civiles, la force du rite. La suite du récit le montre. Marcus Claudius explique aux assistants qu'il ne commet pas un acte de violence, mais qu'il accomplit une action loyale. Mais on peut voir aussi que Tite-Live est aussi incapable que les interprètes modernes de distinguer entre les deux sens du mot vis, force et violence. Cette confusion le fait tomber dans une très singulière contradiction. Il emploie trois fois à la suite le même mot vis. La seconde et la troisième fois, sont destinés à expliquer la première. Dans ces deux derniers cas, vis a certainement le sens de violence. La première expli-

cation pourrait faire croire que c'est aussi le sens du premier vis. L'affranchi menacerait la prétendue esclave récalcitrante de l'entraîner par la violence et l'intervention de la foule l'aurait protégée contre cette violence. Mais, dans la seconde explication, Tite-Live emploie le mot vis au sens de violence pour dire que la première vis n'est pas la violence mais un acte légal. Et, c'est cette dernière explication qui est la vraie. D'après les instructions mêmes de son patron, l'affranchi a prétendu dès le début se tenir dans les limites de l'acte légal et, comme on peut le voir, Virginie n'est pas plus protégée contre cet acte après l'intervention de la foule qu'avant. Que conclure de cette contradiction ? Nous voyons là un premier exemple de la façon dont Tite-Live a trahi sa source, faute de la comprendre avec assez de rigueur. C'est cette source qui parlait de la vis civilis et expliquait que c'était du droit. C'est Tite-Live qui, ne comprenant pas suffisamment la portée technique de l'expression et sa longue tradition, mouvemente le récit en disant que la jeune fille est sauvée de la violence par l'intervention de la foule.

Au contraire, cette intervention ne fait que donner à la manus injectio son plein développement. Nous dirons que parmi les manus injectiones dont nous reconnaitrons l'existence, il y en a une qui appartient au maître pour se faire obéir par son esclave, la manus injectio servi. Tant qu'il ne s'agit que de l'esclave, il ne peut être question de le conduire in jus. Car l'esclave n'a qu'à obéir, il ne peut contester le droit qu'a le maître de le commander. Donc, la manus injectio donne directement au maître le droit de conduire son esclave dans sa maison, secum ducere. Mais le droit de contester l'ordre, n'importe quel citoyen peut l'exercer. Tout citoyen peut être, en principe, l'adsertor de la liberté d'un esclave prétendu. C'est sur ce principe que sont basées les règles du procès de liberté. C'est un changement dans le but de la manus injectio qui produit l'intervention de la foule. Ceux qui connaissent Virginius le père et Icilius le fiancé, protestent qu'il ne s'agit pas d'une esclave, mais d'une jeune romaine libre de la fille d'un des leurs. Appius attendait cette protestation et désirait la provoquer. Elle prouve que l'intervention d'un adsertor est à envisager. Dès lors, la manus injectio change de caractère. Si ce n'est plus un esclave que l'on veut amener chez soi, mais quelqu'un sur qui on prétend avoir le droit de maître, droit que l'on prouvera devant le prêteur, la manus injectio servi se transforme automatiquement en manus injectio vocati. Ce changement est attesté par la fin du texte ; Vocam puellam in jus ;

Marius Claudius appelle la jeune fille en justise.

La doctrine moderne commet ici la même faute de méthode que dans l'interprétation de la loi des XII Tables lorsqu'elle veut voir deux actes différents dans un *capito* et *manus endo jacito*. Elle veut séparer et traiter comme deux épisodes distincts et sans relations entre eux la *manus injectio* du début et l'*in jus vocatio* de la fin. Dans l'un et dans l'autre cas, elle arrive à des conclusions bien singulières. Nous verrons comment elle a été amenée à prétendre que dans la phrase *manus injectio*, il ne faut pas voir une *manus injectio*. De même, Nicolai, *Causa liberalis*, page 125, affirme que, dans l'expression *vocat in jus*, il ne faut pas voir une *in jus vocatio*. Car, dit-il, l'*in jus vocatio* est un acte juridique ; or un acte juridique ne peut être accompli avec un esclave.

Il est difficile de se tromper plus complètement. Voyons la suite du récit. M. Claudius a fait la *manus injectio*. Par les gestes et par les paroles, il a rituellement mis la main sur la jeune fille. La foule s'assemble. Les amis de Virginus manifestent l'intention de prendre la défense de sa fille. Appius leur explique alors qu'il accomplit un acte juridique, qu'il fait une *manus injectio*. Bien entendu, il ne lâche pas pour cela la jeune fille, bien au contraire. L'occasion est donnée à l'auteur de l'affabulation de compléter la description exacte de l'action d'après les XII Tables. Il invite la jeune fille à venir *in jus*. Cette invitation qui, nous l'avons dit, n'est pas un acte juridique parce qu'elle est faite sans forme, peut parfaitement être adressée à un esclave "*eamus, ambula in jus*". Mais, en même temps, l'affranchi prend à témoin ceux qui sont présents. Par cette prise à témoins, il les transforme d'adversaires en assistants ; ils sont les *auctores*, c'est-à-dire les témoins et les garants que la jeune fille doit suivre, qu'elle est contrainte à venir. La *manus injectio* subit ici un nouvel aiguillage vers le *jus*, vers le magistrat. Mais c'est la même qui continue. La paraphrase de la loi des XII Tables se complète ; il lui manquait la prise à témoins. Le dernier détail l'introduit et met en œuvre la première disposition : "*Si in jus vocat ni it antestamino*". C'est ainsi que l'on vient devant le magistrat.

Ici s'arrête l'épisode de la *manus injectio*. Nous avons montré, nous semble-t-il, que cet épisode n'est que l'illustration de la loi des XII Tables, la transformation en une histoire dramatique des dispositions de la loi. Comme tel, il vient les éclairer et les confirmer.

III - La doctrine moderne sur la manus injectio vocati.

Nous allons voir maintenant par quelle suite de malentendus l'interprétation moderne en est arrivée à obscurcir des textes dont l'interprétation en soi nous a paru claire et, en somme, facile. Puchta (*Institutiones* 8^e ed. § 160. p. 465) porte la responsabilité du premier et du plus grand de ces malentendus. Dans une courte phrase, il dit que si le vocatus refuse d'obéir à l'*in jus vocatio*, le plaignant doit appeler des témoins et, devant un refus répété, il a la manus injectio. Entendez par là, bien que Puchta ne l'explique pas, la *legis actio per manus injectionem judicati* ou *pro judicato*, qui est la seule qui figure dans l'énumération des cinq actions de la loi.

Les auteurs qui adoptent l'opinion de Puchta la mettent en système ; par exemple, Ihering (*Esprit du droit romain*, I. p. 159), Karlowa (*Röm. Civilprocesse zur Zeit der legis actionem* p. 321), Unger (*Zeit für Rechtsgeschich.* VII. p. 206) ; Huschke (*Multa*, p. 420) et d'autres encore. Le défendeur qui résiste est considéré comme ayant avoué, comme confessus. Il est tenu pour *judicatus*, *pro judicato*. Désormais, la manus injectio l'empêche de se défendre autrement que par l'intermédiaire d'un *vindex*. Karlowa répondant aux objections de Bethmann-Hollweg, dit que tout le monde est d'accord pour reconnaître d'après la teneur de la loi, qu'il y a trois moments dans la procédure : l'*in jus vocatio*, puis l'*em capito* et enfin le *manum endo jacito*. Il faut que le *manum endo jacito* soit compris autrement qu'une mainmise de fait, un acte de force matérielle, car il ne se différencierait pas de l'*em capito*. Il faut donc y voir la *legis per manus injectionem pro judicato*.

On comprend que cette logique ait paru trop rigoureuse, impossible même à accepter, Keller, (*Röm. Civilpr.* § 46), Rudorff (*Rechtsg* II, p. 209) Bethmann-Hollweg (*Civil pr.* I. p. 106-07) et surtout Lenel (*Savigny Stift* II. p. 52) se sont élevés contre elle. Lenel objecte avec force que Gaius, qui explique en détail les applications de la *legis actio judicati*, *pro judicato* et *para*, ne parle pas du vocatus. Rien dans les institutions postérieures de la procédure formelle ne laisse supposer que le vocatus récalcitrant ait jamais été traité en confessus. Comme le dit très justement encore Lenel, on ne peut prouver en aucune façon que l'*in jus vocatio* ait été causée et qu'il fût nécessaire de dire au vocatus quelle était l'action qui allait être intentée contre lui. Sur quoi

donc était fondée la manus injectio ? Sur le fait que le vocatus résiste à une sommation non motivée. Est-il possible que la loi des XII Tables ait lié la perte de tout le droit à cette supposition si vague, si calvitur pedemve struit ? Quel est le demandeur assez peu ingénieux pour ne pas être tenté de prendre le moindre mouvement de son adversaire pour une dérobade et de s'assurer ainsi à peu de frais un avantage si précieux ?

Mais, dans leur désir légitime de repousser l'application de la manus injectio iudicati, les auteurs, faute d'imaginer une solution intermédiaire en sont arrivés à nier l'existence de toute manus injectio. Ils prétendent écarter le témoignage des XII Tables en affirmant que la seule expression technique est manus injectio esto. Elle seule désigne la legis actio. Quand la loi dit : manum endo jacito, il s'agit seulement d'un geste matériel. Il n'y a pas de manus injectio. Le créancier met la main sur son débiteur lorsqu'il se dérobe pour le conduire de force devant le magistrat et Lenel tente de conserver une opposition entre em capito et manum endo jacito, la première expression désignerait une contrainte de droit. Elle ne signifie rien de plus qu'une mainmise et pas encore un acte de force. La mainmise ne serait que le symbole de la préhension. Au contraire, en face de la résistance, manum endo jacito désignerait l'acte matériel de violence, la saisie effective.

L'explication est subtile et combien arbitraire ! Elle heurte le sens commun. Qui pourrait soutenir sérieusement que manus injectio n'est pas en rapport nécessaire avec manum injicere ? C'est l'expression abstraite de l'action du verbe. La relation est la même qu'entre vindicatio et vindicare, legis actio et legis agere et tant d'autres exemples ! A l'époque des XII Tables, cette relation n'est pas affaiblie par des usages divergents et garde toute sa vigueur de nouveauté. Il faut convenir que les auteurs ont vraiment joué de malheur avec cette expression. Pour eux, dans le iudicatum, manus injectio ne veut pas dire mainmise, mais désigne, en général, l'action de la loi. Et dans le vocatum, manum injicere ne veut pas dire manus injectio !

Il faut constater, cependant, que depuis Lenel, la doctrine adopte, sans plus les discuter, ses conclusions qui vident les mots de leur sens. P.F.Girard avec sa précision habituelle, ne fait que rendre plus apparent le paradoxe lorsqu'il décrit ainsi l'appel en justice (Manuel, p. 1032, n. 1.) : "Celui qui veut intenter un procès à un autre s'arrange pour le trouver

hors de chez lui et le somme de le suivre devant le magistrat. Alors le sommé est obligé de suivre l'auteur de la sommation. S'il résiste, le demandeur prend les assistants à témoins, puis il le saisit (igitur *em capito*) et il l'entraîne de force en cas de résistance (*si calvitur pedemve struit manum endo jactito*)". Mais, *manus injicere* ne peut vouloir dire entraîner de force, ni par le mot à mot, ni par une interprétation qui voudrait conserver un rapport avec les mots traduits !

On va même jusqu'à dire que dans le récit de *Titte-Live*, non seulement *manus injicere* ne veut pas dire *manus injectio* mais *in jus vocat* ne signifie pas davantage *in jus vocatio*, car, dit-on, on ne peut pas inviter un esclave à venir de bon gré devant le juge. Peut-on montrer plus clairement qu'ayant déjà pris parti, par suite d'une interprétation trop étroite de *Gaius*, on est décidé à utiliser n'importe quel argument, n'importe quelle défaite pour écarter des textes gênants, entraîné que l'on est par la logique d'une erreur initiale.

Remarquons, cependant, que dans la littérature la plus récente, par ex., *Taubenschlag*, dans *Pauly-Wissowa*, au mot : *manus injectio*, il y a une tendance à se départir de l'attitude par trop absolue de la génération précédente. On reconnaît qu'il pourrait y avoir plusieurs *manus injectiones* ; mais on marque toujours une très grande différence entre la *manus injectio judicati* qu'on considère comme la seule *legis actio* judiciaire parce que, elle se déroule, dit-on tout entière *apud praetorem* et les autres, qu'on appelle *manus injectiones extra-judiciaires*, sans dire pour la *manus injectio vocati* si elle est ou non une action de la loi.

IV - L'appel en justice.

Nous avons apporté la preuve que la *manus injectio judicati* débutait hors de la présence du juge. Nous avons, également, établi que la *manus injectio vocati* était, elle aussi, une action de la loi. Nous avons ainsi établi une liaison plus étroite entre ces deux actions, tout en ne les confondant pas et en laissant à chacune son individualité propre. Nous avons ainsi, me semble-t-il, résolu une question laissée jusqu'ici sans solution satisfaisante, la question de l'appel en justice dans la procédure des actions de la loi. L'erreur initiale rendait la doctrine singulièrement incertaine et encore plus précaire. Il semblait que, pour le *judicatus*, la loi n'avait

rien prévu puisque, malgré son texte pourtant clair, la doctrine plaçait la *manumise* après la *ductio in jus*. Et, pour le *vocatus*, la même doctrine affaiblissait à l'extrême la prescription légale en déniant au *manum endo jacito* son sens naturel. On trouvait un *com-mode* échappatoire dans l'hypothèse générale sur laquelle reposait toute l'explication du mécanisme des actions de la loi, dans le système de la justice privée. La loi des XII Tables, pensait-on, n'ayant rien réglé, avait purement et simplement laissé subsister l'ancien usage : c'est au demandeur à forcer comme il le peut le défendeur à venir devant le juge, au besoin par la violence, à lui de s'arranger et de compter sur la force de ses poings ! Le juge attend, impassible et muet, comme un dieu Terme, qu'on amène devant lui la victime résignée ou révoltée, dans ce dernier cas, matériellement contrainte.

Quel préambule de la justice d'état et quel aveu d'impuissance ! Mais que fera celui qui ne peut compter que sur la force de ses poings ? Comme le vieil usurier s'y prendra-t-il pour traîner de force le jeune et robuste centurion qui a lutté contre des ennemis plus terribles, les armes à la main ? Pourquoi, si c'est une question de force, celui-ci se contentait-il de se lamenter, de montrer ses blessures et de prendre à témoins les assistants, frémissants mais muets, de l'indigne traitement auquel il était soumis. Tels sont les tableaux que brosse Tite-Live par ex. Livre 6 ch. 14. Et, si le dit usurier peut recourir à la force de ses esclaves ou de ses clients, pourquoi les compagnons d'armes qui voient avec indignation la condition misérable de leur ancien chef, résisteraient-ils à l'envie d'employer eux-mêmes la force. Or, dans les nombreux récits des historiens qui exposent la triste situation des débiteurs, nous n'avons aucun exemple de violence opposée à la violence.

La loi doit être lavée de tout reproche. Elle a su, à l'entrée de ses majestueuses constructions, ayant pour but d'écarter de la cité l'emploi de la force, élever le portique digne de l'édifice. Nous avons montré que la *manus injectio* n'était pas, comme le voit la doctrine, une sorte d'embaument de la violence, monification neutralisante. La *manus injectio* avait une utilité réelle. La manifestation rituelle exerçait son pouvoir de contrainte supérieur à celui de la force matérielle ; elle était le mode grâce auquel la loi pouvait exercer son action sur les justiciables. La *manus injectio* était la forme de l'appel en justice dans la procédure des actions de la loi.

S'il ne s'agissait que de distinguer entre la ma-

nus injectio judicati et la manus injectio vocati, nous serions pleinement d'accord avec l'opinion commune ; elles ne doivent pas, en effet, être confondues. Je ne pense pas qu'il faille accuser la loi de cette confusion. La loi énumère exactement tous les effets de la manus injectio judicati ; le jus ductio nis engendré par elle comportait d'abord le droit de in jus ducere, puis le droit de secum ducere et enfin le droit de vineere. Nul doute que si nous possédions le texte complet de la manus injectio vocati, au lieu de deux fragments mutilés que nous avons tant bien que mal ressoudés, nous constaterions que la loi se terminait très simplement par un in jus ducito. Le droit de ducere in jus, tel est le but et partant la limite de la manus injectio vocati. Le prêteur fera bien facilement la distinction. Lorsque le demandeur conduira devant le prêteur le défendeur saisi, il lui suffira de dire "judicatus" pour que le prêteur refuse de faire autre chose qu'une addictio, une fois la matérialité de la situation vérifiée. Au contraire, si le demandeur amène in jus un vocatus saisi, il dira de façon analogue "vocatus" et lèvera lui-même la main ; le prêteur lui en donnerait l'ordre au besoin. La manifestation rituelle cesse, ayant atteint son but, et le vocatus, de nouveau libéré, coopérera à l'organisation de l'action en justice. Sous la procédure des actions de la loi, l'appel en justice est confondu avec sa sanction.

Cette confusion cesse sous la procédure formulaire. Le prêteur donne, dans son édit, une sanction plus moderne à l'appel en justice, sous la forme d'actions in factum. Gaius nous le dit dans un passage que nous aurons l'occasion d'étudier plus longuement (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 exonerit eum qui in jus vocatur. Les autres formules aussi qui sont proposées au titre de l'appel en justice, sont conçues en fait, par exemple, contre celui qui, appelé en justice, ni n'est venu, ni n'a fourni de vindex ; de même contre celui qui aura enlevé par la force celui qui est appelé en justice".

Le prêteur décompose en deux actions distinctes l'office de la manifestation rituelle qui faisait face à elle seule au double danger, résistance opposée par le vocatus et aide qui pourrait lui être donnée par des tiers. Le procédé archaïque et brutal est remplacé par de nouveaux remèdes plus commodes et conformes au droit nouveau. La manus injectio est alors abandonnée,

et l'*in jus vocatio*, assurée d'autre sorte, acquiert désormais une existence distincte et indépendante, comme acte introductif d'instance.

§ 3 - *Manus injectiones*.

L'examen auquel nous nous sommes livrés de la *manus injectio judicati* et de la *manus injectio vocati* nous a révélé leur vrai visage. L'une et l'autre ont toujours conservé leur utilité réelle. Elles sont destinées à contraindre celui sur qui l'auteur de l'acte rituel estime avoir un droit, à le suivre. Elles font acquérir un *jus ductionis* contre lequel celui qui est contraint ne peut résister et auquel aucun citoyen ne peut s'opposer. La loi des XII Tables a utilisé ce rite de contrainte pour créer deux actions de la loi qui ont chacune leur caractéristique et leur but différent.

Ces deux actions de la loi sont des créations nouvelles. Elles supposent la juridiction civile créée. Dans la première, ce qui est nouveau, c'est d'appliquer la *manus injectio* à l'hypothèse du *judicatum*. Mais la *manus injectio* conserve toute l'étendue de son efficacité primitive, droit de *ducere in jus*, droit de *secum ducere*, droit de *vincere*. L'intervention du *vindex* se déroule elle aussi, verrons-nous, entièrement, selon le rite ancien. Dans l'*in jus vocatio*, l'innovation a été plus considérable. Néanmoins, non seulement la *manus injectio vocati* donne le droit de *in jus ducere*, mais encore, si le *vocatus* ne trouve pas une personne pour promettre par un *vadinomium* qu'il reviendra au jour dit, le saisissant a le droit de *secum ducere*. Ces deux *manus injectiones* supposent qu'il y a un *judex* et un *judicatum* obtenu ou à obtenir de lui.

Mais elles ne sont que l'utilisation par la loi d'un usage beaucoup plus ancien et plus général. De cet usage, des traces multiples subsistent encore dans le droit romain historique. Nous allons les réunir ici. Il en résultera qu'en définitive, toutes les fois qu'une personne avait sur une autre une puissance, un droit, la manifestation rituelle lui donnait la faculté d'exercer le *jus abducendi*.

I - *Manus injectio* sur l'esclave.

Le *paterfamilias* a la *manus injectio* pour réduire à l'obéissance les personnes *in potestate* et les contraindre à obéir. La *manus injectio* lui donne la possibilité d'exercer sa potestas. En premier lieu, sur l'esclave. Les traces les plus nettes nous en ont été

conservées jusque dans le droit classique le plus avancé.

Les jurisconsultes et les constitutions impérialistes prévoient à plusieurs reprises, des ventes d'esclaves dans lesquelles le maître, en vendant son esclave, réserve son droit de manus injectio si les clauses particulières à la vente ne sont pas respectées. Ces clauses sont citées par les jurisconsultes comme étant les *leges venditionis*, les lois privées, c'est-à-dire les conventions sous la condition desquelles la vente a été faite. Elles sont trois : *ut exportetur*, *ne prostituatur*, *ut manumittatur*.

Dans la première, le vendeur impose à son acquéreur d'éloigner l'esclave du lieu de la vente, soit de Rome, soit de quelque autre lieu qu'il habite. Cette clause continue à s'imposer à tous les acquéreurs successifs. Si, par la volonté, non seulement du premier, mais de l'un quelconque des autres, l'esclave revient dans le lieu interdit, le premier maître a le droit de le reprendre par la manus injectio. Si l'esclave a été affranchi par l'un des maîtres, la manus injectio ne peut plus s'exercer au cas de retour de l'affranchi, mais il est saisi par le fisc et vendu aux enchères *sub eadem lege*, sous la même condition.

La deuxième et la troisième *lex* est *ne prostituatur*, *ut manumittatur* imposent à l'acquéreur d'affranchir l'esclave vendu ou de ne pas le livrer à la prostitution. La sanction est que, en cas d'inexécution de ces clauses, le vendeur fait manus injectio sur l'esclave. Une constitution de Marc-Aurèle, citée par les textes du Digeste, rend cette manus injectio inutile en décidant que la liberté est accordée d'office à l'esclave si l'acheteur néglige de se conformer à la loi de la vente.

Rien n'est plus clair, à notre avis, que cette clause, du moins dans notre conception de la manus injectio. Les textes parlent en propres termes de *manum injicere* et de manus injectio ; il n'est plus possible de dire, comme le fait la doctrine pour la manus injectio vocati, que seul le terme de manus injectio est l'expression technique de l'acte juridique et que manus injicere désigne l'acte matériel. Il est utile de rapprocher, comme nous le faisons, tous les cas où le droit montre en action une manus injectio, car ce rapprochement, s'il n'avait pas encore d'autre utilité, aurait cet avantage de faire s'évanouir d'eux-mêmes ces raisonnements singuliers imaginés pour les besoins de la cause, et sans vue d'ensemble. Car, dans le cas de l'esclave, nous voyons indifféremment employer *manum injicere* et manus injectio, sans que l'une

de ces deux expressions soit plus ou moins technique que l'autre. Il s'agit bien d'un droit, car les juriconsultes et les constitutions parlent de *facultas injiciendae manus* (Cod.4,55.1) ou encore plus expressivement de *potestas abducendi* (Cod.4,56,1) ; et ce droit, le maître se l'est expressément réservé dans la vente : "Venditor qui manus injectionem exceptit - le vendeur qui se réserve la manus injectio" (Dig.2.4,1). C'est un attribut de sa potestas qu'il n'a pas abandonné.

Devrons-nous dire que la manus injectio sur l'esclave est une action de la loi ? Il faudrait pour l'affirmer apporter la preuve qu'elle a été réglée par la loi des XII Tables ou par une loi postérieure ; nous n'avons pas cette preuve, aussi nous abstiendrons-nous d'employer cette qualification ; mais qu'elle soit une manifestation rituelle, voilà qui n'est pas douteux. Elle comportait bien évidemment le geste rituel de *manum injicere*. Son nom nous dispense d'insister. Elle comportait des paroles. Le récit que fait Tite-Live du procès de Virginie nous en donne la preuve sous une forme littéraire : "Serva sua natam servam appellans, seque se jubebat, unctantem vi abstracturum - L'appelant esclave, née de son esclave, il lui ordonnait de le suivre disant qu'il emploierait la force si elle hésitait".

Cette potestas abducendi, dont parlent les interprètes est purement et simplement le droit de reprendre son ancien esclave à titre d'esclave et de l'emmener chez soi. Elle fonde directement le droit de *secum ducere*. Il ne peut être question pour l'esclave ni de résister, ni d'en appeler au prêteur. Mais le récit du procès de Virginie nous est encore précieux pour nous montrer comment l'intervention d'un tiers, ce tiers serait-il l'acquéreur, transforme automatiquement la manus injectio servi en un appel en justice, nous dirons donc en une *legis actio per manus injectionem vocati*. Nous avons dit que, du moins d'après la version de Tite-Live, ce qui seul nous intéresse, Appius Claudius et son affranchi s'étaient mis d'accord sur un scénario juridique. Leur but était de déterminer un semblant de procès. C'est pourquoi, au lieu de choisir un lieu écarté, l'affranchi fait sa manus injectio à l'endroit le plus fréquenté de Rome, sur le forum. Il atteint son but, qui est de provoquer les assistants, grâce à quoi il peut dire que sa manus injectio est un appel en justice, une *in jus vocatio*, même si l'on admet que cette intervention transforme le caractère premier de la manus injectio, c'est la même qui continue à titre de manus injectio

vocati. Les compères ont spéculé, nous le verrons, sur le fait que le père, Virginus, est à l'armée et que le magistrat refusera tout autre adsertor que le père. La manus injectio sera alors confirmée par l'addictio du prêteur et le tour sera légalement joué.

II - Manus injectio filii familias.

Le paterfamilias avait encore la manus injectio pour contraindre à l'obéissance les liberae personae quae sunt in potestate. Les personnes libres qui sont sous son pouvoir. Cette catégorie comprend les fils de famille et la femme in manu. Elle englobe aussi les personnes libres qui sont sous le mancipium.

Cette manus injectio n'a pas laissé de traces aussi directes dans le droit classique que celle qui porte sur les esclaves. Elle est cependant très reconnaissable. Nous avons d'abord un témoignage de son exercice à une époque assez ancienne, C. Flaminius étant tribun de la plèbe proposait une loi agraire tendant au partage par tête d'un canton de la Gaule. Il resta insensible à toutes les menaces, et se préparait à monter à la tribune quand il fut arrêté par la manus injectio de son père. Valère Maxime, 5.45, "Absterritus postquam pro rostris, ei legem jam referenti, pater manum iniecit. Privato fractus imperio descendit e rostris.- Il en fut détourné après que son père eut fait manus injectio devant les rostris sur lui qui proposait déjà la loi. Dompté par le commandement de son père, il descendit des rostris". Ceci se passait en 521 R.F 253 av. J.C.

Nous en aurions encore un témoignage plus tardif dans un discours de Quintilien, Institutions oratoires VII.7.9. : "Patri in filium, patrono in libertum manus injectio sit. Liberti heredem sequantur. Liberti filium quidam fecit heredem: invicem petitur manus injectio, et patronus negat jus patris illi fuisse quia ipse in manu patroni fuerit - La manus injectio appartient au père contre le fils, au patron contre l'affranchi. Les affranchis suivent l'héritier. Quelqu'un institue pour son héritier le fils de son affranchi. Ils réclament l'un contre l'autre la manus injectio. Le patron nie que le père eût ce droit contre lui, puisque le père lui-même est sous la main du patron.

C'est un cas d'école, comme la plupart des hypothèses de Quintilien, qui n'est pas emprunté à la réalité et qui fournit un exemple d'antinomie résultant de ce que le fils de l'affranchi étant constitué par testament héritier du patron, a contre son père la manus injectio du patron.

Ce qui enlève beaucoup de sa valeur au témoignage-

ge est que la règle, *liberti sequantur heredem*, n'est pas une règle du droit romain; l'héritier n'acquiert pas, d'après le droit romain, les droits de patronat du testateur. Ce serait, au contraire, une règle du droit grec, ce qui rendrait à la rigueur possible cette situation paradoxale du fils ayant en sa qualité de patron la *manus injectio* contre son propre père, mais cela rend peu probant ce témoignage de *manus injectio* pour le droit romain. D'ailleurs, il ne nous est pas indispensable.

L'institution a subi dans la procédure formulaire une transformation analogue à celle qui s'est produite pour la *manus injectio vocati*, pour l'appel en justice. Nous avons dit comment l'*in jus vocatio* a été rendue indépendante de la *manus injectio*. Elle a été sanctionnée autrement par des actions *in factum*, l'une contre le *vocatus* qui ne suit pas et ne fournit pas de *vindex*, l'autre contre celui qui enlève par la force le *vocatus* au demandeur. Ici, ce qui est séparé de la *manus injectio* et sanctionné par des interdits, c'est le droit de *ducere secum*, de conduire chez soi le fils, le *jus ductionis*.

Le préteur a prévu deux interdits contre ceux qui voudraient empêcher le père d'exercer son *jus ductionis*, un interdit exhibitoire pour forcer celui qui le cache à l'exhiber (Dig. 43.30.1) et un second interdit *quod pertinet ad ductionem*, dit Ulpien, qui se rapporte à la conduite contre celui qui voudrait empêcher le père d'emmener son fils (Dig. 43.30.3) Ulpien présente en ces termes l'interdit: "Deinde ait praetor: Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est, quominus eum Lucio Titio ducere liceat vim fieri veto. Superiora interdicta exhibitoria sunt, hoc est, pertinent ad exhibitionem liberorum....hoc autem interdictum pertinet ad ductionem, ut ducere quis possit eos in quos habet jus ductionis. Itaque, prius interdictum quod est de liberis exhibendis preparatorium est hujus interdicti.- Ensuite le préteur dit: Si Lucius Titius est sous la puissance de Lucius Titius, je défends qu'il soit fait violence pour empêcher Lucius Titius de l'emmener. Les interdits dont il est parlé plus haut sont exhibitoires, c'est-à-dire qu'ils ont trait à l'exhibition des enfants... Cet interdit se rapporte à la conduite, afin que quelqu'un puisse emmener ceux sur qui il a le droit de conduite.

Le *jus ductionis* n'est pas autre chose que la *potestas abducendi* dont parlent les constitutions impériales à propos de l'esclave; or, cette *potestas abducendi* est exercée au moyen de la *manus injectio*; ne voit-on pas clairement la chaîne qui unit le *jus duc-*

tonis des jurisconsultes au *secum ducito* de la loi des XII Tables et par suite au premier terme de la *manus injectio iudicati* ou *vocati*, in *jus ducito*. Ce rapprochement éclaire et justifie notre explication de la *manus injectio*; il apporte une preuve typique de son exactitude lorsque nous avons dit que la mainmise donnait le droit de *ducere in jus*, de *ducere secum* et de *vincere* qui donne à celui qui a ce droit la possibilité de l'exercer. Il ne pouvait être question dans le cas du fils de remplacer la *manus injectio* par une action in *factum* comme l'a fait le prêteur contre le *vocatus*; mais l'analogie est frappante entre l'interdit contre le tiers qui voudrait retenir le fils, et l'action in *factum* contre celui qui: *vi exemerit eum qui in jus vocatur* - qui retient par la force celui qui est appelé en justice.

On sait que, à l'époque classique, pour la revendication du fils, on emploie de préférence à l'action en revendication les interdits de *liberis ducendis*; mais l'action en revendication reste toujours possible. Elle est signalée par Gaius (I.134) et par Ulpien (Dig. 6.1.2). Pour le fils, comme pour l'esclave, l'intervention d'un *adsertor* transformait automatiquement la *manus injectio filii* en *manus injectio vocati*, le droit de *secum ducere* en droit de *ducere in jus*.

III - *Manus injectio liberti*.

L'affranchi est libre au point de vue civil, mais il reste vis-à-vis de son patron dans un état de sujétion qui fait du droit du patron sur lui une véritable puissance domestique, une *potestas*. L'affranchi lui doit l'*obsequium*: *obsequium, operae, bona*, tels sont définis les droits du patronat. Dans le droit classique à côté des obligations positives qu'il a contractées au moment de l'affranchissement par un contrat formel, le *jusjurandum liberti*, à côté des *bona* que lui impose le droit civil, c'est-à-dire le droit de succession à ses biens qu'a le patron, subsistait un droit moins précis, l'*obsequium* qui est une survivance de l'état plus ancien de sujétion où était l'affranchi. Comme le définit M. Lambert dans sa thèse "Les *operae liberti*, 1934, l'*obsequium* était primitivement un état constant de sujétion, une soumission de chaque instant aux ordres du patron quels qu'ils soient. Le mot est formé à l'aide du verbe *sequor*, suivre. Cicéron écrit: *ad Quintum fratrem* (I.1.4) "*Majoris nostri libertis imperabant non multo secus ac servis*.- Nos ancêtres commandaient aux affranchis non moins qu'aux esclaves".

La stipulation des *operae* a été destinée à limiter par contrat ce droit général de commander et à réus-

si à l'atténuer dans l'usage.

Cette potestas du patron a pour corollaire sa juridiction domestique sur l'affranchi: elle va jusqu'au droit de vie et de mort, comme pour l'esclave et le fils de famille. On cite des exemples à l'époque classique où ce droit a été exercé sur leurs affranchis par César et par Auguste (Suétone Caesar, 48., Auguste, 67).

Les auteurs sont d'accord pour penser que cette potestas était encore sanctionnée par le droit de manus injectio. Nous n'en avons pas de témoignage direct si, du moins nous n'acceptons pas pour le droit romain le texte de Quintilien. (Inst. oratoires. 7.7.9.). On se rappelle que Quintilien, pour poser le casus, commence par affirmer que la manus injectio appartient au père sur le fils, au patron sur l'affranchi. Mais ce droit résulte du caractère même de potestas, du pouvoir du patron. De plus, il subsiste des traces du jus ductionis du patron qui, pour être moins formelles que celle de la potestas abducendi du maître et du jus ducendi du père n'en sont pas moins indubitables. C'est d'abord un fragment de Modestin (Dig. 25.3. § 1) qui affirme que l'affranchi qui laisse sans soins son patron pauvre ou malade doit être remis sous la potestas du patron et forcé de lui prêter son assistance, sinon il sera vendu par le ministère du gouverneur de la province, et le prix doit être attribué au maître. Deux autres textes marquent la réaction du droit nouveau contre la persistance injustifiée des anciens usages. Le même Modestin (Dig. 38.1.31) affirme que le patron ne doit pas forcer l'affranchi à lui fournir les operae qu'il n'a pas promis, même s'il les a fournis volontairement pendant quelque temps. Une constitution de Gordien déclare que les affranchis, surtout ceux qui n'ont pas promis d'operae, doivent l'obssequium accoutumé, que ce n'est pas un office servile et qu'ils ne doivent pas être enchaînés: Voici aboli pour eux le dernier terme de la manus injectio: vincito - qu'il l'enchaîne.

M. Lambert appelle cette manus injectio liberti une manus injectio fruste. Cette appellation singulière est une concession à l'opinion commune qui ne veut reconnaître qu'une seule manus injectio, la manus injectio judicati, et une sorte de précaution destinée à faire excuser son audace à parler ici de manus injectio. Pour nous, qui avons démontré que la manus injectio judicati a la même nature et la même fonction que toutes les autres, nous pensons qu'elle n'a pas plus de droit que les autres à être qualifiée de fruste; elle n'en a pas moins non plus, car nous

voyons que toutes se sont peu à peu usées à servir, qu'elles se sont transformées et modernisées, mais que sous les traits nouveaux que le droit moderne leur a donnés, elles ne sont pas devenues à ce point frustes qu'il est impossible de les reconnaître.

Chapitre VIII

VINDEX.

Le vindex est ce personnage qui délivre celui sur qui a été faite une manus injectio. L'action qu'il accomplit prend la forme d'une vindicatio. Comme toutes les vindicationes, elle doit être faite in jure, devant le magistrat. C'est pourquoi le saisi doit être amené in jus par le saisissant toutes les fois que l'intervention du vindex est à prévoir; obligatoirement, dès le début, dans le cas de manus injectio iudicati et vocati, dès qu'en fait un vindex ou un adsertor manifeste l'intention d'intervenir dans toutes les autres manus injectiones. L'intervention du vindex est la continuation de la legis actio per manus injectionem; elle en est une partie intégrante.

Ce personnage, le vindex, le vengeur, le libérateur est très célèbre dans la littérature générale, extra juridique. Pour les auteurs juridiques, sa vraie nature est un mystère dont on n'a pas encore réussi à résoudre l'énigme.

Au point de vue rationnel et pour le fond des choses, le vindex prend la place du débiteur saisi pour le défendre. Il est le défenseur de sa personne, il agit dans son intérêt. Il remplit le rôle d'un représentant judiciaire. C'est ainsi qu'il apparaît à une époque rationnelle qui a perdu le sens de ses origines.

Déjà un auteur du V^e siècle, de la dernière époque du droit romain avait formellement professé cette opinion: Boèce, Commentaire sur Cicéron, Topiques, 2, 10. "Vindex igitur est qui alterius causam suscipit vindicandam velut quos nunc procuratores vocamus". - Le vindex est donc celui qui entreprend de défendre la cause d'un autre comme ceux que nous appelons aujourd'hui les procureurs".

Ce point de vue est celui de toute la littérature juridique moderne jusqu'aux trois quarts du XIX^e siècle. Mais aussitôt qu'on a voulu apporter quelque at-

tention au problème historique du vindex, on a reconnu que cette conception trop simple ne pouvait pas être maintenue. Le *judicatus* reste de condition libre jusqu'à la vente ou la mise à mort, et le vindex est un tiers par rapport à lui. L'ancien droit n'admet pas la représentation en justice: Gaius, 4.8.2. "*Cum olim quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret praeterquam ex certis causis.*" Autrefois, au temps où les actions de la loi étaient en usage, il n'était pas permis de plaider pour le compte d'autrui, sauf dans certains cas déterminés". Parmi ces cas déterminés ne figure pas le vindex. Aussi cette opinion fut-elle abandonnée.

Les romanistes de la génération précédant la nôtre, Lenel, Mitteis, Rabel, d'autres encore, plus modernes, tels que Koschaker ou Corodéanu, considèrent le vindex, le défenseur *personae*, comme un garant, comme une caution du débiteur dont il prend la défense. Ici encore, cette opinion est exacte pour le fond des choses, mais elle se heurte aux mêmes difficultés que la première. Il faut faire abstraction de toutes les règles habituelles du cautionnement pour voir dans le vindex une caution. Qui cautionne quelqu'un s'engage pour lui et peut être mis en demeure d'exécuter son obligation. Or, le vindex ne promet rien à personne, il ne s'est engagé ni vis-à-vis du débiteur, ni vis-à-vis de son créancier, ni même vis-à-vis du magistrat. En outre, cette idée de cautionnement rend incompréhensible une des règles les plus caractéristiques de l'institution du vindex qui *pro se causam agere solebat*, dit Gaius, IV.21, qui, dans son intervention plaide pour lui-même.

Toutes ces explications sont entachées du même vice. Les auteurs s'efforcent de réduire les institutions du très ancien droit à entrer dans des catégories juridiques du droit classique. Or, ces catégories ont été créées postérieurement et ne sont pas faites pour elles. Vouloir les faire servir de force, ne peut être qu'une source de confusion et d'erreur. Nous avons déjà relevé en plusieurs occasions semblables la même faute. En réalité, le vindex est un personnage de la préhistoire. Rien dans le droit civil n'est à sa mesure. Pour essayer d'en déterminer la nature, il faut avant tout se libérer des règles du jus civile.

Le dernier auteur qui s'est occupé du vindex est délibérément entré dans cette voie, Düll. *Vom vindex zum judex*, Savig. Stift. 1935, p. 96 et ss. et 1936, p. 9 et ss. C'est la bonne voie, que nous approuvons, même si nous réprouvons les conclusions particulières de sa recherche. Düll voit dans le vindex comme une sorte de préfigure du juge. Il part de l'opinion

commune qui explique les vieilles formes des actions par l'idée de la justice privée, de la Selbsthilfe. Le vindex est pour lui un surveillant revêtu d'une autorité publique qui apprécie le droit de chaque adversaire et qui, en permettant ou en refusant le droit d'exercer la justice privée, joue déjà en un certain sens, le rôle que jouera plus tard le juge, en disant pacifiquement le droit.

Cette conception se heurte à plusieurs objections. En s'appuyant sur l'hypothèse de la justice privée, elle part, à notre avis, d'un point de départ inexact. De plus, attribuer une autorité de fonction publique au vindex est une hypothèse tout à fait gratuite. Tout ce que nous savons de lui ne nous le montre que comme un simple particulier, comme le saisi et le saisissant. Nous n'avons aucune trace qu'il ait figuré dans le sacramentum. Et dans la manus injectio, il ne fait pas figure d'arbitre impartial, il prend parti pour le saisi, ou il n'intervient pas. Enfin, son intervention a la forme d'une vindicatio, acte analogue à celui du saisissant. Ce n'est pas un acte d'une autre espèce, comme serait l'intervention d'un arbitre.

Pour nous, nous voyons dans la vindicatio du vindex, un acte rituel, créateur de droit. La juridiction civile l'a accepté tel qu'il était avec toutes ses conséquences, comme elle a fait de la manus injectio. C'est la persistance de l'ancien droit de la manifestation rituelle dans l'un et dans l'autre cas qui en rend l'étude si utile pour notre système.

§ I - Le vindex dans la manus injectio judicati.

Nous commencerons l'étude du vindex par celui de la manus injectio judicati pour les mêmes raisons qui nous ont fait commencer l'étude des manus injectiones par la manus injectio judicati. C'est celui qui relativement est le mieux connu, car c'est celui pour qui nous avons le plus de textes, et si la doctrine n'a pas encore réussi à en découvrir la vraie nature, tous les auteurs sont cependant d'accord sur les conséquences de fait de son intervention. Nous passerons d'abord en revue les textes, nous étudierons ensuite la vindicatio du vindex et nous dirons enfin quels en sont les effets.

I - Les textes sur le vindex.

Bien que nous ayons dit que ce soit sur ce vindex que nous ayons le plus de textes, en réalité, ils ne sont ni nombreux ni très explicites. Aussi sont-ils d'autant plus précieux. Nous les examinerons avec soin et nous en tiendrons le plus grand compte. Ce sera uniquement sur leur fondement que nous nous ferons une conception du rôle du vindex. En voici le dénombrement:

1°) Nous avons d'abord des fragments des XII Tables. Le premier est tiré d'Aulu Gelle (20.1.45) et de la description de la manus injectio: "Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito.- Si le judicatus ne paie pas ce qui a été jugé ou si quelqu'un ne fait pas in jure la vindicatio sur lui, que (le saisissant) le conduise dans sa maison".

2°) Un autre fragment des XII Tables (Aulu Gelle 17.1.4.) dit: "Assiduo vindex assiduus esto, proletario civi qui volet, vindex esto.- A celui qui est censitaire, il faut un vindex censitaire; pour le citoyen prolétaire, soit vindex qui veut".

3°) Festus (p. 514) au mot vindex: "Vindex ab eo quod vindicat quo minus is qui prensus est ab aliquo teneatur.- Vindex de ce qu'il fait la vindicatio pour que celui qui est pris par quelqu'un ne soit pas obligé".

4°) Lex Coloniae Genetivae Juliae, ch. 61 (Girard, Textes, 6° ed. p. 91). Cette loi est gravée sur une table de bronze qui a été découverte en 1870 et en 1874 à Osuna en Andalousie. C'est une lex data promulguée en vertu d'une loi proposée par Antoine du vivant de César en 710/44. C'est un statut municipal d'une colonie de citoyens qui vient d'être fondée, Colonia Genetiva Julia, du nom de famille de son fondateur Cesar de la gens Julia. Le chapitre 61 donne des indications précieuses sur la manus injectio: "Cui quis ita manum injicere jussus erit, judicati manus injectio esto, itque ei sine fraude sua facere liceto. Vindex arbitrato duumviri quive jure dicundo praeiit locuples esto. Ne vindicem dabit judicatumve faciet, secum ducito. Jure civili vinotum habeto. Si quis in eo vim faciet, ast ejus vincitur, dupli damnas esto. colonisque ejus coloniae sestertium viginti milia dare damnas esto. Ejusque pecuniae qui volet petitio. Duumviro quive jure dicundo praeiit exactio judicatio esto.- Si quelqu'un a reçu l'ordre de faire manus injectio contre une autre personne, qu'il soit fait manus injectio contre celle-ci en vertu du jugement suivant le droit et que celui qui en a reçu l'ordre pais-

se y procéder sans que cela lui porte préjudice. Que le vindex soit solvable d'après l'appréciation du duumvir, ou de qui préside à la juridiction. Si le défendeur ne fournit pas de vindex ou ne paie pas ce qui a été jugé, que le demandeur l'emmène chez lui, qu'il le tienne enchaîné conformément au droit civil. Si quelqu'un fait violence sur lui et s'il est vaincu dans cette violence, qu'il soit condamné au double et qu'il soit condamné à payer aux colons de cette colonie une somme d'argent de vingt mille sesterces, que le droit d'agir en paiement de cette somme appartienne à qui voudra et que le recouvrement et le jugement de cette créance appartienne au duumvir, ou à celui qui préside à la juridictio".

5°) Gaius 4.21. Après avoir donné la formule de la manus injectio que nous avons étudiée, Gaius ajoutait: "Et simul aliquam partem corporis ejus prehendebat. Nec licebat judicato manum sibi depellere et pro se lege agere; sed vindicem dabat que pro se causam agere solebat; qui vindicem non dabat domum ducebatur ab actore et vinciebatur.- Et en même temps, il le saisissait par quelque partie de son corps. Il n'était pas permis au judicatus d'écarter la main de soi et de plaider par l'action de la loi pour soi. Mais, il donnait un vindex qui, d'après la coutume, plaidait pour soi: celui qui ne donnait pas de vindex était conduit par le poursuivant dans sa maison et il était enchaîné".

6°) Gaius 4.24. Ex quibus legibus et si quae aliae similes essent, cum agebatur, nec licebat manum sibi depellere et pro se lege agere.- D'après ces lois (qui avaient créé la manus injectio pura) et quelques autres semblables, lorsqu'on agissait, il était permis au défendeur d'écarter la main de soi et d'agir par l'action de la loi pour soi.

7°) Gaius 4.25. Sed postea lege Vallia excepto judicato et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus cum quibus per manus injectionem agebatur, permisum est sibi manum depellere et pro se agere. Itaque judicatus et is pro quo depensum est etiam post hanc legem vindicem dare debebant, et nisi darent domum ducebantur. Idque, quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur: unde nostris temporibus is, cum quo judicati depensive agitur, judicatum solvi satisfacere cogitur.- Mais, par la suite, en vertu de la loi Vallia, sauf au jugé et à celui pour qui la caution a payé, à tous les autres contre qui on agissait par manus injectio, il a été permis d'écarter la main de soi et d'agir pour soi. Ainsi donc, le jugé et celui pour qui la caution a payé, même après cette loi, devaient donner un

vindex et s'il ne le donnait pas, étaient conduits à la maison du créancier. Cela, tant que les actions de la loi furent en usage, fut toujours observé; d'où, de notre temps, celui avec qui on agit pour le *judicatum* et le *depensum* est obligé de fournir caution de payer ce qui a été jugé".

II - La vindicatio du vindex.

Constatons tout d'abord que l'action du vindex est une vindicatio. Non seulement le nom donné au vindex le prouve, mais nos textes l'affirment deux fois: les XII Tables: "*endo eo* (pour *in eo*) *in jure vindicit*, - il fait la vindicatio *in jure* sur le *judicatus*" et Festus: "*vindex ab eo quod vindicat*". C'est le même acte formel que celui du revendiquant dans le *sacramentum*. Mais le verbe *vindicare* n'a pas pu prendre ici le sens actif qu'il a pris dans la vindicatio du *sacramentum* dans le droit classique, *vindicare* rem, revendiquer une chose. Il a gardé le sens primitif: faire un acte rituel sur une chose ou sur une personne. C'est le trait commun et préhistorique qui les réunit dans la même notion.

A - Vindicatio. - L'acte du vindex est donc un cérémonial de geste et de paroles. Nous savons très précisément par Gaius quel était le geste. Le saisissant, devant le magistrat, a la main sur le saisi. Il a la main sur lui, parce qu'il le conduit et que cette mainmise est le signe de son pouvoir. Le vindex prend cette main et l'écarte du saisi, *depellit manum*; il enlève la main.

Quant aux paroles, nous ne les connaissons plus. Nous avons dit qu'on pouvait cependant les reconstituer avec quelque vraisemblance; les éléments de la reconstitution nous sont fournis par Gaius. Nous avons dit qu'il répète si rigoureusement à trois reprises les mêmes mots: *pro se manum depellere* pour désigner l'action du vindex, que nous pensons qu'il faut y voir non pas une expression personnelle à Gaius et accidentelle, mais la répétition par lui d'une expression toute faite, c'est-à-dire de l'expression même du formulaire. Cette induction est confirmée par la comparaison avec la formule de la *manus injectio* qu'il vient de donner. La vindicatio du vindex est destinée à s'opposer à la *manus injectio*. Il devait donc y avoir un parallélisme étroit entre les deux. Or, la première disait: *ego tibi manum injicio*; la seconde disait donc très vraisemblablement: *ego tibi manum depello*. Nous avons dit que, si nous n'avons pas de preuve que la vindicatio du vindex comportait un "*vindictam imposui*", cette formule était la caractéristique même de la vin-

dicatio et que, plus que dans toute autre vindicatio, celle du vindex opposait efficacement la vis ac potestas du vindex à l'action qu'elle combat et que, plus que tout autre, elle pouvait affirmer qu'elle imposait la vis dicta.

Nous restituons donc ainsi la formule du vindex sur le modèle de la manus injectio: "Quod tu huic homini injuria sestertium decem milium judicati manum injecisti, ego tibi manum depello. Secundum suam causam, sicut dixi, vindictam imposui.- Parce que tu as mis sur cet homme, contrairement au droit, la main du jugement de dix mille sesterces, à cause de cela, moi j'enlève ta main. Suivant sa cause, comme je l'ai dit, voici que je t'ai imposé la vindicte".

B - Vim dicere. - Nous avons, me semble-t-il, les éléments qui nous permettent de mettre fin à la confusion qui règne dans la littérature sur l'explication à donner de la vindicatio du vindex. La confusion est à son comble lorsqu'il s'agit du vindex. Depuis K.O. Muller et Ihering, pour expliquer vindicare, la littérature juridique part de l'étymologie vim dicere. Mais nous avons dit qu'elle ne choisit pas entre force et violence. Une première interprétation partant de l'idée de justice privée, de Selbsthilfe, explique vim dicere en disant que l'auteur de la vindicatio dit la violence qu'il accomplissait autrefois réellement. La vindicatio est le simulacre qui remplace l'ancienne bataille réelle.

Cette explication est plus arbitraire encore pour l'action du vindex que pour l'action des deux revendiquants du sacramentum. Nous avons dit que la vindicatio et la contravindicatio qui affrontent les deux adversaires, pouvaient donner une apparence spéciale de bataille arrêtée par le prêteur. Ici, rien de semblable. La manus injectio a lieu sans opposition possible et, à notre avis, hors de la présence du juge. Lorsque le vindex enlève la main du saisissant devant le juge, c'est également sans opposition possible de la part du saisissant qu'il accomplit son geste libérateur. Dans ces actions successives, rien ne rappelle une lutte. Gestes rituels, oui, l'un et l'autre, simulacre de bataille, certainement non.

Une autre explication que l'on admet parfois simultanément avec la première, vient accroître la confusion. Elle a pour père, Mommsen, Römische Geschichte, I, p. 153 et est suivie par beaucoup d'auteurs. Le vindex vim dicit, il dit la violence, mais non pas la sienne propre qu'il ne fait plus, mais celle du saisissant. Il dénonce l'acte de violence de celui-ci. Il dit que la manus injectio a été faite sans droit,

qu'elle est donc un acte de violence injustifiée. Le vindex est celui qui vim esse dicit.

Cette interprétation, toute ingénieuse qu'elle soit, ne peut pas être retenue pour qui réunit, comme nous l'avons fait, toutes les vindicationes, dans une étude d'ensemble, car il n'y a pas que le vindex qui fasse une revendication; toutes les vindicationes, qui sont toutes des actes de même nature, doivent être réunies dans une explication d'ensemble. Cette explication de dénoncer la violence n'aurait aucun sens pour la vindication de l'in jure cessio et de l'affranchissement. Elle est directement contraire aux énonciations formelles du sacramentum. On se rappelle que après l'intervention du prêteur, le premier qui a fait la vindicatio demande à l'autre de dire en vertu de quelle cause il a fait la vindicatio; et l'autre répond: Jus feci sicut vindictam imposui: - J'ai exercé le droit comme j'ai imposé la vindicte". Vindicere ne peut donc vouloir dire dénoncer la violence, mais signifie proclamer la vis qui crée le droit.

Dans la composition vim dicere, nous donnons donc à vis la même valeur que dans la définition de la tutelle par Paul, (Dig. 26.1.1.) "vis ac potestas". Cette puissance qui crée le droit tire sa force du rite. C'est une force rituelle. Il nous restera à déterminer quel est, ou plutôt quel a été au début le ressort secret de cette force rituelle et pourquoi elle s'exprime à l'aide de ces verbes consacrés, dicere ou dicare.

C - Vim facere. - L'explication de Mommsen a tiré quelque appui d'une expression qui figure dans la lex Coloniae Genetivae Juliae et de l'interprétation qui lui a été donnée. Après avoir parlé de la manus injectio et du vindex, la loi ajoute: "Si quis in eo vim faciet ast ejus vincitur dupli damnas esto colonisque ejus coloniae sestertium viginti miliam dare damnas esto ejusque pecuniae cui volet petitio. Duumviro quive jure dicundo praerit, exactio judicatio esto; - Si quelqu'un fait sur le judicatus la violence et s'il est vaincu dans cette violence, qu'il soit tenu du double, et qu'il soit tenu de payer aux colons de cette colonie, la somme de vingt mille sesterces, et que le droit d'agir en paiement appartienne à qui voudra et que le recouvrement et le jugement de cette créance appartienne au duumvir ou à celui qui le remplacera dans l'exercice de la juridiction".

Mommsen (Ephemeris epigraphica 5.3 (1877) p. 107 et 110) pense que ce passage se rapporte à l'action du vindex, le vindex qui dénonce la violence injuste de l'adversaire dit la violence, vim dicit. Mais le vindex qui agit à tort fait la violence, vim facit.

Vim facere désigne donc l'acte du vindex avec cette signification que son intervention est injustifiée. Ast ejus vincetur signifie qu'il a été poursuivi en responsabilité par le saisissant et condamné. A l'égard du saisissant, il est condamné au double. Pour une raison que nous ignorons, il est en outre condamné en vertu d'une action publique à vingt mille sesterces en faveur des habitants de la colonie Julia. Ce texte aurait l'avantage d'apporter la preuve directe que la responsabilité du vindex est au double du judicatum que l'on déduit par ailleurs, comme nous le verrons, de la cautio judicatum solvi.

Mais quelques contradictions isolées, l'interprétation de Mommsen est généralement admise par les auteurs et elle est devenue l'opinion commune. A la vérité, elle fait violence au texte. Elle suppose admise la conception de Mommsen sur vim dicere et nous avons vu ce qu'il fallait en penser. Mais, même en dehors de cette raison a priori de repousser l'opinion commune, nous ne manquons pas d'objections directes.

Il serait étrange, en effet, qu'après avoir réglé la question du vindex, le texte y revienne une fois de plus et sous cette forme insolite d'une supposition nouvelle: "Si quelqu'un....". A la vérité, il s'agit bien d'une supposition nouvelle. La loi prévoit, après avoir organisé la manus injectio, le danger qu'elle soit entravée par une violence de la part d'un tiers quel qu'il soit. Cette précision n'est pas anormale. Elle fait partie de toute une législation contre la violence qui s'est développée dans le droit romain depuis les troubles de l'époque de Sylla, et qui porte spécialement remède aux violences destinées à entraver les actes judiciaires. La preuve en est que la même prévision se retrouve dans l'édit du préteur, dans une matière tout à fait voisine, dans l'in jus vocatio. On remarquera le parallélisme convaincant de la loi de la colonie Julia et l'édit du préteur. 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 vocatus.- Les autres formules qui sont proposées sous le titre de l'appel en justice sont conçues in factum, par exemple contre celui qui, appelé en justice, ni n'est venu, ni n'a donné de vindex. De même, contre celui qui aura enlevé par la violence celui qui est appelé en justice".

Le même parallélisme se manifeste dans les interdits de liberis exhibendis item de ducendis, qui in-

terdisent qu'il soit fait violence contre le jus ductionis du père de famille. Nous sommes donc en face d'une préoccupation familière au législateur dans les cas de cette espèce.

L'incidente *ast ejus vincitur* fait difficulté; mais la difficulté est beaucoup plus grande dans l'interprétation de Mommsen, car, si elle veut dire que le *vindex* a succombé à l'action intentée contre lui par le saisissant après libération du saisi, elle signifie que le *vindex* est condamné. Pourquoi la loi dirait-elle plus loin: *dammus esto*, qu'il soit condamné? Nous pensons que la loi prévoit que la violence a eu lieu et n'a pas réussi. Nous dirions mieux sans doute, même si elle n'a pas réussi. Dans ce cas, la loi prévoit, comme sanction une action publique. *Cui volet petitio ejus pecuniae*: A qui veut la réclamation de cet argent. En quoi consiste cette *pecunia*? Ici je dirai combien il est arbitraire de séparer en deux actions distinctes les explications qui précèdent. On voit, en effet, d'un côté l'action en réclamation du double qui appartient au saisissant seul, d'un autre côté, la réclamation de 20.000 sesterces, pour la colonie Julia, qui est faite au moyen d'une action publique. Pourquoi cette séparation? L'action publique en réclamation de la *pecunia* comporte deux chefs: condamnation au double qui profitera, suivant l'usage des actions publiques, au citoyen courageux qui l'intentera, fût-ce le saisissant, et condamnation à 20.000 sesterces au profit de la colonie. C'est pour que la sanction soit plus efficace et les plaideurs mieux protégés contre la violence, que la loi a créé une action publique.

Ceci me permettra de répondre à une objection de Girard (Textes, p. 90) qui juge inadmissible cette interprétation, car, si les mots *in eo vim faciet* se rapportaient au vol du *judicatus* arraché à son créancier, il y aurait vol manifeste, la peine serait du quadruple non du double. Il est exact, en effet, que Gaius nous dit (III.199) que la soustraction d'un *judicatus* à son créancier constitue un vol. Si donc cette violence constitue en fait un vol, et même un vol manifeste, le saisissant aura l'action de vol contre l'auteur de la violence. Mais il ne s'agit pas ici de cette action, mais d'une action publique qui appartient à tous et qui peut être intentée même si la violence n'a pas réussi à soustraire le débiteur à son créancier. On sait que les actions pénales sont cumulatives.

III - Effets de l'intervention du *vindex*.

Il faut distinguer les effets de la *vindicatio*

du vindex à l'égard du débiteur et ses effets à l'égard du vindex lui-même. Pour ce qui est du débiteur il est libéré de façon totale et définitive. A son égard, l'acte rituel a conservé, à travers toute son existence, sa complète efficacité. Quant au vindex, la création de la juridiction civile l'a rendu civilement responsable de son acte. Il en rendra compte au juge, il est le sujet de droit et plaide sa propre cause. Si le juge estime qu'il a agi à tort, il paiera le double; sa responsabilité est établie ex lege.

A - Libération du judicatus.

Sur ce point, les textes nous donnent de sûrs renseignements. L'intervention du vindex libère le judicatus: il est délié absolument et définitivement, et c'est la vindicatio qui l'a libéré. C'est ce que nous dit d'abord le texte de Festus: "Vindex ab eo quod vindicat quominus is qui p̄sensus est ab aliquo, teneatur.- Vindex de ce qu'il fait une vindicatio pour que celui qui est pris par un autre ne soit plus tenu. Les XII Tables et la loi de la colonie Julia nous fournissent le même renseignement: "Ne judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito.- Qu'il le conduise chez lui, à moins qu'il ne paie ce qui a été jugé ou que quelqu'un fasse la vindicatio sur lui devant le magistrat"; "Ne vindicem dabit judicatumve faciet, secum ducito. Qu'il le conduise chez lui, à moins qu'il ne donne un vindex ou qu'il paie ce qui a été jugé". L'un et l'autre texte assimilent l'intervention du vindex à un paiement. Le paiement a un effet libératoire total et définitif. L'intervention du vindex, puisqu'elle est assimilée à l'exécution, produira le même effet libératoire. Celui qui a fourni un vindex ne doit plus rien à son créancier. Il n'aura plus aucun rapport avec lui, quelle que soit la suite de l'affaire.

Cette libération définitive de tout assujettissement au créancier s'oppose vigoureusement à l'effet de la manus injectio, qui était aussi définitif et aussi radical en sens inverse. Une fois sous la main du créancier, le débiteur était perdu sans remède, sans possibilité de résister. Le juge l'avait abandonné et refusait de l'entendre.

La constatation de ces deux faits qui persistent sans changement dans le droit civil, est d'une importance capitale pour notre système. Ce sont les deux points lumineux qui projettent leur vive lumière sur tout le reste. Ce sont les assises solides de toute l'interprétation, car on y voit, avec un caractère d'évidence le véritable jeu des manifestations rituelles de puissance. D'une part, la manus injectio est un

exemple éclatant de la réalisation du droit. Le rite saisit avec une efficacité souveraine. Puisque le rite affirme le droit, le droit existe et maîtrise le saisi.

Mais l'intervention du vindex est un exemple non moins saisissant de l'activité créatrice de l'acte rituel. En employant le rite, le vindex réalise la liberté du saisi avec autant d'efficacité que le premier l'attaquait. Peu importe sa situation antérieure, le vindex affirme que le judicatus est libre. Il est libre et le restera.

Il y a maintenant une question qui préoccupe les interprètes modernes. La juridiction civile a établi la responsabilité du vindex. Est-il intervenu à tort, le débiteur reste libre, mais le vindex paiera. Les auteurs restant sous l'empire de l'idée qu'il n'est qu'un représentant, alors même qu'ils l'ont abandonnée, ne mettent pas en doute l'existence d'un recours, mais ils sont beaucoup plus embarrassés pour dire comment s'exerce ce recours, car nos textes sont absolument muets. Il n'y a aucun indice, aucun argument d'analogie, si faible soit-il qui puisse nous mettre sur la voie d'une solution.

A notre avis, il n'y a devant la carance des textes qu'une seule attitude scientifique, faire l'aveu de notre ignorance. Nous ne savons rien, parce que les textes ne disent rien. Mais, ceci dit, nous ferons un deuxième aveu. Il n'est pas nécessaire de supposer l'existence de ce recours et si les textes ne disent rien, c'est que, très vraisemblablement, il n'y avait rien. Libérons-nous de cette idée que le vindex est un représentant ou une caution. Il n'est pas sur le même plan que le débiteur; il n'est pas avec lui en relations d'affaires, de garantie d'intérêts pécuniaires. Quand il est intervenu, il ne pouvait avoir aucune illusion sur la solvabilité du saisi: on ne se laisse pas couper en morceaux si on a la plus faible possibilité de payer! S'il est intervenu, c'est qu'il a considéré qu'il était de son devoir de solidarité et de protection de soustraire un membre de son groupe à la justice de la cité.

Voilà en effet quel est son rôle. Il dessaisit la justice. Sans doute agit-il parce qu'il est convaincu du bon droit du saisi, mais aussi parce qu'il lui doit sa protection. Etant donné qu'il a accompli le geste libératoire, il n'y a pas de raison pour qu'il replace le débiteur dans la situation

dont il a voulu le libérer. Ce n'est pas pour recommencer le même scénario de justice d'Etat qu'il l'a soustrait à la juridiction.

Notre état social nous offre encore des exemples analogues, même en notre temps où la solidarité familiale recule de plus en plus devant l'individualisme des situations sociales. Néanmoins, il y a eu, et peut-être y a-t-il encore des familles où cet ancien sentiment de solidarité est assez puissant pour que le groupe s'expose à la ruine pour empêcher la mise en faillite de l'un de ses membres. Ils estiment que cette faillite deshonne toute la famille. Bien évidemment, ils n'auront pas payé pour recommencer avec lui la même procédure et pour être les artisans de cette faillite qu'ils ont voulu éviter. S'il y a des sanctions prévues contre l'individu coupable, ce sont des sanctions d'autres sortes que des sanctions civiles.

B- Pro se lege agere.

En délivrant le judicatus, le vindex a exercé sa prérogative, son droit. Mais il a assumé une responsabilité. Volontairement ou involontairement il a pu se tromper. Comment sa responsabilité était-elle organisée avant l'établissement de la justice civile? Nous l'ignorons. La question même est de savoir si une responsabilité était concevable. Elle disparaissait derrière la volonté divine dont elle était l'interprète. Mais pour l'époque d'après les XII Tables, les textes nous donnent une réponse très succincte, mais très claire pour qui veut comprendre le texte simplement comme il s'exprime.

Nous trouvons la réponse dans le passage de Gaius IV.21: "Nec licebat judicato manum sibi depellere et pro se lege agere; sed vindicem dabat qui pro se causam agere solebat; Il n'était pas permis au judicatus d'enlever la main de soi et d'agir pour soi par l'action de la loi. Mais il donnait un vindex qui avait coutume de plaider pour soi".

Ce texte n'offrirait pas de difficultés à un latiniste moyen, du moins s'il voulait le traduire mot à mot sans s'inquiéter des notions de droit qu'un juriste veut y introduire. Le pronom réfléchi se, se rapporte au sujet de la phrase. Exemple: se diligit, il s'aime. Le pronom personnel non réfléchi eum doit être employé pour désigner une autre personne que le sujet. Exemple: Pierre connaît les défauts de son ami, mais il l'aime: eum diligit. Si nous revenons à Gaius, nous voyons qu'il nous dit que, quand un vindex a été donné et qu'il plaide, c'est pour lui-même

qu'il plaide et non pour un autre, pas pour le *judicatus*.

Cette interprétation littérale a-t-elle un sens acceptable ? La littérature juridique moderne est à peu près unanime à répondre non, cela n'est pas possible à admettre. Les auteurs anciens, Zimmern, Puchta, Keller, Rudorff et les autres qui voient dans le *vindex* un représentant du *judicatus* ne peuvent pas concevoir que quand le *vindex* plaide, il ne plaide pas pour le *judicatus*. Chose curieuse, les auteurs qui ont écarté la représentation n'ont pas résolu pour cela la difficulté. Par exemple, Maria; (*Le Vindex*, p. 91, n. 71) pour expliquer Gaius, écrit: "Grammaticalement "se" pourrait se rapporter au *vindex*, mais d'après le sens le plus naturel de la phrase, "se" désigne le *judicatus* et Gaius dit que pour le saisi intervenait le *vindex* qui le défendait ou qui plaidait à sa place".

Les auteurs suivants, voyant dans le *vindex* une caution se heurtent à la même impossibilité d'accepter le sens littéral de Gaius. Ils cherchent toutes sortes de systèmes compliqués pour sortir de cet embarras inextricable: Lenel (*Sav. Stift.* 25, p. 397), Erman (*Sav. Stift.* 26, p. 563) vont jusqu'à imaginer que le texte de Gaius ayant été pris comme un cours pour les étudiants, l'étudiant s'est trompé et a répété le *pro se* une fois de trop. C'est le texte qui est incorrect. Citons encore à titre de curiosité, la correction de Beseler (*Beiträge*, IV, p. 113) Beseler reconnaît que tout système qui voudrait voir dans le *pro se* un autre que le sujet du verbe est faux, comme contraire à la règle la plus sûre de la grammaire. Mais il corrige *solebat* en *volebat* et il traduit: il n'était pas permis au *judicatus* d'enlever la main de soi et de plaider pour soi, mais celui qui voulait plaider pour soi donnait un *vindex*. Sans doute, mais comme le dit l'auteur suivant, Jüncker, (*Gedächtnis Schrift für E. Seckel*, 1927, p. 201, n. 2) la correction est tout à fait arbitraire, car il y a dans Gaius, *solebat* et non *volebat*. Aussi Jüncker conclut-il que ce texte est une énigme et qu'on n'en tirera pas grand chose tant qu'on ne saura pas exactement ce qu'est le *vindex*. Le dernier auteur qui s'occupe du *vindex* Düll (*Sav.-Stift.* 54, 1934, p. 110, n. 2) cite dans une note de quatre lignes la controverse et sa littérature sans prendre parti. Le texte est désormais éliminé comme incompréhensible et inutilisable.

Nous avons trouvé d'autres exemples aussi saisissants

dans lesquels la force du préjugé partagé par tous peut en arriver à annuler le texte le plus simple et le plus clair.

Pour nous, fidèle à la méthode que nous nous sommes imposée, non seulement nous acceptons la parole de Gaius dans son sens littéral, mais loin d'y voir une difficulté, nous y trouvons une preuve des plus convaincantes de la vérité de notre système. La loi en établissant la juridiction civile a accepté le jeu des manifestations rituelles avec toutes leurs conséquences. C'est pourquoi elle a décidé que le prêteur ne s'occuperait plus du *judicatus*. Elle lui refuse son audience et la *manus injectio* garde sur le *judicatus* son efficacité définitive. Mais elle a accepté aussi l'acte du *vindex* dans son intégralité. Et comme elle a voulu superposer aux manifestations rituelles la juridiction civile et en faire juger la légitimité, le sujet de droit qu'elle a rencontré une fois que la *manus injectio* s'est déroulée jusqu'à son achèvement, c'est le *vindex* et non le *judicatus*. Le *vindex* est celui qui plaide pour lui puisque c'est son acte que la loi a voulu soumettre à la juridiction du magistrat de la cité.

L'essentiel de la création de la juridiction civile a été dans ce fait que l'acte rituel au lieu de valoir par lui-même, par le rite, au lieu de constituer, si l'on peut dire, sa propre preuve, sera désormais soumis à un examen rationnel, à un système de preuves produites devant un juge et appréciées par lui. Aussi le juge, pour juger la cause du *vindex* aura à apprécier la légitimité de la situation du *judicatus*. Mais cette façon détournée de poser la question n'aura rien d'insolite pour le juge, car c'est aussi d'une façon détournée que la véritable question à juger lui est posée dans le *sacramentum*. C'est un second procès. Nous n'avons aucun indice nous permettant de dire dans quelle forme il se déroulait. Les anciens auteurs, qui voyaient dans le *vindex* un représentant, estimaient pour la plupart, que l'intervention du *vindex* continuait la *manus injectio*; c'était la *manus injectio* qui se poursuivait sans qu'on puisse bien savoir comment en fait elle était poursuivie.

Pour nous, nous estimons que l'intervention du *vindex* en libérant le *judicatus* met fin à la *manus injectio*. Rien ne s'oppose à ce que le *vindex* soit poursuivi dans les formes ordinaires de la procédure.

Il doit une certa pecunia, le double du judicatum, on peut donc vraisemblablement intenter contre lui le sacramentum in personam, puis une legis actio per conditionem depuis la loi Silia.

C - Condamnation au double.

Si nous ne sommes pas renseignés sur la forme du procès intenté au vindex, nous en connaissons un peu mieux le résultat, c'est-à-dire la condamnation qui frappera le vindex si le juge reconnaît qu'il est intervenu à tort. La loi des XII Tables avait probablement prévu qu'il serait condamné au double du judicatum; nous pouvons l'induire de l'état de la procédure formulaire et du rapport que Gaius établit entre la manus injectio judicati et la cautio judicatum solvi de la procédure formulaire.

Dans cette procédure, il n'y a plus de manus injectio judicati, il n'y a plus de vindex. La condamnation du défendeur fait naître au profit du demandeur, l'action judicati au moyen de laquelle la condamnation sera exécutée. Mais le défendeur peut contester l'action judicati et greffer un nouveau procès sur elle. Mais il devra fournir caution de payer s'il est de nouveau condamné. La caution est une autre personne solvable qui vient promettre de payer à côté du débiteur principal. C'est la cautio judicatum solvi. Or, cette action judicati et la cautio judicatum solvi sont la transformation dans l'ordre de la formule de la manus injectio de la procédure des actions de la loi. Gaius nous le dit. Après avoir défini la manus injectio pro judicati et la manus injectio pura, créées par diverses lois d'après le modèle de la manus injectio judicati, après avoir dit que dans la manus injectio pura le saisi n'avait plus besoin de vindex pour se défendre, il ajoute que depuis la loi Vallia, l'intervention d'un vindex n'était plus nécessaire qu'en cas de manus injectio judicati et de manus injectio depensi. Et il conclut en disant: "Idque quamdiu legis actiones in usu erant semper observabatur; unde nostris temporibus is, cum quo judicati depensive agitur, judicatum solvi satisfacere cogitur." - Cela fut toujours observé aussi longtemps que furent en usage les actions de la loi. C'est pourquoi de notre temps celui avec qui on agit en vertu d'un judicatum et d'un depensum est obligé de faire la promesse garantie par une caution de payer le judicatum". Le depensum est le paiement fait par la caution de la dette pour le compte du débiteur principal. Si elle n'était pas remboursée dans les six mois, la caution

avait la manus injectio contre le débiteur principal depuis la loi Publilia.

La filiation est nettement établie. L'actio judicati et la cautio judicatum solvi ont remplacé la manus injectio et le vindex. On voit comment le droit civil a absorbé l'ancien personnage préhistorique et l'a transformé selon sa nature réelle en une caution.

Mais le résultat de l'action judicati, si l'on plaide sur elle, est une condamnation au double du premier judicatum. Cela est attesté par Gaius, IV, 9 et 171; Paul, Sentences, 1.19. § 1; Cicéron, Pro Flacco, 21 - Voyez, par exemple, Paul: "Quaedam actiones, si a reo infitiantur, duplantur, veluti judicati, depensi. - Quelques actions, si elles sont contestées par le défendeur sont doublées par exemple, l'actio judicati et depensi". On conclut légitimement de la filiation que le vindex, convaincu d'être intervenu à tort, sera condamné au double du judicatum.

La plupart des auteurs pensent trouver une confirmation directe de cette condamnation au double dans la loi Coloniae Genetivae Juliae, qui dit: "Si quis in eo vim faciet, ast ejus vincitur, dupli damnas esto: - Si quelqu'un fait la violence sur lui et en est repoussé, qu'il soit condamné au double". Nous avons dit que cette phrase faisait allusion, à notre avis, non pas au vindex, mais à celui qui enlève par violence le judicatus au saisissant, mais ce n'est pas une raison pour contester la condamnation au double du vindex.

D - Fondement de la responsabilité du vindex.

C'est encore une des difficultés de la recherche sur le caractère juridique du vindex, de se demander sur quelle base repose sa responsabilité. Pour ceux qui ont vu en lui un représentant ou une caution du judicatus, la question ne se posait pas; la responsabilité du vindex était celle du tiers qu'il représentait ou cautionnait, auquel s'ajoutait, par suite du cautionnement même, la sienne propre. Arrivé à la fin de cette étude, nous pouvons mieux comprendre le bien fondé de l'objection que nous avons tirée de ce fait que le vindex n'apparaît à aucun degré comme ayant contracté une obligation et de cet autre fait qu'il plaide pour lui, non pour le judicatus.

Une explication qui a eu une certaine faveur a été avancée par P.F. Girard (Manuel, 8^e ed. p. 1043, n° 6). Le vindex qui serait intervenu à tort commet un délit. Il plaide sur le point de savoir s'il a

commis un délit. La condamnation au double qui le frappe fait ressortir le caractère délictuel de son action. Le même raisonnement sert encore à P.F. Girard pour fonder l'obligation de l'auctor et l'action auctoritatis.

Cette explication a quelque chose d'arbitraire et d'artificiel qui ne permet pas de l'admettre. Elle est d'ailleurs aujourd'hui généralement abandonnée. Je lui ferai la même critique qu'à celle qui voit dans le vindex une caution. Il faut écarter les règles ordinaires du délit pour voir dans l'acte du vindex et de l'auctor un délit. Les délits du très ancien droit sont des actes positifs, prévus et punis par une loi formelle. Ce sont des actes illicites, c'est-à-dire défendus par la loi parce qu'ils sont commis avec une intention dolosive.

Je sais bien que le très ancien droit ne recherche pas derrière l'acte matériel l'intention qui l'a fait commettre, — la distinction est d'un droit plus nouveau, plus raffiné; mais c'est parce que les plus anciens délits civils, le furtum, l'injuria, le damnum injuria datum portent en eux une marque tellement évidente de l'intention de nuire qu'il ne peut guère y avoir de doute ou de dédoublement possible. Au contraire, l'action du vindex et celle de l'auctor non seulement sont des actions éminemment licites, mais sacrées. Le vindex, l'auctor exercent une très haute autorité, une prérogative éminente. On voit mal la loi même qui les déclare responsables, la transformant en délit. D'ailleurs, du moins pour ce qui est de l'action de l'auctor que nous connaissons mieux que celle du vindex, on reconnaît qu'elle n'est plus délictuelle dans sa notion classique. Il faut donc faire deux suppositions également arbitraires; la première que le caractère primitif de l'action était délictuel, la seconde que le caractère s'est transformé.

En réalité, l'idée de Girard a obtenu quelque faveur parce qu'elle procédait d'une conception beaucoup plus générale, très en faveur chez les romanistes de son temps: on professait généralement que les obligations délictuelles étaient les plus anciennes dans le droit romain, et que la notion d'obligation est née dans le domaine des délits avant d'avoir été étendue et développée dans le domaine des contrats.

Les auteurs modernes sont en général d'avis qu'il n'y a pas de raison décisive de penser que l'un de ces domaines, les délits, est plus primitif,

plus ancien que l'autre, celui des contrats ou d'autres sources. En s'efforçant d'imbriquer, si je peux dire, l'une dans l'autre les sources d'obligations, Girard répondait à l'une de ces préoccupations d'unification, si en faveur au XIX^e siècle. C'est ainsi que dans les manuels généraux de droit, civilistes et romanistes dépensent des trésors d'ingéniosité pour faire rentrer toutes les obligations dans la célèbre division quadripartite de Gaius, renforcée par Justinien, en contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits. Ils sont ensuite bien obligés de reconnaître que leur construction a quelque chose d'artificiel, car il y a des obligations qui ne se laissent pas réduire et qui ne peuvent pas entrer dans l'une de ces catégories. Il faut alors en établir une cinquième pour elles, qui détruit la rigueur des quatre autres: la loi. Dire qu'il y a des obligations qui naissent lege, de par la loi, c'est évidemment affaiblir la portée des quatre autres car toutes naissent ex legi.

Nous dirons très simplement que la responsabilité du vindex est née lege et sans doute de par la loi des Douze Tables. Elle résulte de l'établissement de la juridiction civile, car, comme je l'ai dit, le fait essentiel de cette transformation a été de faire juger de la légitimité de l'acte rituel, de soumettre à un examen rationnel de preuves le résultat qu'il atteignait. Or, dans la manus injectio, le résultat ultime est obtenu par l'acte du vindex. C'est donc cet acte que la juridiction a soumis à l'appréciation du juge et c'est ainsi qu'est née la responsabilité du vindex. Pour la créer, il n'était pas nécessaire que la loi qualifie d'abord de délit l'acte accompli par le vindex. La loi n'avait pas besoin de ce subterfuge pour le faire juger.

E - Choix du vindex.-

Il reste enfin une dernière question qui a une très grande importance pour achever de déterminer le caractère primitif du vindex, mais dont nous ne pourrions indiquer ici que quelques éléments. Comment est choisi le vindex. A quel titre un citoyen est-il qualifié pour jouer ce rôle si éminent et si efficace. Une réponse complète à cette question ne peut être donnée que par voie d'hypothèse, et cette hypothèse ne pourra être envisagée que lorsque nous aurons montré la nature religieuse de l'acte rituel primitif.

Si nous nous en tenons aux textes, un premier

élément de détermination nous est fourni par la loi des XII Tables et la loi de la Colonie Juliae. La loi des XII Tables dit: "Assiduo vindex assiduus esto, proletario jam civi qui volet vindex esto: - Que pour un censitaire soit vindex un censitaire, pour un citoyen prolétaire que soit vindex qui le veut". Et la loi Coloniae Juliae: "Vindex arbitrato duumviri quive jure dicundo praerit, locuples esto: -Que le vindex d'après le jugement du décemvir ou de quiconque préside à la juridiction, soit solvable".

Après quelques hésitations sur le mot, on conclut généralement que l'assiduus est le citoyen inscrit sur la liste du cens, dans l'une des cinq classes où, depuis la réforme de Servius Tullius, les citoyens étaient répartis d'après leur fortune. L'assiduus est un censitaire et domicilié; le prolétaire est au contraire celui qui, n'ayant aucune fortune n'était pas censitaire, ne votait pas et ne devait pas de service militaire. La Lex Coloniae Juliae marque une certaine évolution, la règle de solvabilité paraît plus souple.

Le premier enseignement que nous tirons de cette règle est que le vindex apparaît comme une institution de la cité, non de la famille, car la règle de son choix n'est rattachée à aucune règle de famille, à aucune solidarité plus étroite que les cadres mêmes de la cité. C'est donc, nous l'avons dit, une conjecture gratuite qui fait de lui un membre de la famille, un défenseur du groupe familial dont il serait le chef. Ce rapprochement a pu sembler a priori assez naturel; il ne résulte pas des textes, bien au contraire.

Le deuxième enseignement est aussi important. On doit penser que la règle est nouvelle dans les XII Tables, car sa création coïncide avec l'établissement de la responsabilité pécuniaire du vindex qui, à notre avis, est l'oeuvre de la loi qui a créé la juridiction civile, et c'est la loi des XII Tables. Mais l'appréciation de la solvabilité du vindex est confiée au magistrat, à l'arbitrage de celui qui préside à la juridiction, dit la Lex Colonia Genetivae. Après la définition de la règle, à plus forte raison avant, le soin du vindex est laissé au magistrat. L'histoire du procès de Virginie renforce cette constatation. Nous verrons que tout le déni de justice que complotte Appius Claudius et son affranchi est basé sur ce fait que le magistrat acceptera comme adsertor seulement le père de la fille de

famille revendiquée comme esclave. C'est donc le magistrat qui accepte ou qui refuse un citoyen comme vindex ou adsertor. Ainsi, d'une part, tout citoyen peut être en principe vindex d'un autre citoyen, et d'autre part, son intervention comme vindex dépend du choix du magistrat. Voilà les deux principes qui nous guideront pour émettre l'hypothèse sur la nature primitive du vindex et l'origine de son autorité.

§ 2 - Le vindex de la manus injectio vocati.

Parmi tous les problèmes obscurs et incertains que soulève l'institution du vindex, le plus obscur et le plus incertain est bien le problème du vindex dans l'in jus vocatio. On a été jusqu'à nier son existence (Demelius, *Confessio in jure*, p. 42, n. 1) et Lenel qui l'a particulièrement étudié, à chaque nouvelle étude, donnait une solution différente; la première en 1883, l'édition française en 1901 et la seconde édition allemande en 1907.

Il est vrai que nos sources sont encore plus réduites que pour le vindex de la manus injectio judicati et que les renseignements qu'elles nous livrent sont encore moins décisifs. Mais la cause principale de l'incertitude de la doctrine ne paraît se trouver dans son faux point de départ. L'erreur initiale sur la manus injectio vocati entraîne tout le reste. La doctrine moderne, nous l'avons dit, a refusé de reconnaître dans la manus injectio vocati, une action de la loi, au même titre que la manus injectio judicati, et elle y a vu on ne sait quel acte matériel de violence. Par là, elle a dénié l'unité fondamentale de l'institution de la manus injectio dont la loi des XII Tables avait réglé deux applications distinctes mais tout à fait voisines; par là, elle a ruiné le fondement de l'institution du vindex, à qui seule la manus injectio donne sa vraie figure. Elle a perdu le seul point d'appui permettant d'élucider le problème. Le vindex de l'in jus vocatio a été traité comme s'il était étranger au vindex de la manus injectio judicati et sans rapports avec lui.

Quant à nous, fidèle à la méthode que nous nous sommes imposée, nous n'entrerons pas dans le détail des controverses; nous chercherons plutôt à utiliser les résultats auxquels nous sommes déjà

parvenu, pour éclairer les textes que nous avons à notre disposition.

I - Textes.

La principale difficulté du problème vient, à mon avis, de ce que le vindex n'a pas disparu de l'in jus vocatio avec la legis actio per manus injectionem. Il a continué à jouer un rôle dans l'Édit et dans la procédure formulaire. Le vindex prétorien est une adaptation qu'a faite le préteur de l'institution civile.

Trois textes me paraissent cependant conserver les traces du vindex primitif. C'est d'abord, Digeste, 2.4.22. § 1. (Gaius livre I ad legem Duodecim Tabularum): "Quid in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis ejus personam defendit, et si dum in jus venit, de re transactum fuerit.- Celui qui est appelé devant le magistrat est renvoyé de la cause dans deux cas: si quelqu'un défend sa personne et si, pendant qu'on va vers le magistrat, il a été transigé sur l'affaire". Le second, est le chapitre 21 de la lex Rubria de Gallia Cisalpina: "Quo minus in eum quei ita vadimonium Romam ex decreto ejus quei ibei jure deicundo praeit, non promissit aut vindicem locupletem ita non dederit, ob eam rem judicium recuperatorium is, quei ibei jure deicundo praeit ex hac lege det judicareique de ea re ibei curet ex hac lege nihilum rogatur.- Rien ne peut être demandé d'après cette loi pour que celui qui préside ici la juridiction soit empêché de donner suivant la loi une action récupératoire et preme soin qu'il soit jugé ici de cette affaire contre celui qui n'a pas promis le vadimonium pour Rome d'après le décret de celui qui préside ici à la juridiction ou n'a pas donné un vindex solvable". Enfin le troisième texte est tiré des Institutes de Gaius (IV.46), ceterae quoque formulae quae sub titulo de in jus vocando propositae sunt in factum conceptae sunt, velut adversus eum qui, in jus vocatus, neque venerit neque vindicem dederit.- Les autres formules qui sont au titre de l'appel en justice, sont conçues en fait, par exemple, contre celui qui, appelé en justice, ni n'est venu, ni n'a fourni de vindex". Les deux derniers textes, quoique de l'époque de la procédure formulaire, me paraissent, comme nous le verrons, viser l'alternative dans laquelle se produisait l'intervention du vindex, dans la manus injectio, alternative qui n'est plus celle du vindex prétorien.

Car, depuis la reconstruction par Rudorff et

surtout par Lenel de l'*edictum perpetuum*, des textes nouveaux sont venus enrichir la matière du vindex. Le prêteur dans son Edit a visé et règlementé la responsabilité du vindex. Ainsi il est devenu un vindex prétorien. Dans les textes du Digeste, partout où il y avait vindex, les compilateurs ont écrit *fidejussor judicio sistendi causa*. Comme le dit Lenel, Edit perpétuel, 2^e édition p. 15, l'interpolation peut se démontrer mathématiquement. Gaius, IV, 46 parle d'une formule *in factum* proposée dans l'édit au titre de *in jus vocando, adversus eum qui, in jus vocatus, neque venerit neque vindicem dederit*. Si l'on compare cette énonciation avec la rubrique du Digeste, 2.6. "*in jus vocati ut eant aut satis vel cautum dent*,- Ceux qui sont appelés en justice qu'ils y aillent ou qu'ils fassent une promesse garantie par une caution", on voit que la rubrique est interpolée et qu'elle était dans l'édit: *in jus vocati ut eant aut vindicem dent*. Et dans les fragments qui sont rangés sous cette rubrique et qui nous donnent des règles de l'édit du prêteur, il faut changer *fidejussor judicio sistendi causa* en vindex. Le *vadimonium* était réglé dans l'Edit, quelques titres plus loin, et ne doit pas être confondu avec le vindex.

Le contenu du Digeste nous montre que ce *fidejussor judicio sistendi causa* est une espèce particulière de caution assurant la comparution du défendeur. Malgré le nom qui lui est donné, ce n'est pas un *fidejussor*, car *sponsor* et *fidejussor* s'engagent par une stipulation formelle; s'ils sont poursuivis, ils le sont par une action *ex stipulatio*. Le *fidejussor* est poursuivi par une action *in factum* promise par le prêteur, qui est au *quantum ea res erit*, à la valeur du dommage causé par le fait qu'il n'a pas assuré la comparution du défendeur. Cette *fidejussio* n'est pas davantage un *vadimonium*. La caution de *vadimonium* s'engage à ce que le défendeur soit présent devant le magistrat un jour fixé, *certo die sisti*. La responsabilité du *fidejussor judicio sistendi causa* n'est pas aussi précise. Il a répondu que le *vocatus* sera dans l'avenir mis à la disposition du demandeur. Pour que le *fidejussor* puisse être attaqué par l'action *in factum*, il faut qu'un décret spécial du prêteur lui impose l'obligation d'exhiber le défendeur un jour fixe et que cette exhibition n'ait pas eu lieu. Ce *fidejussor* n'a donc fait ni stipulation ni *vadimonium*. Lenel montre que l'expression elle-même n'est pas classique; *sistendi causa* n'est pas de bonne latinité. De plus, le vindex doit exhiber le *vocatus*

in jure et non in judicio, c'est-à-dire devant le magistrat et pas devant le juge. L'expression *judicio sistendi causa* est d'une époque où il n'y a plus de procédure formulaire, de distinction entre le jus et le judicium. L'interpolation est surabondamment prouvée. L'Edit du préteur disait *vindex* là où les compilateurs du Digeste ont mis *fidejussor judicio sistendi causa*.

Ainsi, ce *vindex* ne peut être poursuivi sans un décret du préteur contre lui. Il l'est en vertu d'une action in factum prétorienne. Quelle est donc l'origine de sa responsabilité ? Quelle est la nature juridique de l'obligation qui lui incombe ? Voilà le problème auquel la doctrine s'est vainement heurtée jusqu'ici.

II - Le *vindex* de la *lexis actio*

per manus injectionem vocati.

Dans le chapitre précédent, nous avons déterminé que l'appel en justice dans la procédure des actions de la loi était assuré par une *manus injectio*. Cette *manus injectio* était une action de la loi, puisque la loi des XII Tables l'avait expressément réglée. Elle consistait en une mainmise rituelle sur la personne du *vocatus*, qui donnait le droit de *in jus dicere*. Nous avons dit aussi que le *vindex* était un personnage essentiel de la *manus injectio*, de toute *manus injectio*. Tandis que l'acte rituel de main-mise contraignait sans recours celui qui en est l'objet, cet acte irrésistible peut être annulé par l'acte rituel, d'une efficacité supérieure, accompli par le *vindex*. Le *vindex*, par une *vindicatio* libère le saisi. Puisque c'est une *vindicatio*, elle doit être faite devant le magistrat in jure. Notre tâche présente est de retrouver dans les quelques textes qui nous restent ces deux éléments essentiels de l'activité du *vindex*.

Le premier élément nous est fourni, à mon avis, de façon péremptoire par le Commentaire des XII Tables de Gaius (Dig. 2.4.22 § 1: "Qui in jus vocatus est, duobus casi bus dimittendus est; si qui ejus personam defendet et si, dum in jus venit, de re transactum fuerit.- Celui qui est appelé en justice est renvoyé des fins de la poursuite en deux cas; si quelqu'un doit défendre sa personne et si, lorsqu'on

vient en justice, on a transigé au sujet de l'affaire".

Les auteurs sont d'accord pour voir dans cette incidente, si quis ejus personam defendet, une allusion au vindex. Les uns, comme Gauchler (Nouv. Rev. hist. 1889, p. 621 et ss.) et Naber (Observat. 45, Mnemosyne 21, 371 ss.) voient dans le vindex un véritable défenseur judiciaire, un représentant qui prend pour lui le procès avec toutes ses conséquences. Ce sera lui qui défendra le vocatus et prendra sa place. Les autres, comme Lenel, (Edit. perp. 2^e Ed. p. 67) pensent qu'il ne faut pas prendre l'expression de defendere personam comme une expression technique de la représentation judiciaire. C'est un terme général non technique, il défend le vocatus contre un acte de force. Le texte, d'ailleurs, à cause du futur defendet lui paraît suspect. On remarquera, en effet, que la défense au sens de Lenel est immédiate et non future. Elle a au contraire un sens de futur si elle signifie représentation judiciaire.

Defendere est un mot technique de la langue du droit et désigne la représentation judiciaire. On ne peut admettre qu'il soit exact dans un commentaire de la loi des XII Tables. Nous avons dit que la doctrine moderne a unanimement abandonné l'idée de voir dans le vindex de la manus injectio judicati un représentant du judicatus, car il n'est pas prévu dans les cas où l'on peut lege agere pro alio. Cette impossibilité est la même pour le vindex de l'in jus vocatio. Au contraire, il est naturel que les compilateurs considèrent le vindex comme un représentant judiciaire. C'est une conception répandue, comme le montre la définition de Boèce sur Cicéron, Topiques 2.10. "Vindex igitur est qui alterius causam suscipit vindicandam veluti quos nunc procuratores vocamus.- Le vindex est donc celui qui entreprend de défendre la cause d'autrui. ~~comme ceux que~~ nous appelons aujourd'hui les procureurs". Et c'est sans doute le vindex prétorien de l'in jus vocatio qui a amené à cette conception les auteurs de basse époque car le vindex de la manus injectio judicati était depuis longtemps disparu. Si quis ejus personam defendet nous semble donc une interpolation due aux compilateurs. La loi des XII Tables nous donne le modèle véritable de l'alternative qui devait être pour le vocatus sensiblement la même que pour le judicatus: "judicatum faciet aut quis endo eo in jure vindicabit"; sur ce modèle nous rétablissons

ainsi le texte de Gaius: "qui in jus vocatus est duobus casibus dimittendus est; si quis in ei in jure vindicet et si, dum in jus venit, de re transactum fuerit". Cette restitution explique le futur défendit de l'interpolation, futur que Lenel jugeait suspect, et explique aussi le début de la seconde partie de l'alternative, dum in jus venit.

Mais interpolé ou non, ce texte donne une indication formelle qui n'aurait dû échapper à aucun auteur. Le vocatus est dimittendus dans deux cas, transaction et dation de vindex. On est unanime à penser que le judicatus est libéré définitivement par le vindex, parce que son intervention est assimilée par la loi des XII Tables au paiement. La transaction est aussi un acte qui fait relaxer définitivement le vocatus de la poursuite. Comment n'est-on pas unanime à conclure que le vindex a le même effet libératoire définitif dans le cas d'in jus vocatio ? Sans doute, telle n'est pas la situation qui résulte de l'Edit, mais en face d'un texte aussi formel, ne doit-on pas supposer que ce qui vaut pour le vindex prétorien n'a pas de valeur pour le vindex des XII Tables. Le vindex est dimittendus, dit Gaius, il est renvoyé des fins de la poursuite. Dans l'un et l'autre cas, dans le vocatum comme dans le judicatum, le vindex est le libérateur qui crée le droit.

La restitution du fragment de Gaius que nous proposons suppose que l'intervention du vindex a lieu seulement in jure. Cette indication qui résulte pour nous de ce fait que le vindex fait une vindicatio, nous paraît confirmée par les deux autres textes. On n'a pas remarqué qu'entre le passage des Institutes de Gaius, adversum eum qui in jus vocatus neque venerit neque vindicium dederit, et le titre du Digeste, in jus vocati aut eant aut satis vel cautem dent, il y a une différence plus profonde que cette interpolation: ut eant aut vindicium dent. Le titre du Digeste suppose une alternative. L'un des termes exclut l'autre. Les conditions de Gaius s'additionnent. Prises dans leur sens positif, elles signifient que le vocatus est venu in jus et a fourni un vindex. Tandis que la rubrique du Digeste, et par suite probablement celle de l'Edit, exprime ce qu'est devenue l'institution dans le droit prétorien, les conditions de Gaius sont celles dans lesquelles a été créée l'action in factum lorsqu'elle a remplacé la manus injectio; elle vise l'hypothèse des actions de la loi.

La loi Rubria apporte une preuve de plus à cette

conception. Pour nous en tenir à la partie du chapitre 21 que nous avons citée, sans entrer dans la discussion difficile du fond, nous voyons que la compétence du juge local est écartée de deux manières: 1°) si le défendeur, sur un décret d'un juge, a fait un *vadimonium* promettant de comparaître à Rome au jour fixé, 2°) s'il a donné un *vindex*. La première hypothèse, celle du *vadimonium*, montre que l'affaire a dépassé le stade préliminaire de l'*in jus vocatio*. Le *vadimonium* est une promesse assurant une nouvelle comparution, c'est devant le magistrat qu'il est fourni. D'ailleurs, l'hypothèse de tout le chapitre 21 suppose la comparution *in jure*.

On ne peut imaginer que la seconde hypothèse revienne si complètement en arrière, que ce *vindex* soit celui qui intervienne avant toute comparution, sans même, comme nous le verrons, fixer une date pour une comparution future. La gradation nécessaire des hypothèses exige que nous voyions dans la première un moyen pour le défendeur d'être libéré de la compétence du magistrat local, en se soumettant à celle du magistrat de Rome, et dans la seconde un moyen de se libérer plus complètement encore, en fournissant un *vindex*. Comme le *vadimonium* avec qui il est mis en parallèle, ce *vindex* est celui qui est fourni *in jure*.

III.- Le *vindex* prétorien.

La procédure formulaire, nous l'avons dit, remplace par des actions *in factum* la *manus injectio vocati*, sanction archaïque de l'appel en justice. L'*in jus vocatio* acquiert une existence désormais indépendante, et avec la *manus injectio* disparaît la *vindicatio* du *vindex*. Mais la disparition des actes rituels n'a pas entraîné la suppression du *vindex*; le préteur a estimé qu'il pouvait encore jouer un rôle utile, plus utile même que jamais. Seulement, comme toutes les bases de la responsabilité du *vindex* se sont effondrées avec les actes rituels, le préteur a dû la réorganiser complètement. Sous le nom ancien, c'est en réalité une institution entièrement nouvelle que le magistrat a créée. La chute de la *vindicatio* a rendu nécessaires les diverses mesures prétoriennes, décret, action *in factum*, et *missio in bona*, qui forment pour la doctrine moderne un ensemble si difficile à expliquer.

Car la transformation n'a pas été seulement

dans les formes, elle atteint le fond. Le pouvoir libératoire total du vindex, appliqué à l'*in jus vocatio*, est la conséquence du rite employé; il répond moins bien à une véritable utilité de l'*in jus vocatio*. La disparition du rite rend possible une meilleure adaptation du vindex à l'institution. Il n'est plus le libérateur exerçant sa puissance, il offre plus modestement au vocatus le moyen d'échapper à l'obligation gênante de suivre immédiatement le demandeur *in jus*. Il ne laisse pas cependant de conserver des traces caractéristiques de l'état primitif.

Comme il n'y a plus ni *manus injectio*, ni *vindicatio*, le vocatus n'est plus contraint de suivre le demandeur *in jus* et le vindex n'est plus obligé d'y venir avec lui pour le délivrer. Le vindex est fourni immédiatement; c'est au demandeur de l'accepter et non plus au magistrat, puisqu'il n'y a plus d'action de la loi. Contre le danger qu'un demandeur malicieux peut causer au vocatus en refusant un vindex dont la solvabilité est évidente ou prouvée en cas de doute, d'après la règle du Digeste 2,8,5 le demandeur qui a refusé le vindex à tort s'expose à l'action d'injures.

Le vindex était ce citoyen qui, dans la *vindicatio*, fait un acte de puissance, exerce une prérogative de son état. Il n'apparaît pas comme quelqu'un qui s'oblige, qui fait une promesse. Le vindex prétorien hérite de lui ce rôle; il arrête l'*in jus vocatio* sans promettre de comparution et sans fixer de délai. Au fond, sauf qu'il ne fait plus de *vindicatio*, il continue à être ce personnage qui s'oppose de façon absolue à l'appel en justice; et en l'absence de *vindicatio*, pour le rendre responsable de son acte, il faut un décret du préteur. Ce décret n'est pas lié directement à l'*in jus vocatio*. Un texte de Paul le prouve (Dig. 2,8,4: "Si decesserit qui fidejussorem dederit iudicio sistendi causa (qui vindiciem dederit) non debet praetor jubere exhibere eum. Quod si ignorans jusserit exhibere, vel post decretum ejus ante diem exhibitionis decesserit deneganda erit actio. - Si celui qui a donné un fidejussor qu'il comparaitrait devant le juge (celui qui a donné un vindex) meurt, le préteur ne devra pas ordonner de l'exhiber. Que si, ne sachant pas sa mort, il a ordonné de l'exhiber ou si le défendeur meurt avant le jour fixé pour l'exhibition, l'action doit être refusée". Il résulte de ce texte que le vindex n'est pas obligé de

suivre le demandeur in jus pour s'entendre ordonner par décret d'exhiber le défendeur un jour fixé: le demandeur obtiendra ce décret en faisant la preuve, sans doute par témoins, de l'intervention du vindex. Mais il peut y avoir un intervalle entre sa demande et l'in jus vocatio arrêtée, puisque le texte prévoit que le défendeur a pu mourir dans cet intervalle.

Le décret du prêteur ordonnait au vindex d'exhiber le défendeur à un jour dit. Il ne semble pas que l'Edit ait prévu autre chose, en particulier une alternative, exhiber ou défendre Dig. 2, 8, 4: "Si decesserit qui fide jussorem dederit judicio sistendi causa qui vindicem dederit, non debet praetor jubere exhibere eum; Ulpian, Dig. 2, 6, 4: "Qui duos homines in judicio sisti promisit, si alterum exhibit, alterum non.- Celui qui a promis que deux personnes comparaissent devant le juge, s'il exhibe l'un et pas l'autre".

Contre le vindex qui, au jour dit, n'a pas produit le défendeur pour que son procès puisse être organisé, le prêteur donne une action in factum au quanti ea res erit Dig. 2, 8, 2, 5. "In fidejussorem qui aliquem judicio sisti promiserit (in vindicem), tanti quanti ea res erit actionem dat praetor. Quod utrum veritatem contineat an vero quantitatem, videamus. Et melius est in veram quantitatem fidejussor teneatur, nisi pro certa quantitate accessit.- Contre le fidejusseur qui a promis que quelqu'un comparaitrait devant le juge (contre le vindex), le prêteur donne une action à la valeur que la chose aura (au jour de la litis contestatio). Voyons si l'objet de l'action est la véritable valeur de la chose ou une certaine somme. Il est préférable de dire que le fidejusseur (vindex) est tenu de la véritable quantité, à moins qu'il n'ait promis une certaine somme.

Par cette action, le vindex prétorien est placé en réalité dans la même situation que le vindex de l'action de la loi. Celui-ci, nous l'avons vu, pro se lege agere solebat. Il plaide pour lui. Le vindex prétorien plaide également sa propre cause, car c'est contre lui que l'action est dirigée en vertu du décret du prêteur. Aussi l'action met-elle en jeu la propre capacité du vindex, non celle du vocatus, Dig. 2.5.1. Ulpian: "Si quis in jus vocatus fidejussorem dederit in judicio sistendi causa (vindicem) non suppositum jurisdictioni illius ad quem vocatur, pro non dato fidejussor habetur: nisi suo privilegio specialiter renuntiaverit - Si

quelqu'un, appelé en justice, a donné un vindex qui n'est pas soumis à la juridiction de celui devant qui il est appelé, le vindex est comme non donné, à moins qu'il ne renonce expressément à son privilège". Ce qui est réclamé au vindex est l'équivalent exact de ce qui aurait été réclamé au vocatus, car l'action est au quantita res erit, à la valeur de la chose. Gaius précise, Dig. 2.8.3.: "Sive in duplum est actio, sive tripli aut quadrupli, tanti eundem fidejussorem (vindicem) omni modo teneri dicimus quia tanti res esse intellegitur. Si l'action est au double ou au triple ou au quadruple, nous disons que le même fidejusseur (vindex) est tenu de toute façon à la même quantité parce que la chose apparaît comme étant de cette valeur".

Dans cette action où il plaide sa propre cause, c'est en réalité l'affaire du vocatus qui est jugée: car on plaide sur la légitimité de l'intervention du vindex. La condamnation dépendra donc du droit du vocatus que l'on examinera. C'est ce qu'exprime le jurisconsulte lorsqu'il dit que de l'action dépend la vérité et qu'elle n'a pas pour objet une certaine somme d'argent estimée par le demandeur. La situation contraire de celui qui enlève par la violence le vocatus au demandeur explique tout à fait celle-ci: Dig. 2.7.5. § 1: In eum autem, qui vi exemit in factum iudicium datur; quo non id continetur quod in veritate est sed quanti ea res est ab actore aestimata de qua controversia est.- Contre celui qui enlève celui-ci par la violence, une action in factum est donnée; dans laquelle n'est pas contenu ce qui est en vérité, mais la valeur de l'affaire sur laquelle il y a controverse estimée par le demandeur. L'incidente finale, nisi pro certa quantitate accessit.- à moins qu'il n'ait promis une certaine somme, est plus que suspecte, attendu que le vindex ne fait, nous l'avons vu, aucune promesse. Aussi les auteurs y reconnaissent-ils, à juste raison, une interpolation.

Un second texte apporte la même preuve que l'affaire du vocatus est jugée au fond sur l'action dirigée contre le vindex, Dig. 2.11.10, Paul: "Si eum iudicio sisti promisero qui jam tempore liberatus esse dicebatur; quia jam actione forte non tenebatur, actio in me danda est ut vel exhibeam eum vel defendam, ut veritas inquiratur: - Si j'ai promis de faire comparaître devant le juge celui qui disait être déjà libéré par le délai, parce que peut-

être il n'était plus tenu par l'action, l'action doit être donnée contre moi pour que je l'exhibe ou que je le défende de manière que la vérité soit recherchée". Ce texte doit être restitué avant d'être employé. La phrase quia jam actione tenebatur, n'est pas une interpolation des compilateurs, mais une glose explicative de quelque scribe, glosé assez maladroite qui doit être retranchée. L'alternative de l'action vel ut exhibeam aut defendam cum est insolite. L'action se présenterait comme une sorte d'action arbitraire où le vindex aurait le choix soit de se laisser poursuivre, soit d'exhiber; l'obligation d'exhiber résultait pour le vindex du décret du prêteur. Puisque l'action est donnée contre lui, c'est qu'il n'a pas obéi au jour dit à l'ordre du prêteur. Il est peu vraisemblable que l'action déliivrée en présence de ce refus renouvelle l'ordre d'exhiber. Dans le second terme de l'alternative, ut defendam, je reconnais la conception de basse époque, qui voit dans le vindex un defensor, et je reconnais aussi la main des compilateurs qui, dans le texte de Gaius sur les XII Tables (Dig. 2.4.22 § 1) ont remplacé le vindex par quis defendit personam ejus. Nous approuverons donc Lenel (Sav. Stift. 25, p. 252) qui reconnaît l'interpolation et restitue ainsi le texte: "Si is qui me vindicem dederit, jam tempore liberatus esse dicebatur, actio in me danda est, ut veritas inquiratur. - Si celui qui m'a donné pour vindex disait être déjà libéré par le délai, l'action est donnée contre moi pour que la vérité soit recherchée". Il s'agit de l'action normale contre le vindex au quanti es res erit. Même si en donnant le vindex, le vocatus avait prétendu être libéré par la prescription, l'action sera donnée contre le vindex pour examiner la vérité de la prescription, nouvelle preuve à ajouter à celle du texte précédent (Dig. 2.8.2 § 5), que la responsabilité du vindex dépend de l'obligation du vocatus. C'est cette obligation qui sera jugée dans le procès contre le vindex.

En somme, la grande nouveauté de l'Edit a été sans doute de présenter l'obligation imposée au vindex par le décret comme une obligation d'exhiber. Si nous ajoutons que la suppression de la vindicatio a fait disparaître la nécessité gênante pour le vocatus et le vindex d'accompagner le saisissant in jus, nous voyons que l'institution a pris un intérêt pratique qui en justifie le maintien sous sa forme nouvelle.

Mais dans cette forme nouvelle, on reconnaît la trace persistante de l'état ancien. Cette persistance nous permet de penser que dans l'actio au quanti ea res erit, dans la responsabilité au simple qui est celle du vindex prétorien, nous avons la continuation de ce qui était déjà la responsabilité du vindex de l'action de la loi. Le vindex de la manus injectio vocati était tenu du simple et non pas du double comme celui de la manus injectio judicati.

IV - Missio in bona contre le vocatus.

Il nous reste à examiner la missio in bona donnée contre le vocatus pour lequel un vindex est intervenu. Elle est prévue par Ulpien (Dig.42.4.2 § 2): "Praetor ait": In bona ejus qui judicio sistendi causa fide jussorem (vindicoem) dedit si neque potestatem sui faciet neque defenderetur, iri jubeto".- Le préteur dit: "J'ordonnerai d'entrer en possession des biens de celui qui a donné un vindex, s'il ne se met pas à la disposition de celui qui l'appelle et s'il n'est pas défendu".

Ainsi le préteur a prévu en faveur de celui qui a été arrêté dans son in jus vocatio par l'intervention du vindex, deux moyens prétoriens qui lui permettront de poursuivre son action; l'un est dirigé contre le vindex, c'est le décret d'exhibition suivi d'une action in factum, l'autre est dirigé contre le vocatus lui-même; c'est une missio bona qui assurera l'exercice de l'action proprement-dite.

Dans cette missio in bona, je vois la trace la plus claire de l'ancien effet libératoire de l'intervention du vindex civil. Cette intervention a fait tomber la manus injectio, elle annule l'in jus vocatio. On ne voit pas que le saisissant, les choses étant en l'état, recommence, sans plus, une seconde manus injectio. L'obstacle est pour le droit civil infranchissable. Le préteur a eu le dessein de modifier cet effet absolu de la vindicatio du vindex. Parce qu'il n'avait aucun modèle civil à suivre et à transformer, il a dû recourir à un moyen extracodiciaire tiré de son imperium, à une missio in bona. Le motif donné par l'Edit, si neque potestatem sui faciet, marque la liaison avec la manus injectio, qui mettait autrefois le vocatus sous le pouvoir du saisissant. Mais elle marque aussi le caractère vo-

lontaire et personnel de cette mise de soi-même à la disposition du demandeur, la manus injectio étant annulée par le vindex. L'expression ne pourrait être que très différente si, en ce faisant, le vocatus, libéré par le vindex, exécutait une obligation. Ainsi, soit du côté du vindex, soit du côté du vocatus, les moyens employés par le préteur pour renouer entre appelant et appelé les liens procéduraux brisés par le vindex, qu'il s'agisse du décret d'exhibition ou de la missio in bonarum, prouvent que le préteur n'a pas trouvé de précédents dans le droit civil. Ce sont des créations du droit prétorien.

L'Édit prévoyait que le vocatus, pour éviter la missio in bona, devait, soit se mettre à la disposition du demandeur, soit se faire défendre. Le défendeur prévu ici n'est pas le vindex, mais un défendeur ordinaire fourni par la suite par le vocatus, car le demandeur a le choix entre les deux moyens: réengager l'action contre le vocatus en demandant la missio in bona, si le vocatus n'a pas pourvu de lui-même à la défense, ou l'engager contre le vindex en réclamant le décret. De toute façon, il arrivera à faire juger son droit sur le vocatus, mais ce ne sera ni par la même action, ni contre le même adversaire.

Chapitre VIII

ADSSERTOR LIBERTATIS.

Ce chapitre va nous fournir un deuxième exemple de l'efficacité de l'acte rituel, propre à renforcer le témoignage des deux chapitres précédents, en particulier le témoignage du vindex. Cet exemple nous sera donné par le procès de liberté et le rôle qu'y joue l'assertor libertatis. Ce rôle se rapproche beaucoup de celui du vindex et souvent l'assertor est appelé vindex. Mais son intervention n'a pas, nous le verrons, l'efficacité totale et définitive de celle du vindex. Elle fait naître un procès qui se déroule par voie du sacramentum in rem et se plaide devant le tribunal des decemvirs d'abord, des centumvirs ensuite. C'est l'un des cas où la procédure des

actions de la loi a persisté le plus longtemps. Le sacramentum in rem, dans cette application, n'a été remplacé ni par la procédure per sponsionem dans la procédure des actions de la loi, ni par la formule pétitoire dans la procédure formulaire. Elle n'a cédé la place qu'à la procédure extraordinaire. C'est un cas exceptionnel où l'action de la loi a continué à être employée pendant toute la période classique du droit romain, jusqu'au Bas Empire, devant un tribunal d'exception, le tribunal des centumvirs.

La principale source de notre connaissance du procès de liberté est l'histoire de Virginie. Tite-Live III, 44, 48. A défaut d'autres sources plus juridiques, ce récit est précieux, car il nous permet de voir comment un contemporain, le jurisconsulte, source de Tite-Live, a conçu le procès de liberté dans une procédure, ancienne certes, mais encore en vigueur de son temps.

§ I - Tite-Live, III, 44-48.

Nous connaissons le début de l'affaire. Marcus Claudius a fait manus injectio sur la jeune Virginie. La foule est intervenue en sa faveur. Tout le monde s'est transporté devant le tribunal d'Appius Claudius.

La machination juridique attribuée à Appius Claudius est construite sur la stricte application de la vindictio, de ses règles et de ses effets. Dans le sacramentum in rem organisé pour un procès de liberté, celui qui se prétend le maître fait une vindictio in servitutum. Il affirme que celui sur lequel on va plaider est un esclave. A cette vindictio s'oppose une contra-vindictio. Un autre citoyen romain qui joue le rôle d'adsertor libertatis affirme que le prétendu esclave est libre. C'est la vindictio ou adsertio in libertatem. Pour que ces deux affirmations soient départagées et jugées, on organise le sacramentum, et le prêteur renvoie les parties devant le juge. Mais la possession provisoire de l'objet du débat, du prétendu esclave, est attribuée par le prêteur à celui qui a fait l'adsertio in libertatem. L'expression technique de l'acte du prêteur est dicere ou dare vindicias secundum libertatem. La règle qui impose au prêteur de dicere vindicias secundum libertatem est une règle de la loi

des XII Tables. Elle est contraire à la règle habituelle du sacramentum ordinaire. S'il s'agit d'un procès en revendication entre deux propriétaires et non d'un procès de liberté, le prêteur est libre de dicere vindicias suivant l'une ou l'autre partie, c'est-à-dire d'attribuer la possession intérimaire à qui il veut.

Il semble donc que Virginie n'a rien à craindre. Mais il est une autre règle que nous apprenons par ce récit parce qu'elle est affirmée par Appius Claudius. Si le citoyen dont on conteste la liberté n'est pas un sui juris mais un fils de famille, l'adsertor libertatis ne peut pas être n'importe quel citoyen mais seulement le père de famille. Lui seul a le droit de défendre son enfant. Et en effet, il est le seul à pouvoir opposer à l'affirmation "meum esse aio", la contre affirmation "filium meum esse aio". C'est sur cette règle que repose la machination d'Appius Claudius. Virginius est aux armées. A la vindicatio de Marcus Claudius ne pourra être opposée aucune contra-vindicatio, du moins ce jour-là.

Dès le début, les positions de chacun sont nettement posées. Marcus Claudius prend le premier la parole. Il renouvelle l'affirmation que Virginie est son esclave et déclare qu'il le prouvera devant n'importe quel juge, fut-ce Virginius lui-même. Remarquez qu'il n'offre pas de faire la preuve immédiatement. Nous sommes in jure, Mais en attendant, il faut que son esclave le suive. Il demande donc au decemvir l'autorisation de lege agere, de faire sa vindicatio.

Les avocats de la jeune fille répondent que Virginius est absent pour un service public, que si on le prévient, il sera là demain. Ils demandent donc que le magistrat laisse les choses en l'état pour qu'il puisse dire les vindiciae suivant la liberté, d'après la règle qu'il a lui-même posée dans sa loi. Ils demandent en somme que le decemvir n'autorise pas ce lege agere tout de suite pour que demain, Virginius étant présent, sa contravindicatio puisse s'opposer à la vindicatio de Marcus Claudius.

Nous trouvons ici un deuxième exemple de l'insuffisante compréhension que Tite-Live manifeste de sa source. La demande des avocats est ainsi présentée: "Postulant ut rem integram in patris adventum differat, lege ab ipso lata vindicias det se-

condum libertatem". Rien n'indique que la seconde requête soit la conséquence de la première, que l'une doit être accordée aujourd'hui pour que l'autre puisse être réalisée demain. Elles paraissent être sur le même plan. Et pourtant si le prêteur donne dans cette même séance les vindiciae secundum libertatem, c'est qu'à la vindictio de Marcus Claudius aura été opposée une contravindictio secundum libertatem. Il est clair que les choses ne seront donc pas restées en l'état jusqu'à l'arrivée de Virginus. Et pourquoi les avocats auraient-ils expliqué en débutant que Virginus sera là demain si les vindicationes devaient être faites immédiatement. Plutôt que d'accuser Tite Live d'impropriété de style, il me paraît plus vraisemblable de penser qu'il n'a pas compris avec une suffisante netteté la portée juridique des deux chefs de la demande.

Je comprends dans la suite du récit qu'Appius Claudius prononce un décret autorisant l'action de la loi. Mais il explique ce décret avant de le rendre. Cet exposé de motifs, invraisemblable d'ailleurs dans la bouche d'un magistrat romain, nous explique la règle de droit. Pour assurer la liberté, la loi doit être la même pour tous. Il est de règle que tout citoyen peut faire l'adsertio in libertatem dans les procès de liberté. Mais s'il s'agit d'un enfant sous la puissance du père, aucun autre que le père ne peut s'opposer au maître. Donc, que l'on prévienne Virginus; Marcus Claudius promettra de représenter la jeune fille quand celui qui se prétend son père sera de retour. Mais Appius Claudius ne sacrifiera pas le droit de l'adsertor en l'empêchant d'emmener la jeune fille. C'est dire en propres termes qu'il lui permettra d'adserere, c'est-à-dire de faire sa vindictio. L'injustice de cette décision révolte les assistants, mais personne n'ose s'élever contre elle. Elle observe en effet dans sa rigueur la lettre de la loi. Tout citoyen qui se présente régulièrement devant le prêteur a, en principe, le droit de lege agere, à moins que, d'accord avec l'adversaire et le magistrat, il n'accepte un renvoi.

Le décret autorisant la legis actio est rendu, lorsque l'oncle de la jeune fille, Numitorius et son fiancé Icilius interviennent avec violence. Le licteur du magistrat veut les empêcher en disant que le magistrat a pris sa décision. Il n'y a donc plus d'explications à donner; c'est le moment de lege

agere. Le lioteur ne peut arrêter les vociférations de Icilius. Celui-ci n'invoque pas le droit, il menace. Il dévoilera les desseins secrets d'Appius Claudius. Si celui-ci veut enlever la jeune fille, il devra employer les armes et le tuer, lui et ses amis. On remarquera que pas plus les avocats qu'Icilius ne mettent en doute que Virginie aussitôt qu'elle sera remise entre les mains de l'affranchi sera violée par Appius Claudius, sans attendre le lendemain. La jeune fille sera deshonorée avant qu'elle ait plaidé sur sa liberté. Mais c'est ici qu'apparaît dans toute son atrocité légale la machination du decemvir. Il a autorisé son affranchi à faire la vindictio. Aucune contre-vindictio ne pouvant s'y opposer, il prononcera l'addictio. Nous connaissons suffisamment le mécanisme de la vindictio et son pouvoir créateur. La jeune fille de condition libre sera légalement transformée en esclave de Marcus Claudius. Sans doute cette qualité n'est que provisoire. La caractéristique la plus étonnante des procès de liberté est qu'ils peuvent indéfiniment être recommencés. Le même adsertor ou un adsertor nouveau peuvent remettre l'affaire en question par une nouvelle adsertio. Nous en examinerons la raison. Mais en attendant, c'est comme esclave que Virginie entrera dans la maison de Marcus Claudius. Non seulement elle aura perdu sa liberté, mais sa vertu et sa pudeur ne seront plus protégées par aucune loi.

Une atteinte à la vertu d'une personne libre, appartenant à une famille romaine, est un crime, le plus grave qui soit. Ce crime s'appelle l'adultère si la relation sexuelle est réalisée avec une femme mariée. Il s'appelle stuprum si elle a lieu avec un fils de famille, fils ou fille. Le coupable s'expose à la mort; le paterfamilias a le droit de le tuer. La gravité de sa faute est basée sur des conceptions religieuses. J'ai essayé de le montrer il y a quelques années dans un article intitulé: les Tabous du mariage dans le très ancien droit romain, (Annales de sociologie, série C, fasc. 2), car la souillure infligée à la femme ou à la fille de famille, souille la famille tout entière, c'est une souillure de sang qui rend la famille impure et l'expose à la vengeance des dieux. Cette faute n'est pas appréciée au point de vue moral et individuel, car le même acte accompli avec une esclave, même avec une affranchie, qui sont des personnes sans famille,

n'est ni un crime ni même une faute, c'est un acte indifférent.

On peut même aller plus loin. Appius Claudius peut escompter le triomphe total de sa perfidie et espérer que Virginus ne réclamera plus sa fille une fois qu'elle sera deshonorée. Car, en faisant rentrer dans sa famille une fille souillée, il souillerait la famille et la rendrait impure. Tel est d'ailleurs le sentiment exprimé formellement par Icilius. Icilius aime sans doute sa fiancée, et il est prêt à sacrifier sa vie pour elle, aussi réclame-t-il pour Virginus le droit de défendre sa fille. A lui de savoir ce qu'il voudra faire en ce qui concerne les *vindiciae*. Mais il déclare que si Virginus cède à la *vindicatio* de Marcus Claudius, il devra chercher un autre gendre! Il veut une fiancée libre; il préfère perdre plutôt la vie que l'honneur.

A ce moment se produit le revirement le plus inattendu. Appius Claudius, tout en disant que Icilius n'est qu'un factieux et que ce n'est pas à lui qu'il cède, déclare qu'on attendra l'arrivée de Virginus. Rien de plus invraisemblable. Tite-Live représente le *decemvir* comme un homme fou de passion. Il est par ailleurs d'une audace et d'une énergie sans pareille. Comment cette foule qui n'osait pas s'élever contre sa décision, le fait-elle abandonner si brusquement une ruse longuement ourdie pour reprendre le lendemain une affaire bien plus hasardeuse? Nous avons dit que cette contradiction ne peut s'expliquer que par le heurt des deux versions. Dans l'ancienne version, le coup de force, une tradition bien établie exigeait que Virginie soit tuée par son père. Dans la nouvelle, au contraire, le procès postulait l'absence de Virginus. La conciliation s'est faite, en dépit de la vraisemblance, par cette volte face du magistrat.

Tite-Live reproduit par contre avec toute la précision désirable les termes techniques dans lesquels sa source exposait la nouvelle décision du *decemvir*: "*Jus eo die se non dicturum, neque decretum interpositurum; a M. Claudio petiturum, ut decederet jure suo, vindicarique puellam in posterum diem pateretur.*" Il ne dira pas le droit ce jour-là; et il ne fera pas intervenir son décret. Il demandera à M. Claudius de céder sur son droit, et de souffrir que l'on ne fasse la *vindicatio* de la jeune fille que le lendemain". A vrai dire, les propositions sont en ordre inverse de ce qu'elles devraient être. La

première chose à faire est de demander au plaideur qu'il accepte le renvoi, malgré son droit de vindicare. Mais le decemvir est décidé à passer outre. Il ne fera pas exécuter son décret, donc il ne laissera pas lege agere, malgré l'autorisation donnée, et quant à lui, il ne coopèrera pas à cette vindicatio en prononçant les paroles fatidiques de son intervention dans la legis actio: "do, dico, addico". Impossible de dire de façon formelle plus précise, plus technique que la vindicatio n'aura pas lieu aujourd'hui, qu'elle est renvoyée à demain.

Pourquoi faut-il que le récit s'obscurcisse soudain par une faute extraordinaire de Tite-Live ? Ce qui vient ensuite a plongé toute l'interprétation moderne dans une confusion sans remède. Après avoir constaté que le danger que courait la jeune fille, c'est-à-dire la vindication, est écarté pour le moment, Tite-Live ajoute que les avocats s'éloignent et qu'on décide d'envoyer à Virginus des messagers qui partent en toute hâte. Puis, dans une incidente qui a l'air de dire une chose toute simple et qui va de soi, il ajoute: "Cum instaret adsertor puelle ut vindicaret, sponsoresque daret, atque id ipsum agi diceret Icilius.- Alors que l'adsertor de la jeune fille (c'est-à-dire M. Claudius) pressait Icilius de faire la vindicatio et de donner des cautions, et que celui-ci disait qu'on allait le faire". Plus loin, Tite-Live répète: "Ita vindicatur Virginia, spondentibus propinquis.- Ainsi est revendiquée Virginie, ses proches étant ses cautions". Devant des paroles si formelles, aucun auteur moderne n'a mis en doute cette vindicatio. Donc l'action de la loi a été accomplie. Mais quelle extravagante conclusion ! tout le monde avait fini par tomber d'accord que la legis actio était impossible en l'absence de Virginus, et le débat s'était terminé par la décision formelle du magistrat que la vindicatio n'aurait pas lieu aujourd'hui. Que signifie ce retour inattendu ?

A la réflexion, nous sommes dans un cas où nous devons refuser d'en croire nos yeux et nos oreilles. Nous ne pouvons pas, nous ne devons pas prendre les paroles de Tite-Live au pied de la lettre. Si nous écartons le mot technique gênant nous comprenons la situation sans difficulté majeure. Lorsqu'il avait auterisé la vindicatio, Appius Claudius avait parlé de faire promettre à son affranchi de représenter la jeune fille lorsque Virginus serait de retour.

Maintenant, il a renvoyé à demain l'action de la loi. La jeune fille sera donc rendue à sa famille. Mais il faudra que la famille, en l'espèce Numitorius et Icilius promettent de représenter Virginie le lendemain, que Virginus soit là ou n'y soit pas. Ils feront un *vadimonium puellam certo die sisti*, suivant la règle que nous donne Gaius Inst. 4, 184: Lorsque l'adversaire a été appelé in jus, et que l'affaire n'a pu se terminer le même jour, il lui faut faire un *vadimonium*, c'est-à-dire qu'il promet-
te qu'il sera présent au jour dit". C'est cette promesse garantie par la caution des proches que fait Icilius. Denys d'Halicarnasse n'en dit pas plus.

Il faut donc penser que Tite-Live a employé le verbe *vindicare* non pas dans son sens technique, mais dans son sens dérivé et généralisé de réclamer, délivrer. Déjà, il l'avait mis dans la bouche de Icilius en un sens figuré : "*me vindicantem sponsam in libertatem vita citius deseret quam fides.*" - Pour avoir une fiancée libre, j'exposerai ma liberté plutôt que mon honneur". C'est-à-dire: je serais deshonoré si je l'acceptais encore, si elle a été en servitude. Mais le mot a un sens technique si accusé et si précis qu'on ne comprendrait pas qu'un juriste au courant de sa portée juridique, employant le même mot une première fois au sens juridique, une seconde fois en un sens figuré et général, puisse dire dans le même discours: "Le magistrat décide que la jeune fille ne sera pas revendiquée. Alors le demandeur presse son adversaire de la revendiquer. Et elle est ainsi revendiquée". Tite-Live n'a pas hésité à écrire quelque chose de ce genre, et il n'y a vu aucune contradiction. C'est que sans doute en répétant l'expression d'après ses sources et en l'employant ensuite de lui-même, pas plus la première fois que la seconde, il ne s'est rendu compte exactement de sa véritable technicité. Les deux fois il l'a employée dans un sens général et vague. Ayant compris la première fois que le *decemvir* ne permettait plus au demandeur de "réclamer" la jeune fille, il n'a vu aucune difficulté à ce que cette "réclamation" fut accordée aux représentants du défendeur, à la famille. En somme, la portée juridique de la *vindicatio* lui échappent, il n'a pas davantage compris celle du *vadimonium*.

Quoi qu'il en soit, le lendemain Virginus se présente devant le tribunal d'Appius Claudius avec sa fille, entouré de sa famille. Le dénouement est brusqué. Le *decemvir* laisse à peine au demandeur le

temps de se plaindre du déni de justice dont il a été victime la veille. Il ne permet pas au défendeur de répondre, mais immédiatement il attribue la jeune fille à Marcus Claudius. Tite-Live s'exprime ainsi: "decesse vindicias secundum servitutem.- Il a décrété les vindiciae selon la servitude". Nous prenons encore ici Tite-Live en flagrant délit d'inexactitude. On voit que le decemvir n'a pas laissé s'accomplir l'action de la loi. Il n'a autorisé ni la vindicatio ni la contra-vindicatio. Il n'a donc pas pu dicere vindicias, c'est-à-dire choisir celle des vindicationes à qui il attribuera la possession intérimaire.

Le fait est que le decemvir a donné la possession de la jeune fille à Marcus Claudius. Le discours par lequel il justifiait son décret et que répétaient les sources, Tite-Live renonce à le rapporter.

Nous devons faire confiance, me semble-t-il, au juriste qui a su jusqu'ici affabuler le procès avec tant de rigueur. Il a certainement trouvé, et peut-être dans les XII Tables, quelque moyen juridique, tiré de l'arsenal des pouvoirs du prêteur, impeccable dans son atrocité. Mais ce moyen était sans doute trop spécial et trop technique pour que Tite-Live soit l'ait compris, soit ait jugé utile de le développer devant ses lecteurs. Il complétait la leçon que le juriste avait voulu donner sur le thème d'un procès de liberté. C'était peut-être un exercice d'école, plus sûrement une critique aigüe de ces actions de la loi que l'exoès de formalisme avait rendues odieuses à tous (Gaius 4,30) et des pouvoirs du magistrat avant qu'ils eussent été tempérés par les règles de l'équité. L'exemple est particulièrement saisissant d'une application stricte des règles du droit formel aboutissant à la plus atroce des iniquités.

Contre ce second décret du decemvir, la réaction de Virginus est la même que celle d'Leilius contre le premier. Il n'invoque aucune règle de droit, il menace de résister par les armes. La réponse de Claudius est empreinte de toute la majesté du magistrat sûr d'être obéi: "Lictor submove turbam, et da viam domine ad prendendum mancipium.- Licteur, écarte la foule et fais place au maître qui va prendre son esclave". La foule s'écarte d'elle-même et abandonne Virginie. C'est alors que Virginus descend aux supplications. Il demande au magistrat de le laisser interroger la nourrice en présence de sa fille, pour

connaître la vérité. Il les entraîne vers les boutiques proches du sanctuaire de Vénus Cloacim, et il poignarde sa fille en prononçant une dernière fois les paroles qui ont été le centre de l'histoire: "Hoc te uno quo possum modo, filia in libertatem vindico.- Je te revendique de la liberté par le seul moyen qui me reste".

§ 2 - Adsertor libertatis. Formule de

l'adsertio.

Le récit de Tite-Live, joint aux textes du Digeste nous renseigne sur la procédure des procès de liberté. Le personnage dont la liberté était contestée ne peut pas se défendre lui-même, il a besoin d'un adsertor qui engagera le procès à sa place. Pourquoi la protection du droit lui est-elle refusée à lui directement ? Théophile dans sa paraphrase Grecque des Institutes en donne une raison: parce que, dit-il, le procès pourra révéler qu'il est un véritable esclave. On ne veut pas qu'il se trouve dans la situation d'avoir plaidé contre son maître.

Cette raison est sans valeur historique. Elle est même contraire à la réalité, car, précisément, pendant toute la durée du procès, pour des motifs que nous dirons, le prétendu esclave peut plaider contre son maître pour toute autre cause que sur son statut d'homme libre ou d'esclave. Le refus direct de justice qui est opposé au prétendu esclave comme au judicatus a pour tous les deux, à mon avis, le même fondement. Il résulte de l'efficacité de l'acte rituel qui a été fait sur eux, efficacité que le droit civil a consacrée, tout en interposant son autorité. La personne qui a été l'objet d'un acte rituel, celle sur laquelle il a été fait une manus injectio ou une vindicatio est saisie, dominée par l'acte et ne peut y échapper. Ici, le demandeur a fait manus injectio sur elle à titre d'esclave; le pouvoir créateur du rite en a fait une esclave, elle ne peut échapper à la contrainte.

I - Adsertor libertatis.-

Mais ce qu'elle ne peut pas faire elle-même, un autre membre du groupe, un autre citoyen peut le faire pour elle. Cet autre citoyen défend la liberté du

premier, si elle a été injustement attaquée, la délivre et fonde son droit. C'est l'adsertor libertatis.

Le choix de cet adsertor dépend du magistrat, car pour qu'il puisse jouer son rôle, il faut qu'il soit accepté par le magistrat. Nous avons vu qu'il en était de même pour le vindex. Nous savons que le préteur a le droit de refuser les personnes suspectes comme adsertores. *Fragm. Vat. 3.2.4 "Adsertio-nem non prohibentur suscipere, nisi suspecti prae-tore. Il n'est pas défendu qu'on entreprenne une adsertio à moins qu'on ne soit suspect au préteur".*

De plus, l'histoire de Virginie nous indique une autre règle. Lorsque la personne réclamée comme esclave était in potestate, ne pouvait être adsertor que celui qui l'avait sous sa puissance, c'est-à-dire son père. Le préteur refusait d'accepter toute autre personne. En effet, si le père ne prend pas la défense de sa prétendue fille, tout autre doit apparaître a priori comme suspect au préteur.

Une fois le vindex accepté, quel est son rôle? Comment agit-il? Le vindex fait une vindicatio. L'expression technique de son action est vindicare in libertatem. *Dig. 4.12. "De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest.- Celui qui demande qu'on exhibe un esclave sur lequel il veut faire la vindicatio pour la liberté peut se servir de cette action".* Même expression dans *Dig. 40.2.3. pr. Cicéron pro Flacco 25; Brutus 38.212; Trajan, Lettre à Pline 10,66; enfin Paul, Dig. 40.12.32: "Vindicare ex servitute aut ex libertinitate in ingenuitatem.- Faire une vindicatio pour la qualité d'ingénu, de la condition d'esclave ou de la condition d'affranchi".*

On remarquera que pour l'adsertor, comme pour le vindex, le verbe vindicare a conservé son sens primitif, faire la manifestation de force rituelle qui libère. Le mot n'a pas pris le sens nouveau qu'il a dans le procès en revendication ordinaire, vindicare rem, revendiquer une chose, la réclamer comme sienne, car l'adsertor, pas plus que le vindex ne prétendent avoir un droit sur le prétendu esclave.

Le rôle de l'adsertor est donc très exactement celui du vindex. Cela est confirmé par les textes qui à plusieurs reprises qualifient l'adsertor de vindex, alors que, nous l'avons fait remarquer, jamais le revendiquant ordinaire n'est appelé vindex. Donat, sur Térence, Adelphes, vers 194, à propos de la formule citée: "Nam ego liberali illam assero causa manu.-

Car moi, je fais l'adsertio avec la main sur celle-ci pour cause de liberté", dit: "Sunt juris verba a quibus etiam adsertor dicuntur vindices alienae libertatis. Nam et causa ipsa liberalis dicitur quae adsertionem in se continet libertatis.- Ce sont là les paroles du droit à cause desquelles les adserteurs sont aussi appelés les vindex de la liberté, car on appelle aussi procès de liberté, ce procès qui contient en lui l'affirmation de liberté". Il ne faut pas oublier que Donat est un auteur du IV^e siècle après Jésus-Christ très postérieur certes, à la loi des XII Tables. Aussi causa liberalis a pris chez lui le sens courant de procès de liberté, adsertio le sens également courant d'affirmation. Ce ne sont pas, nous le verrons, les sens primitifs. L'adsertor est encore qualifié de vindex dans d'autres textes littéraires; Sénèque Controversiae, I, 14; Pline, Histoire naturelle, 20, 160.

II - Formule de la vindicatio-Adserere manu.-

Tite-Live nous indique très précisément dans quel ensemble intervient la vindicatio de l'adsertor et contre quoi. Le demandeur fait sa vindicatio. C'est la vindicatio ordinaire: "Hunc ego puellam ex jure Quiritium meam esse aio, Secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui". A la vindicatio de l'adsertor servitutis s'oppose la contravindicatio de l'adsertor libertatis. Celle-ci n'est pas, comme dans le procès ordinaire, une vindicatio rigoureusement semblable s'opposant à l'autre; ici, l'adsertor prononce une formule de délivrance. Celle-ci ne nous a pas été conservée par les textes juridiques mais on peut la reconstituer de façon assez sûre. L'acte du vindex est assez souvent décrit chez les auteurs comiques, Plaute, Poenulus, vers 905, 964 et 1162; Curculio, vers 491, 668, 709; Térence, Adelphes vers 119; aussi bien dans Cicéron, pro Flacco, 40; Martial, Epigrammes, 1, 15, 8. Chaque fois, avec la plus grande rigueur, les mêmes mots sont employés: "Liberali causa manu illam adserere". Cette répétition constante indique qu'il y a un modèle fixe que tous ces auteurs avaient présent dans l'esprit lorsqu'ils envisageaient l'adsertio. On ne se trompera pas en pensant que ce modèle ne pouvait guère être autre chose que la formule prononcée par l'adsertor.

Je restitue donc sur ce modèle et très simplement la première partie de la vindicatio de l'adsertor dans les paroles suivantes: "Hunc ego hominem (ou hunc ego puellam) ex jure Quiritium, liberali

causa, manu adsero". Cette première partie, comme dimension et comme équilibre correspond très bien à celle qui figure dans la vindictio ordinaire. "Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio". J'estime que dans l'un et l'autre cas la formule se termine de même par la seconde partie: "Secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui. Nous n'avons pas de témoignage formel que l'adsertor avait en main la festuca, mais dans la manumissio vindicta, le manumissor, ensuite le licteur, avait la festuca à la main. D'autre part, la vindictio in libertatem s'oppose à la vindictio in servitutum. Dans la première, le vindicans tenait la festuca et déclarait qu'il imposait la vindicte. Il est donc nécessaire pour l'équilibre de l'action que l'adsertor tienne une festuca et impose à son tour la vindicte.

Dans sa thèse, Nicolau, *Causa liberalis*, p. 120 dont nous nous servons beaucoup dans ce chapitre, restitue la formule d'une façon plus compliquée: "Hunc ego hominem ex jure Quiritium liberum esse aio, eumque liberali causa manu adsero". Et il l'interprète ainsi: "je sis que cet homme est libre d'après le droit des Quirites, je fais l'adsertio avec la main sur lui dans le procès de liberté". Il ajoute que ce liberali causa rend inutile le secundum suam causam qui figure d'ordinaire dans la formule de vindictio. Comme tout le monde, il rattache ce secundum suam causam à l'homo et il traduit l'homo est mien suivant sa condition juridique. Comme tout le monde aussi, dans la continuation de la formule, "Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris", il traduit: "Je demande que tu dises en vertu de quel titre de propriété tu as fait la vindictio". Ces diverses traductions nous font toucher du doigt l'excès d'illogisme auquel on arrive dans l'opinion commune. Dans la même formule ou dans deux formules très voisines et du même temps, on retrouve trois fois le mot causa. Trois fois on le traduit par un sens technique différent. Causa = procès, causa = condition juridique, causa = titre de propriété. Une telle inconséquence suffit à condamner le système.

Pour moi, je pose en principe que causa a dans tous le même sens: cause juridique, fondement légal du droit. Je traduis donc ainsi la formule que j'ai reconstituée: "Moi, je fais l'adsertio avec la main sur cet homme, d'après le droit des Quirites, pour cause de liberté (c'est-à-dire, pour qu'il soit

libre). Suivant sa cause, comme je l'ai dit, voici que je t'ai imposé la vindicte". Il me paraît inutile d'ajouter, comme le fait Nicolau: "Hunc ego hominem liberum esse aio", car ce serait répéter ce que dit d'une autre manière la première phrase.

Sans doute, dans le langage du droit classique, *causa liberalis* est devenu un terme technique pour désigner le procès de liberté; mais c'est une transformation postérieure, ce n'est pas le sens primitif dans la formule de l'*adsertio*.

III - *Adserere manu cu manu*.-

Il nous faut maintenant examiner de plus près le verbe technique qui qualifie la *vindicatio* de l'*adsertor*, *hominem manu adsero*. Cette phrase, en même temps qu'elle indique le but de l'action, exprime littéralement le geste qui accompagne cette action, ce geste fait avec la main. Les rédacteurs des formules ont agi de même pour la *manus injectio*, "*manum tibi injicio*" et pour la *vindicatio* du *vindex*: "*manum tibi depello*". Nicolau, *Causa liberalis*, p.125 pense que pour *adserere* et *adsertor*, comme pour *vindicere* et *vindex*, le verbe est plus ancien que le nom et que le nom vient du verbe. Tandis que Plaute emploie fréquemment le verbe *asserere*, il ignore le nom *assertor*, Cicéron l'ignore aussi. Il apparaît pour la première fois dans Tite-Live.

Adserere dans la langue classique signifie affirmer. C'est un sens second et généralisé; le sens primitif a une portée plus restreinte et plus précise; il indique un acte accompli avec la main. Dans Plaute, il est toujours accompagné du complément *manu*. Il doit être alors rapproché d'un verbe de même nature, *conserere*, qui est lui aussi accompagné du complément *manu* ou *manum* et qui indique l'action commune des deux revendiquants lorsqu'ils mettent ensemble la main sur l'objet à revendiquer.

Les grammairiens de l'époque d'Auguste ne connaissent plus bien la valeur exacte de ces deux verbes. Ils les définissent de la même manière et le complément pour eux est également tantôt *manu*, tantôt *manum*. Varron, L L.6,64: "*Adserere manum in libertatem, cum prendimus*.- *Adserere* la main pour la liberté lorsque nous saisissons". Festus: "*Adserere manum est admove*re.- *Adserere* la main, c'est l'approcher". Pour *conserere*, Aulu-Gelle, 20, écrit: "*Manum conserere, de qua disceptatur, in re praesenti, sive ager, sive quid alium est, cum adversario, simul manu prendere et in ea re omnibus verbis vindicare*.- *Conserere* la main, expression dont on discute, c'est se saisir en

même temps que l'adversaire de la chose présente, soit un champs, soit quelque autre chose et faire la vindicatio sur la chose avec toutes les paroles".

Les étymologistes modernes (*Thesaurus Linguae Latinae*), au mot *essenere*, Ernout et Meillet, *Dictionnaire étymologique*, au mot *serere*, précisent en disant: tirer à soi, *ad se trahere*; mais le composé n'est pas *ad se serere*, mais *ad serere* qu'il faut comparer à *cum serere*.

Dans l'un et dans l'autre cas, s'il est difficile de remonter à la signification littérale primitive, il n'est pas douteux que les verbes expriment des gestes faits avec la main par les deux plaideurs, gestes qui accompagnent les paroles. *Conserere* = *cum serere*, indique la concomitance des mêmes gestes, leur simultanéité dans le même but. Ils se saisissent ensemble de l'objet de la vindicatio. *Adserere* signifie alors que le second geste est fait en juxtaposition du premier. Il n'est ni identique, ni concomitant, il est fait sur lui. Au point de vue matériel, la position des deux revendiquants et celle des deux adsertores paraît identique; dans l'un et dans l'autre cas, les deux adversaires sont aux prises: d'une main ils ont saisi l'objet du litige, et de l'autre, ils ont posé la festuca sur lui. Mais il était nécessaire de distinguer leur action. La différence des paroles l'empêche d'être identique et en étudiant les effets de l'adsertio, nous allons voir que l'action de l'adsertor est supérieure à celle du revendiquant.

§ 3 - Effets de l'adsertio libertatis.

L'intervention du vindex marque la fin de la *manus injectio*. En cela se manifeste sa supériorité. Celle de l'adsertor ne prend pas la même forme. Elle lie, au contraire, le procès comme l'action du revendiquant. L'adsertor, en effet, n'enlève pas la main du revendiquant de l'objet de la revendication, du prétendu esclave. Il saisit à son tour l'esclave en faisant sa vindicatio; c'est pourquoi la *legis actio per sacramentum* continue dans sa forme ordinaire. Le magistrat ordonne aux deux plaideurs de lâcher l'homme *mittito ambo hominem*, et ils se provoquent tous deux au *sacramentum*. Donc, jusqu'à ce que le *sacramentum* soit déclaré *justum* et

fasse triompher la cause de l'un ou l'autre, le magistrat doit régler la condition pendant ce délai, de l'objet du litige. Il doit donner la possession intérimaire de l'esclave à l'un des deux.

C'est ici que se manifeste la supériorité de l'adsertio in libertatem sur l'adsertio in servitutem. Dans le procès ordinaire, les deux vindicationes étaient rigoureusement semblables, c'est au juge à décider à qui il accordera provisoirement la possession: dicit vindicias, Gaius, IV, 16: "Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum." Ensuite le préteur disait les vindiciae suivant l'un des deux plaideurs, et il lui ordonnait de donner les praedes du litige et des vindiciae". Ces praedes sont des garants qui assurent la restitution pour le cas où le sacramentum du possesseur serait déclaré injustum. Dans le procès de liberté, le magistrat n'a pas le choix de décider entre les deux plaideurs à qui il accordera la possession de l'homo sur lequel on plaide; il doit dicere vindicias secundum libertatem, accorder la possession à l'adsertor libertatis. Voilà la première preuve de la supériorité de la vindictio. La seconde est la condition juridique de l'homo pendant la durée du procès. Nous tirerons de ces deux conséquences de son acte, l'indication la plus sûre du caractère créateur de sa manifestation rituelle.

I. - Vindiciae sunt secundum libertatem.

Cette règle essentielle du procès de liberté a été posée par la loi des XII Tables: Tite-Live et Pomponius nous l'affirment. Tite-Live 3, 44, 2; "Advocati Virginiae postulabant ut Appius Claudius, lege ab ipso lata, vindicias det secundum libertatem." Les avocats de Virginie demandaient qu'Appius Claudius suivant la loi qu'il avait lui-même portée, donne les vindiciae suivant la liberté". Pomponius, Dig. 1, 2, 2, 24: "Initium fuisse secessionis dicitur Virginius quidam, qui, cum animadvertisset Appium Claudium, contra jus quod ipse jure duodecim Tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abdixisse, et secundum eum qui in servitutem ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore virginis omne fas ac nefas miscuisse - On dit que le début de la secession fut un certain Virginius, lorsqu'il dévoila qu'Appius Claudius lui avait refusé, contre l'ancien droit qu'il avait lui-même recueilli dans les XII Ta

bles, les vindiciae de sa fille, et qu'il les avait attribuées à celui qui les réclamait en feignant qu'elle soit son esclave et que, dominé par l'amour qu'il avait conçu pour la jeune fille, il avait confondu le juste et l'injuste".

Nous n'étudierons pas ici le sens du mot vindiciae et son rapport avec les autres mots du groupe auquel il appartient: vindicare, vindicta, vindiciae, vindex, vindicare. Nous n'examinerons pas non plus la signification de cette expression vindicias dicere. Le mot et l'expression entrent dans l'activité du préteur, ces études prendront leur place dans le chapitre final où nous étudierons l'activité du préteur dans les actions de la loi. Contentons-nous de poser la règle que le préteur dans le sacramentum ordinaire choisit entre les deux plaideurs celui secundum quem vindicias dicit; dans le procès de liberté il n'a pas la liberté du choix, il doit dicere vindicias secundum libertatem. Le résultat de la dictio du préteur est l'attribution de l'objet du litige à celui en faveur de qui elle est prononcée. L'attribution est provisoire. Au moment où le procès est jugé, si le sacramentum de son adversaire est reconnu justum et le sien injustum, il devra rendre l'objet. C'est pourquoi il doit fournir au moment où il le reçoit les praedes litis et vindiciarum qui assurent cette restitution éventuelle.

A quel moment de l'action de la loi le préteur dit-il les vindiciae ? Ce moment est important à déterminer. Gaius, IV, 16 nous l'indique; il se place après que les vindicationes ont été prononcées, après que le préteur a ordonné de libérer l'homme, et enfin après que les deux sacramenta ont été effectués. Les plaideurs ont promis les cinquante as du sacramentum. Le préteur dit alors les vindiciae et ordonne de fournir les praedes litis et vindiciarum et les praedes sacramenti qui assurent ainsi la restitution éventuelle de l'objet et le paiement éventuel de la somme du sacramentum.

Ainsi, l'acte du préteur, dicere vindicias secundum libertatem, se place après le sacramentum. Ce moment ne se confond pas avec la litis contestatio qui marque la fin de l'instance in jure, lorsque le juge est nommé, le procès est organisé, on prend à témoin que tout est réglé et l'on passe à la procédure in iudicio.

Quand le procès de liberté n'est plus plai-

dé par voie de sacramentum, mais dans les formes de la procédure extraordinaire, ce moment correspond à ce que l'on appelle la *litis ordinatio* qui ne se confond pas avec la *litis contestatio*. Cette expression figure dans la procédure extraordinaire non seulement pour les procès de liberté, mais pour la *querela testamenti inofficiosi* (Dig. 5,2,8 pr. 25,2, 26,2) et en matière pénale (Code 9, 45 1). L'expression, *lis ordinata*, est définie dans une constitution d'Antonin le Pieux (Code 9,45,1) en matière pénale: "*Causa ordinata, id est inscriptionibus depositis et fidejussore de exercenda lite praestito*". La cause ayant été mise en état, c'est-à-dire les actes d'accusation ayant été déposés et le fidejussor au sujet du procès à exercer ayant été fourni".

Dans la procédure extraordinaire, le procès de liberté comporte toujours un *adsertor*. Nous trouvons dans le Code Théodosien, 4,3,4; 4,18,6; 4,16, les expressions *post adsertionem* et *defensionem ordinatas*. Au contraire, Justinien supprime l'*adsertor*. Il ne figure plus au Digeste. Néanmoins, on distingue toujours les effets de la *litis ordinatio* et de la *litis contestatio* (Dig. 38,2,16 pr.)

II - Effets de l'*adsertio libertatis*.

Nous avons pris soin de déterminer le moment précis où les *vindiclae* étaient attribuées par le préteur *secundum libertatem*. Nous avons cherché à déterminer le rapport historique qui existe entre l'attribution des *vindiclae secundum libertatem* et la *litis ordinatio*. Nous l'avons fait à cause de la règle célèbre posée par Paul, Dig. 40,12,24: "*Ordinata liberali causa, liberi loco habetur is, qui de statu au litigat*". Le procès de liberté étant en état, celui qui plaide sur son statut est considéré comme libre". Gaius répète la règle: Dig. 40,12,25: "*Licet vulgo dicatur post ordinatum liberale iudicium hominem, cujus de statu controversia est, liberi loco esse, tamen si servus sit...* - Quoi qu'il soit dit partout qu'à partir du moment où le jugement de liberté est en état, l'homme sur le statut duquel il y a controverse est considéré comme libre, cependant si en réalité il est esclave..."

Ainsi, avec la transposition que les développements précédents nous permettent de faire, voici quelle était la règle des XII Tables: L'*adsertor libertatis* affirmait la liberté de celui sur le statut de qui il y avait controverse. Le préteur devait confirmer cette liberté. Donc, la *vindicatio in li-*

bertatem de l'adsertor, suivie de la dictio vindiciarum du prêteur secundum libertatem avait pour effet de rendre libre l'homme. Il était loco liberi, même si en réalité il était auparavant esclave. Nous avons un exemple probant de l'efficacité du rite, et par conséquent de son pouvoir créateur.

Nicolau, en plusieurs endroits de sa thèse, (p. 15; 131, 245) sur la causa liberalis veut distinguer entre la liberté de fait, dont l'attribution des vindiciae secundum libertatem est le point de départ et la liberté fictive de droit qui correspond à cette liberté de fait. La première dérivait de la loi des XII Tables, la seconde serait une création de la jurisprudence. Il ne faut pas confondre, dit-il, ces deux sortes de libertés, comme on le fait couramment.

A la vérité, je ne puis voir sur quoi se fonde cette distinction, je ne puis même arriver à en saisir le sens. Cette difficulté est une conséquence de ce que, pour les auteurs modernes et d'après eux, pour Nicolau, l'adsertor, comme le vindex est, soit un représentant, soit une caution. Dès lors, la condition de liberté, même provisoire, du prétendu esclave devient quelque chose d'incompréhensible. Au point de vue des règles du droit civil, il est impossible que l'intervention d'une caution rende libre celui qui ne l'est pas.

En réalité, la loi des XII Tables a posé le principe de la liberté, ou plus exactement, elle a accepté cette règle du droit ancien: "Jus quod ipse ex vetere jure in duodecim, tabulas transtulerat." Le droit qu'il (Appius Claudius) avait transporté dans les Douze Tables, du droit ancien", nous dit Pomponius Dig. 1.2;2.24 et la jurisprudence a tiré les conséquences de ce principe en donnant des solutions d'espèces qui l'appliquent.

Par exemple, Paul dit (Dig. 40,12,24) que puisqu'il est libre, l'esclave peut plaider pendant l'intervalle de son procès de liberté. Il peut plaider contre les tiers soit comme demandeur, soit comme défendeur. Il peut aussi plaider contre son maître. Par un curieux paradoxe, sa qualité d'homme libre lui permet de plaider contre son maître sur toute autre question que sa condition d'homme libre. Paul expose minutieusement les hypothèses et les difficultés qui peuvent naître de ce fait qu'il peut plaider puisqu'il est libre, mais que pourtant à la fin du procès, il peut redevenir esclave.

De même, le soi-disant esclave peut acquérir, hériter, posséder, contracter puisqu'il est libre. La question de savoir s'il le fait pour lui ou pour son maître reste en suspens jusqu'à la fin du procès. Gaius (Digeste, 40, 12, 25, 2) examine les questions particulièrement difficiles, que pose la possession. Il s'agit de savoir si l'esclave étant possesseur, continue à conserver la possession pour son maître ou bien si, pendant cette période de liberté, le maître ne perd pas la possession qu'il avait par l'intermédiaire de son esclave. Le principe posé par la loi des XII Tables soulève une quantité de difficultés dans le droit classique, difficultés que ne connaissait pas le droit primitif. Les jurisconsultes s'efforcent de les résoudre sans abandonner le principe, car il résulte d'une loi formelle.

III - Nature juridique de l'adsertor.

Ainsi, l'action de l'adsertor a pour résultat de rendre libre le prétendu esclave. Voilà la règle caractéristique qui donne la clé de l'institution. L'adsertor sera donc pour nous, comme le vindex et à côté de lui, un fondateur de droit. Nous répèterons une fois de plus qu'il est un de ces personnages du droit préhistorique dont l'existence s'est prolongée dans le droit classique. Sa survie a été incomparablement plus longue que celle du vindex, car il a persisté jusqu'aux derniers temps du droit romain, jusqu'à Justinien. Mais il est, comme le vindex, celui qui, par sa manifestation rituelle, défend, fonde le droit. Ici, le droit qu'il protège est la liberté de ses concitoyens; il réalise cette liberté par le rite, il la crée.

Le droit civil reconnaît l'efficacité de son action. Il en accepte la conséquence, c'est-à-dire la liberté. Mais la juridiction civile superpose son autorité à la légitimité des actions rituelles; elle veut les contrôler, c'est-à-dire les juger. Le magistrat éprouve la légalité de l'intervention de l'adsertor. C'est pourquoi dans le procès de liberté, à l'adsertor in servitutum s'oppose l'adsertor in libertatem; ce dernier plaide son propre procès, pro se lege agit, car c'est son acte personnel qu'il s'agit de juger. Ne parlons donc ni de représentation ni de cautionnement. Pas plus que le vindex, il n'a promis quoi que ce soit à personne; il n'exécute pas une obligation en intervenant. Il

exerce une prérogative de sa condition de citoyen. Tite-Live 3.44 dit: "In his qui asserantur in libertatem, quia quivis lege agere posset, id juris esse.- Ceci est de droit parce que, en faveur de personnes dont on affirme la liberté, tout le monde peut agir par l'action de la loi".

Cependant, l'effet libératoire de l'acte de l'adsertor est moins clair, moins évident que dans l'action du vindex, car il n'est pas définitif. La forme qu'il a prise dans la juridiction civile lui a donné ce caractère provisoire. L'intervention du vindex met fin à la manus injectio; c'est par une nouvelle action dirigée contre le vindex que la juridiction civile organise sa responsabilité et superpose son contrôle. L'intervention de l'adsertor, au contraire, permet d'organiser le procès. Ainsi, dans le domaine de la juridiction civile, la libération de l'esclave ne dure que le temps du procès.

Cette différence dans la réglementation peut s'expliquer par la différence des droits protégés. Le judicatus et le vocatus sont des hommes libres mais à qui on réclame en définitive de l'argent. On conçoit que, même si le vindex est intervenu à tort, le débiteur reste libre, le créancier aura toujours dans le vindex un débiteur, qui est même très préférable à un judicatus, débiteur insolvable. Au contraire, l'esclave est une res. Dans le procès en liberté, ce que veut le demandeur, c'est sa res. La loi donne donc une sanction efficace à son contrôle nouveau, si la condamnation de l'adsertor a pour résultat la restitution de la res. Ce résultat sera acquis et en même temps l'action de l'adsertor contrôlée, si la loi permet d'organiser le sacramentum, de continuer l'action jusqu'au bout. Mais en même temps, l'ancienne supériorité de la vindicatio in libertatis sur la vindicatio in servitutem est marquée par la règle imposée au juge de dicere vindicias secundum libertatem. Seul l'établissement de la juridiction a réduit ces vindiciae à un caractère provisoire.

Enfin, nous trouvons dans le procès de liberté une règle surprenante qui apporte un appui à notre thèse, car elle ajoute un trait caractéristique qui permettra de retrouver la vraie nature de la manifestation rituelle primitive.

D'après le droit romain, les procès de liberté peuvent être indéfiniment renouvelés. Cicéron, de domo sua, 29,78: "Quin etiam se decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent, tamen quoties-

cumque vellet quis in hoc genere solo rem judicatam referre posse voluerunt. - Même si les decemvirs (les juges du procès de liberté) avaient jugé que le sacramentum pour la liberté était injustum, cependant toutes les fois que quelqu'un le voudra, nos anciens ont décrété, en cette matière, seulement, que la res judicata pourrait être remise en question". Martial, Epigrammes, livre 1, 52, vers 8 et 9: "Hoc si ter quaterque clamitaris, imposuis plagiaro pudorem. - Si tu veux réclamer (la liberté) trois et quatre fois, tu rappelleras le plagiaire à la pudeur". Le plagiaire est le criminel qui tient en captivité des hommes libres. Martial parle au figuré, car il s'agit non pas d'hommes libres retenus, mais d'auteurs, qui, impudemment en copient d'autres. C'est d'ailleurs de ces vers qu'est venue l'habitude d'appeler plagiat la contre-façon littéraire. Justinien, Cod. 7.17.1 pr: "Illis legibus quae dudum et secunda et tertia vice adsertori lites examinari praecipiebantur. - En vertu de ces lois qui prescrivait autrefois que les procès de liberté soient examinés et deux fois et trois fois".

Nicolau fait observer que les expressions ter quaterque ou bis et ter ne sont pas des expressions limitatives et veulent dire indéfiniment. Par ex. Virgile, *Enéide*, 12, 155: "Ter, quaterque beati". Le procès de liberté peut être engagé un nombre de fois indéterminé et peut être repris même par le même adsertor, comme nous le voyons par Cicéron.

Cette règle est incompréhensible si l'on raisonne d'après les principes du droit civil. Si l'on considère que c'est la même affaire qui est reprise, à savoir le statut de l'esclave, et jugée par l'intermédiaire d'une caution ou d'un représentant, on ne peut pas comprendre pourquoi ne sont pas appliquées les règles du droit civil, soit l'effet extinctif de la lites contestatio, soit la règle bis de eadem re ne sit actio.

Nous considérons que suivant le principe primitif, ce qui est jugé, c'est l'acte de l'adsertor délivrant le prétendu esclave. Chaque fois, il s'agit d'un acte nouveau, le procès ne tombe pas sous le coup de la règle extinctive. Nous avons dit, d'autre part, que l'effet créateur de l'acte rituel n'a pas ce caractère absolu et définitif qu'ont pris les créations du droit civil. Chaque fois qu'un droit a besoin d'être manifesté soit pour le faire naître, soit pour le défendre, l'acte rituel sera accompli.

Et le même acte recevra à nouveau le droit, sans que l'on distingue encore entre création et défense. Il est susceptible de se répéter indéfiniment chaque fois qu'il est nécessaire. Cette règle a persisté dans le procès de liberté. Par suite, toutes les fois qu'un citoyen est convaincu ou un autre membre de son groupe est privé à tort de sa liberté, il lui est loisible de renouveler son geste libérateur: car ce geste n'est, ni plus, ni moins, que le mode de protection de la liberté des citoyens contre les entreprises de l'injustice.

Chapitre IX

PER AES ET LIBRAM AGERE.

Dans ce chapitre, nous aurons à étudier les très anciens actes du droit formel qui s'accomplissaient par l'airain et par la balance. La mancipation est le principal de ces actes, mais il n'est pas le seul. Il est extrêmement important de les confronter avec le système que nous essayons d'établir sur l'origine de la juridiction civile, et sur ses rapports historiques avec la loi des XII Tables, car cette confrontation nous permettra de projeter une lumière nouvelle sur l'époque de la création de ces actes dans la forme définitive où nous les connaissons. Elle nous permettra en outre de mieux comprendre le mécanisme de cette forme, d'en analyser plus profondément qu'on ne l'a fait jusqu'ici les différentes parties. Nous pourrons enfin définir d'une manière plus satisfaisante, les rapports qui existent entre les diverses parties des formules de ces actes. Tous ces problèmes ont été souvent agités dans la littérature juridique, ils n'ont pas été résolus et l'on sent bien qu'un élément essentiel a manqué jusqu'ici aux données du problème de l'acte per aes et libram, pour arriver à une solution. Ce ne serait pas un des moindres mérites de notre étude, s'il lui était donné de dégager cet élément.

Nous rappellerons au début de ce chapitre le principe fondamental qui a guidé nos recherches dans

toutes leurs parties. Qu'il s'agisse de la vindictio ou de la manus injectio, qu'il s'agisse maintenant de l'acte per aes et libram, une explication destinée à en faire comprendre le mécanisme ne pourra être admise que si elle peut s'appliquer en même temps à tous les actes qui sont accomplis dans la forme commune. L'acte per aes et libram ne sert pas seulement à faire une mancipation, il permet d'accomplir le nexum, il sert aussi à la solutio per aes et libram: c'est donc, à mon avis, une erreur grave de méthode que de vouloir étudier et expliquer la mancipation comme si elle était seule, comme si elle ne faisait pas partie d'un système dont elle n'est qu'une pièce. La même erreur, nous l'avons dit, a été commise pour la vindictio du sacramentum et pour la manus injectio-judicati. Il nous a semblé que l'étude commune de toutes les vindictiones, puis l'étude commune de toutes les manus injectiones ont produit quelques bons résultats. Nous espérons qu'il en sera de même pour les actes per aes et libram.

§ 1 - Mancipation.

Dès actes per aes et libram, la mancipation est le plus important. C'est donc par la mancipation que doit commencer notre étude. Nous serons guidés dans tout le cours de cette étude par la formule de l'acte. Nous connaissons cette formule par les Institutiones de Gaius I.120 et les Fragmenta Vat. 50. Voici cette formule, telle qu'elle est donnée par Gaius "Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio. Isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra". Nous aurons à étudier successivement chaque partie de cette formule et à en déterminer la signification. Nous chercherons ensuite à quel moment elles ont été réunies pour former l'ensemble qui a créé la mancipation. Chacune de ces questions soulève des problèmes qui restent encore aujourd'hui sans solution.

I - Hunc ego hominem ex jure Quiritium
meum esse aio.

Au seuil de cet examen, la première constatation qui s'impose à nous avec une évidence saisissante, c'est l'identité de cette partie de l'acte per

aes et libram et de la partie principale de la vindictio. Nous retrouvons cette même identité entre la mancipation et l'in jure cessio.

A) Textes. Voici, en effet, les textes qui établissent cette identité: Pour la mancipatio, Gaius, I.119: "Is qui mancipio accipit, rem tenens, ita dicit: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio".- Celui qui reçoit à titre de mancipium, tenant la chose parle ainsi: Moi je dis que cet homme est mien d'après le droit des Quirites". Voici maintenant la description de la vindictio: (Gaius IV.16), "Qui vindicabat festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio.- Celui qui faisait la vindictio tenait la baguette. Ensuite il saisissait la chose, par exemple l'homme, et parlait ainsi: Moi je dis que cet homme est mien d'après le droit des Quirites". Enfin, dans l'in jure cessio, (Gaius 2.24): "Is cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio.- Celui à qui la chose est cédée in jure, devant le magistrat, tenant la chose, parle ainsi: Moi je dis que cet homme est mien d'après le droit des Quirites".

Dans ces trois actes, le geste et les paroles forment le point culminant, le moment décisif de l'action. Ils définissent un rite de main-mise, un rituel d'appréhension où la parole confirme le geste et l'explique. La main saisit la chose et en même temps l'auteur de la main-mise affirme que l'objet est sien d'après le droit des Quirites, meum esse. Or, nous le voyons, dans ces trois actes, paroles et gestes sont rigoureusement identiques; il est donc incontestable que le même rituel a été introduit dans ces trois actes.

B - Modes de création.

L'interprétation juridique a mis quelque temps à s'en aviser; car, le premier qui note cette identité fut Eisele en 1896 (Beitrag zur Römischen Rechtsgeschichte, p. 260) et surtout, après lui, Schlossmann en 1904 (In jure cessio und mancipatio). Mais leur attention a été attirée seulement sur les rapports existant entre la mancipatio et l'in jure cessio. Ils pensent que la forme de la mancipation classique est le produit d'une contamination d'un rite de vente avec les éléments de l'in jure cessio.

Ils en tirent la conclusion que l'*in jure cessio* est un acte plus ancien que la *mancipatio*, conclusion contre laquelle s'élèvent en général les auteurs modernes. Mais ils n'ont pas vu que le problème était plus général et que l'identité n'était pas seulement entre les deux modes d'acquisition, *in jure cessio* et *mancipatio*, mais s'étendait aussi et surtout à la *vindicatio*. C'est parce qu'elle est une *vindicatio* que l'*in jure cessio* comporte cet élément commun avec la *mancipatio*. M. Levy-Bruhl est le premier à avoir noté les données véritables de la question, dans son article sur la formule vindicatoire (*Rev. hist. du droit français et étranger*, 1932, p. 205-226, recueillies dans quelques problèmes du très ancien droit romain, p. 95 et ss.)

Cette identité, comme nous l'avons déjà dit, pose au point de vue des principes du droit classique un problème insoluble. Car, dans la *vindicatio* du *sacramentum* d'une part, et d'autre part dans l'*in jure cessio* et dans la *mancipatio*, les mêmes mots expriment deux situations très différentes.

Dans la *vindicatio* du *sacramentum*, *meum esse* est l'affirmation d'une propriété existant non seulement dans le présent, mais dans le passé, que l'on défend parce qu'elle existait déjà en vertu d'une cause d'acquisition antérieure. Dans l'*in jure cessio* et dans la *mancipatio* au contraire, *meum esse* est l'affirmation d'une propriété que l'on crée et qui n'existera qu'à partir de cette création.

Cette contradiction irréductible dans le droit classique a sa source et son explication dans le caractère primitif de la *vindicatio*. Nous avons apporté la preuve par l'analyse de sa formule que toute *vindicatio*, dans sa nature originaires d'acte rituel, est une création. L'acte rituel réalise le droit toutes les fois qu'il est nécessaire de le manifester. Il le crée et le recrée, sans que l'on distingue entre la première création qui fait naître *ex novo* et les autres qui défendent. Cette création continue est une nécessité lorsque, avant l'établissement de la juridiction civile, la légitimité du droit dépend, non de la preuve de son existence rationnellement administrée suivant les règles de la loi, mais de l'approbation divine que le rite permet de dégager. A cette époque archaïque, il y a sans doute déjà un droit, parce qu'il y a une règle, mais la notion de durée n'est pas encore introduite

dans ce droit. Comme nous l'avons dit, le rite dans le droit sacré n'a pas encore cette faculté de créer un état juridique nouveau et stable rendu durable par la possibilité nouvelle que crée la loi dans le droit civil d'apporter la preuve de son existence. L'efficacité absolue et définitive des modes de création de droit est un don du jus civile et de l'organisation des preuves civiles.

C'est avec l'établissement de la juridiction civile que se produit la différenciation entre modes de création et procédés de défense. Alors véritablement l'*in jure cessio* et la mancipation deviennent des modes de création de droit, différents de la *vindicatio* et du *sacramentum*. Mais le procédé de défense, c'est-à-dire les vindicationes du *sacramentum*, conservent la forme extérieure qui atteste en un sens nouveau la persistance de leur faculté créatrice. Au moment où ils la réduisent jusqu'au point de la supprimer dans la réalité du droit, les rédacteurs de la *legis actio* affirment une dernière fois cette faculté créatrice, *jus feci sicut vindictam imposui*, dit la partie de la formule qui marque son adaptation à la justice civile. Seulement l'effet créateur de la vindicte est provisoire. Sa durée est subordonnée à l'examen des preuves par le juge du *sacramentum*. Celle-là seule aura un caractère définitif qui triomphera de cet examen. Mais la forme conservée des actes rituels permet de comprendre pourquoi les rédacteurs des *legis actiones* ont cru exprimer rigoureusement la vérité en continuant à employer dans tous les actes de création et de défense des droits une formule identique. Avec le développement du droit, la création de la notion de *dominium* et l'analyse juridique ont accentué l'opposition. Mais, par tradition, la formule est conservée et comme le formalisme donne l'habitude de répéter mécaniquement les formules sans s'inquiéter du sens littéral, personne n'est sensible à la contradiction.

C'est donc parce que dans son essence la formule vindicatoire est une formule créatrice de droit qu'elle a pu être adaptée à la mancipation. Peu importe que ce pouvoir créateur soit devenu purement formel dans le *sacramentum* et soit resté réel dans l'*in jure cessio* et dans la mancipation, c'est la forme de la *vindicatio* qui se retrouve dans ces trois actes différenciés du droit historique. La *vindicatio* impose sa forme à la mancipation. A cause d'elle, la

mancipatio est centrée autour d'un acte rituel de main-mise. L'élément fondamental de l'acte per aes et libram est la prise de possession avec la main, rem tenere, apprehendere, accompagnée des paroles affirmant le pouvoir ainsi acquis, sur la chose, rem meam esse aio.

C - Mancipation et transfert du droit.-

La littérature juridique contemporaine est disposée à accorder de plus en plus d'importance à cette caractéristique formelle de la mancipation depuis que Ihering: *Esprit du droit romain*, II, p. 225, a attiré l'attention sur elle. Cette forme est d'autant plus frappante qu'elle est contraire à tout ce qu'on attendrait normalement d'un acte de transfert de propriété qui, d'après l'opinion commune, aurait tiré son origine d'une vente.

C'est un fait, en effet, que la mancipatio, dans le droit classique est considérée avant tout comme un mode de transfert de la propriété des res mancipi. Et c'est un autre fait que dans l'opinion commune des auteurs modernes, ce mode de transfert tirerait son point de départ d'une vente au comptant. Nous aurons l'occasion de critiquer cette conception en examinant la deuxième partie de la formule. Il n'en est pas moins vrai qu'elle est à peu près unanimement admise par les auteurs modernes. Elle est tirée, comme on le sait, des énonciations mêmes de Gaius (I, III) qui définit la mancipation: "imaginarie quaedam venditio" et l'aes avec lequel l'acquéreur frappe la balance et qu'il remet à l'aliénateur comme une sorte de prix de vente, quasi pretii loco.

Si tel avait été le processus matériel de la mancipation, si l'acte de transfert qu'elle est devenue avait tiré son origine d'une vente matérielle faite au comptant que les modifications monétaires auraient contraint, en la rendant imaginaire, à se transformer en acte abstrait de transfert de propriété, on ne pourrait guère comprendre comment elle en est arrivée à la forme que nous lui connaissons. En effet, la vente c'est-à-dire l'échange d'une chose contre sa valeur en argent, place essentiellement vendeur et acheteur sur un pied d'égalité dans l'acte qu'ils entreprennent ensemble. Ils y coopèrent également tous les deux, et la péripétie centrale de la vente est, après l'accord qu'ils arrêtent ensemble sur la chose et sur le prix l'échange qu'ils font ensemble de la chose et du prix. S'il est de la

nature de la vente que l'acquéreur remette le prix au vendeur, il n'est pas moins de la nature de la vente que le vendeur remette la chose à l'acquéreur: si, pour des raisons matérielles, la vente au comptant voit son caractère primitif se modifier pour devenir un mode de transfert de droit, l'élément qui devrait surnager et acquérir l'importance prépondérante n'est-ce pas la remise de la chose par l'aliénateur à l'acquéreur ? Nous voyons au contraire que l'élément fondamental, c'est l'acte unilatéral d'appropriation. Le droit est cet acte qui crée le droit. L'acquéreur ne reçoit pas l'objet des mains du vendeur. Il le saisit de sa main, et il proclame que cette main-mise l'a rendu maître de cet objet, que cet objet est devenu sien.

M. de Francisci a consacré un volume à tirer les conséquences de cette forme de la mancipation. Il *trasferimento della proprietà*. Il a montré que les modes d'acquisition romain s de la propriété n'étaient pas des modes de transfert, mais des modes de création de droit. Ce n'est pas le droit du précédent propriétaire qui est transféré au nouveau; c'est un droit nouveau qui est créé par lui. Cet effet se manifeste avec la plus grande évidence quand le père de famille vend son fils. Il n'y a pas transfert de droit mais création d'un droit nouveau. La *patria potestas* s'efface devant le *mancipium*. De même dans la *coemptio* la *patria potestas* est éteinte définitivement et la *manus* naît de l'acte.

A ce rôle prépondérant de l'acquéreur, la doctrine moderne oppose vigoureusement l'inaction du vendeur. Elle interprète inexactement à mon avis le silence de Gaius qui ne parle pas du *mancipio* et ne décrit, lorsqu'il traite de la mancipation l.119 que les paroles et les gestes du *mancipio accipiens*. Elle conclut de ce silence que le vendeur ne dit rien et ne fait rien dans la mancipation. Il est indispensable qu'il soit présent. Sans lui rien ne peut être fait. Mais sa présence seule serait indispensable, pour le reste il ne serait qu'un personnage muet.

A la fin de notre étude de la mancipation, lorsque nous aurons déterminé dans toutes ses parties, la forme et la nature de l'action du *mancipio accipiens*, nous étudierons ce que, à notre avis, est l'*actus* du *mancipio* dans. Non seulement il dit les *leges mancipi*, c'est-à-dire les conditions dans lesquelles sera créé le droit, mais par un acte formel geste et parole, il autorise cette création. Il

joue un rôle en tout point semblable à celui du magistrat, nous le verrons. Nous dirons comment la mancipation est placée par les formes sous l'autoritas du mancipio dans comme la vindicatio est placée sous l'autoritas du magistrat et ajoutons-le dès maintenant comme l'auguration faite par le magistrat est placé sous l'autoritas de l'augure. Comme les autres actes religieux du magistrat, telle que la dédicace du temple est placée sous l'autoritas des pontifes. Ces rapprochements que nous ferons à la fin du cours, en seront le couronnement, et la preuve apportée par les formes de l'identité primitive des actes du droit civil et des actes du droit sacré. Ce sera la partie la plus nouvelle de notre démonstration.

Mais il n'en reste pas moins que la création proprement dite du droit est l'acte de l'acquéreur et de l'acquéreur seul.

D - Conclusions.

Rien dans ces analyses ne nous permet de reconnaître que les formes de la mancipation aient été construites sur les données réelles d'un acte de vente. Sans doute la mancipation a servi avant tout à réaliser une acquisition à prix d'argent. Mais la stylisation dont elle est issue, nous paraît avoir laissé de côté les conditions fondamentales dans lesquelles s'accomplit la vente, accord sur la chose et sur le prix, échange de la chose contre le prix, tous actes dans lesquels se manifeste normalement la collaboration la plus étroite et sur le pied d'égalité la plus complète des deux parties.

Au contraire, nous reconnaissons dans cette première partie de la mancipation les caractéristiques fondamentales de l'acte rituel de mainmise du droit sacré: rite d'appréhension accompagné de verba certa. C'est ce rite qui a donné naissance à toutes les vindicationes et à toutes les manus injectiones que nous avons étudiées. Nous le retrouvons ici identique, doublement identique. Nous avons vu comment le geste d'appréhension, le même pour toutes les vindicationes et toutes les manus injectiones est expliqué par les paroles; c'est la différence dans les paroles qui détermine l'efficacité de chaque catégorie de vindicationes ou de manus injectiones. Nous constatons que les paroles de la mancipation sont identiques à celles qui figurent dans les revendications que nous avons définies comme étant les vindicationes

qui enchaînent, par opposition à celles qui délivrent. Ces vindicationes sont celles du sacramentum et de l'in jure cessio. Les verba de la formule commune à ces vindicationes et à la mancipation font du rite de mainmise un rite d'appropriation. Par le rite, l'objet sur lequel il est accompli devient suum de l'auteur de l'acte. "Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio".

Nous ne dirons pas, comme l'ont prétendu quelques auteurs, que les rapports que nous venons de marquer entre vindicatio et mancipatio sont seulement extérieurs et superficiels, et qu'ils sont l'effet du hasard. Nous concluons au contraire que le rite d'appréhension est un élément commun à la vindicatio et à la mancipation. Nous pensons que cet élément commun a été emprunté à la vindicatio et au système des manifestations rituelles du droit sacré par les créateurs de la mancipatio. Ils l'ont fait entrer en composition avec un second élément d'une tout autre nature que nous allons maintenant déterminer en étudiant la seconde partie de la formule.

Il nous restera à montrer sous l'empire de quelles circonstances et à quelle époque a été fait cet assemblage qui a créé la mancipation dans sa forme définitive.

II - Isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra.

Le paragraphe 11⁹ de Gaius, après avoir donné les paroles de la formule que nous venons d'étudier, complète ces paroles de la façon suivante: "Isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra. Deinde aera percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco. - Ensuite, il frappe la balance avec l'airain et donne cet airain à celui de qui il reçoit l'objet à titre de mancipium, comme à la place d'un prix". L'acte rituel continue et s'achève. Comme la première partie, la seconde comporte un geste qu'expliquent des verba certa. Le geste fait avec la main qui ne tient pas l'objet consiste à frapper la balance de cuivre avec le morceau d'airain que l'on remet ensuite à l'aliénateur. Examinons les gestes et les paroles qui l'accompagnent.

A. Imaginaria venditio.

Nous avons dit que Gaius au début de ce paragraphe définit la mancipation comme une sorte de vente imaginaire. — *imaginaria quaedam venditio*. On dirait plus exactement, une espèce d'image, une sorte de figure de vente. Il explique à la fin du texte ce qu'il veut dire en définissant l'acte comme donné à la place du prix. La mancipatio n'est pas une vraie vente parce que le prix n'est pas un vrai prix; c'est une figure de vente, parce que le prix est une figure de prix.

La littérature moderne a attaché une grande importance à cette définition. Tous les auteurs l'ont prise comme point de départ de leurs études sur la mancipation.

Qu'ils considèrent la mancipation comme un acte apparent (Ihering, *Esprit du droit romain* II, p. 211 et ss.) ou comme un acte imaginaire (Bechmann, *Kauf*, I, p. 212 et ss) ou enfin comme un acte dérivé (Rabel, *Sav. Stift*, 27 1906, p. 290 et ss.) c'est en partant de ce caractère figuré qu'ils considèrent comme l'élément essentiel de l'acte qu'ils établissent leur système général sur la mancipation et qu'ils lient ce système à une théorie générale de l'acte apparent, imaginaire ou dérivé. Avec plus ou moins de rigueur dans leur système, cela revient à dire qu'ils considèrent tous la mancipation comme ayant eu pour noyau primitif une vente réelle faite au comptant, c'est-à-dire un échange d'un objet contre son équivalent en poids de cuivre. Au moment où l'acte imaginaire a été créé, le cuivre sert de monnaie, mais il n'est pas encore frappé en pièces de monnaie. On détermine donc la valeur du cuivre au poids. Le prix de la vente est déterminé par une pesée réelle, avant d'être remis en échange de l'objet. La transformation de cette vente réelle en un acte formel n'est pas l'oeuvre consciente des hommes, des jurisprudents; elle est le produit nécessaire et involontaire des transformations économiques. La modification que la frappe du métal a amenée dans la monnaie, a eu pour résultat que la pesée, de réelle est devenue fictive et que la mancipation, de vente réelle et au comptant, est devenue un acte abstrait de transfert de propriété. Ce processus supposé de l'institution est un pur produit du matérialisme historique qui a dominé,

comme j'ai déjà eu l'occasion de le dire, les conceptions de la plupart des historiens du XIX^e siècle. On peut trouver un exposé de ce système dans la perfection de sa rigueur dans le Manuel de P.F. Girard, 8^e éd. p. 309 et ss.

Une première brèche y a été apportée par les études modernes sur la monnaie, notamment celle d'Appleton. L'opinion traditionnelle soutenue par Mommsen, faisait coïncider avec les XII Tables l'époque de la transformation de la monnaie par la frappe. Par suite, on attribuait aux XII Tables le changement qui a fait que la mancipation, d'acte réel, est devenue un acte formel. La pesée étant devenue une fiction, ce seraient les verba qui seraient devenus l'élément essentiel de l'acte et le changement aurait été consacré par la loi des XII Tables dans la règle, "Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto".

On admet en général aujourd'hui que la frappe de la monnaie est plus tardive que la loi des XII Tables et que pendant longtemps encore, après que la frappe est entrée en vigueur, l'ancien usage de peser le cuivre persiste à côté du nouvel usage de le compter. Néanmoins, avec le temps, la monnaie frappée domine, probablement depuis l'introduction des monnaies d'argent et la réduction en poids de la monnaie de cuivre peu avant la première guerre punique (490 R.F. 264 av. J.C. - Jors-Kunkel, Rom. Rechts, p. 92). Malgré que ce point d'appui se soit effondré, l'ensemble de la littérature n'en reste pas moins attaché au système.

Cependant Kunkel, dans son article au mot mancipatio dans la Real encyclopaedie de Pauly-Wissowa, émet des doutes sur sa valeur. Il fait remarquer que l'expression imaginaria venditio est une expression de Gaius. Cette conception d'un jurisconsulte classique n'est pas bien indiquée pour fournir des conclusions sur l'importance originaire d'une institution qui remonte au très ancien droit romain.

Cette critique mérite d'être développée. En l'examinant de plus près, on en verra la valeur décisive. En s'attachant aveuglément à la définition de Gaius pour étudier la mancipation, la critique moderne a commis l'erreur de méthode que j'ai déjà dénoncée plusieurs fois au cours de ces études. Elle a édifié sa conception de la mancipation comme si celle-ci était l'unique acte accompli per aes et libram. Or, elle n'est pas seule de son espèce. Elle

fait partie d'une catégorie dont il y a encore deux autres exemples connus: le nexum et la solutio per aes et libram. Donner d'un élément essentiel de l'acte per aes et libram une définition qui ne peut s'appliquer à cet élément que dans l'une des espèces de la catégorie, et non dans les deux autres, c'est donner une définition, non pas fausse, mais insuffisante; c'est donner une définition qui ne rend pas compte de la véritable nature de l'élément défini. Nous dirons que cette véritable nature sera atteinte et l'élément commun exactement défini seulement lorsque sa définition sera aussi exacte pour le nexum et la solutio per aes et libram que pour la mancipation. Admettons si l'on veut que Gaius considère la mancipation comme une *imaginaria venditio*, mais la raison qu'il en donne détruit, pour ce qui est de sa correspondance avec le droit primitif, toute l'autorité historique de sa définition. Il se représente l'aes qui frappe la balance comme une sorte de prix. La définition n'est pas fausse, mais elle rend compte de façon très insuffisante, par conséquent de façon inexacte, de la véritable portée du geste. A deux reprises, nous avons relevé des insuffisances de même sorte dans les définitions de Gaius: une première fois dans sa définition du verbe *vindicare*: "*Vindicare id est intenderè rem suam esse.*" Faire la *vindicatio*, c'est-à-dire prétendre que la chose est sienne"; une deuxième fois à propos de la *festuca*, Gaius, IV 16: "*festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini*", Ils se servaient de la *festuca* comme à la place de la lance, comme d'une espèce de signe de la propriété légitime". Ces définitions ne sont pas fausses, encore une fois, mais elles sont insuffisantes pour caractériser la vraie nature de l'objet défini, car elles ne sont exactes que pour les *vindicationes* qui enchaînent et ne correspondent pas à la *vindicatio* et à l'emploi de la *festuca* dans les *vindicationes* qui délivrent. Elles ne réussissent donc pas à atteindre la caractéristique commune de l'objet défini dans toutes ses applications. Elles n'ont, par suite, aucune valeur historique.

Il en est de même de cette définition qui fait de la pesée fictive et de la remise de l'aes, comme la détermination imaginaire d'un prix de vente. Dans le nexum dans la solutio per aes et libram, nous retrouvons la même pesée fictive, la même remise de l'aes. Ce rite ne peut pas être ici l'image de la

détermination d'un prix de vente. Le représenter ainsi, ce n'est donc pas atteindre sa nature véritable, et l'on se trompe sûrement si l'on veut retrouver une réalité historique dans cette fausse représentation.

Déjà en étudiant la première partie de la formule, nous avons conclu qu'on ne pouvait y reconnaître l'un des deux éléments de la vente au comptant, qui consiste en la remise de l'objet par l'aliénateur à l'acquéreur. Nous voyons maintenant, en étudiant la seconde partie de la formule, qu'il n'est pas l'image de la remise par l'acquéreur à l'aliénateur d'un prix de vente. Écartons de notre recherche cette notion secondaire d'*imaginaria venditio*, nous aurons fait un grand progrès dans la voie qui nous permettra de reconstituer l'acte primitif.

B.- Rite de la pesée, causa du rite d'appréhension.

L'*imaginaria venditio* était comme un voile de faux-semblant qui dérobaît aux yeux la réalité contenue dans la seconde partie de la formule. Cette réalité est pourtant d'une remarquable clarté et d'une égale simplicité. La première partie, avons-nous dit, est un rite d'appréhension, geste et verba; la seconde partie est un rite de pesée. L'*aes* est l'image du cuivre que l'on pèse. Cet *aes*, une fois pesé, est remis à l'aliénateur. Le rite de pesée peut être l'image de la remise d'un prix de vente; mais il ne l'est pas nécessairement, car il est identique dans tous les actes *per aes et libram* et, ni dans le *nexum* ni dans la *solutio per aes et libram*, il n'est l'image d'un prix de vente. Pour définir l'action et en déterminer la valeur primitive, nous devons nous en tenir à l'élément commun à tous les actes *per aes et libram*, et cet élément commun doit être défini rite de pesée d'un *aes* à l'aide d'une *libra* et rite de remise de l'*aes*.

Ce rite, dans la *mancipatio*, est accompagné de verba qui l'expliquent et le justifient. Nous avons maintenant à examiner ces paroles: *Isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*. Une première difficulté réside dans l'établissement du texte. Dans les trois passages où Gaius cite la formule: (1.119; 2, 104; 3, 167), le texte comporte bien *esto*. Mais dans le papyrus du Caire, Gaius III, 167, est reproduit ainsi: "*Hanc rem ex jure quiritium Lucii Titii domini mei esse aio. Eaue ei emptu est hoc aere aeneaque*

libra.- Je dis que cette chose est à mon maître Lucius Titius d'après le droit des Quirites. Et cette chose est prise pour lui par cet airain et par cette balance". Boëce, sur Cicéron, Topiques, 5, 28, lisait dans Gaius l. 119, "est" et Paul dans Fragmenta Vaticana 50, disait: "item in mancipatione: Emptus mihi est pretio". Sur l'autorité de Huschke et de Mommsen, les éditeurs des Fragmenta Vaticana ont corrigé est en esto, dans leur texte, mais ce n'est pas la leçon du manuscrit. Dans le manuscrit il y a "est".

Aussi les auteurs discutent-ils s'il faut préférer est ou esto. La littérature se divise à ce sujet. Schlossmann (In jure cessio et mancipatio, p. 15 et suivantes) fait ressortir l'asymétrie choquante qui existe entre les deux phrases de la formule. La première est une affirmation "Hunc ego hominum ex jure Quiritium meum esse aio"; la seconde contiendrait un commandement: "emptus esto". A qui l'acquéreur peut-il adresser ce commandement? A lui-même, puisque c'est lui qui a créé la propriété? Mais ce commandement est impossible, car le verbe est à un temps passé, emptus esto, on ne se commande pas à soi-même pour le passé! La première phrase est au présent et indique une action qui se fait, la seconde phrase, si elle renfermait un commandement d'accomplir un acte devrait, elle aussi, être au présent.

Aussi Wlassack (Sav. Stift. 28, p. 74, n. 2) conclut-il avec juste raison, que la formule n'a pu être établie ainsi par les anciens. C'est seulement à l'époque tardive de l'Empire qu'on emploie tantôt esto, tantôt est. Il me semble que la forme esto, à une époque où le sens littéral des formules n'avait plus aucune importance, a été attirée par la présence dans d'autres formules de cet esto qui paraît plus conforme à l'idée que l'on se fait du droit ancien des formules: Ita jus esto, Titius heres esto, et d'autres encore.

Une deuxième difficulté est le sens à donner à emptus. Le système de l'imaginaria venditio entraîne tous les auteurs vers la signification courante emere = acheter. Et l'on voit dans ce verbe une autre preuve de l'exactitude du système. Néanmoins, on n'ignore pas, et les auteurs nouveaux le font de plus en plus remarquer, que le sens ancien de emere n'est pas acheter, mais prendre. Voyez, par exemple, Ernout et Meillet: Dictionnaire étymologique de la langue latine au mot emere: "sens premier, prendre, encore at-

testé dans les glossaires". Nous dirons que c'est bien le sens qui convient pour qualifier un rite d'appréhension et ce sera celui que nous admettrons.

Nous pensons que la formule originale était donc ainsi "Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra.- Moi, je dis que l'homme est mien d'après le droit des Quirites et cet homme a été pris par moi par cet airain et par la balance de cuivre". Cette formule doit être comparée à celle de la vindictio et éclairée par elle: "Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio. Secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui".

On ne peut manquer de reconnaître l'étroit parallélisme qui règne entre les deux formules ainsi conçues. Et l'on ne se trompera pas si l'on en conclut qu'elles ont été rédigées toutes les deux sous l'empire des mêmes préoccupations, et sans doute aussi par les mêmes rédacteurs. Ce sont ces rédacteurs qui ont accommodé les formules des actions aux verba de la loi, je veux dire de la loi des XII Tables. La première phrase indique une action que l'on accomplit, un droit que l'on crée. C'est pourquoi le verbe de cette phrase est au présent: "Meum esse aio". Elle exprime la mainmise et l'effet que réalise cette mainmise.

La seconde phrase, ou mieux les secondes phrases, expliquent et justifient ce qui a été accompli. C'est pourquoi les verbes de ces phrases sont au passé: imposui, emptus est, car ils visent une action déjà accomplie, qui est donc du passé, si peu que ce soit. La mainmise dans la vindictio est justifiée par la festuoa qui a imposé la vindicta. La mainmise dans la mancipatio est justifiée par le rite de pesée. C'est en vertu de l'airain et de la balance que l'objet a été pris, que le rite d'appréhension a été exécuté. On ne verra sans doute pas une objection bien grave dans ce fait que Gaius décrit les gestes de pesée comme faits après: "Deinde aere percutit libram, idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.- Ensuite, il frappe la balance avec l'airain et donne cet airain à celui de qui il reçoit à titre de mancipium comme à la place du prix". Dans l'ordre logique des choses, la remise du prix doit être l'acte qui clôture l'opération, le dernier des gestes. Il n'en est pas moins vrai que l'opération est faite en un trait de temps et quand la pesée était réelle, c'est par la pesée que débute l'opération. L'aes et la libra l'encadraient tout

entière. Le rapport des deux phrases de la formule reste rigoureusement exact. On accomplit l'acte, c'est un présent. On explique comment cet acte a été accompli, c'est un passé. La mainmise et l'effet de la mainmise ont un fondement qui est formellement invoqué. Ce fondement, c'est l'aes et la libra; l'acte est accompli per aes et libram. Nous avons dans le second rite, le rite de pesée, la causa juridique du premier rite, du rite d'appréhension.

C - Origine et but de la mancipation.-

Ainsi, lorsque nous envisageons l'ensemble du cérémonial de la mancipation, ce cérémonial nous apparaît comme un acte rituel composé de deux éléments de nature et d'origine très différentes. Il nous faut maintenant essayer de déterminer à quelle époque et pourquoi a été opérée une telle combinaison.

Le premier élément est l'élément commun de toutes les manifestations rituelles que nous avons étudiées dans le cours de cette année, vindicationes et manus injectiones, et maintenant mancipation: c'est le rite de mainmise. Il s'exprime, nous l'avons dit, de manière différente suivant sa cause. Mais il décrit toujours le même geste d'appréhension, conservere manu, adserere manu, manum injicere, manum depellere, manu capere et toujours la manus entre dans la composition de cette description. A une certaine date, la mancipation est entrée dans le système des manifestations rituelles et leur a emprunté leur forme essentielle.

Le second élément est d'origine très différente. L'aes, la libra, le simulateur de pesée en présence du libripens, le porte-balance officiel du groupe, et en présence de cinq témoins au moins, citoyens romains pubères, nous montrent que le rite de pesée tire son origine d'un usage de groupe emprunté à la vie matérielle et à la vie de tous les jours. Il semble évident, et nous ne le contestons pas, que le rite a eu pour modèle l'usage de peser publiquement le cuivre pour en déterminer la valeur, au moment de se servir de ce cuivre comme élément de transaction dans l'intérieur du groupe. Cet usage n'a pu s'introduire dans le groupe qu'à partir du moment où les Romains, ou plutôt leurs ancêtres ont connu le cuivre et l'ont adopté comme instrument d'échange, comme monnaie. On estime que le métal est apparu d'assez bonne heure en Italie, peut-être en 1000 avant Jésus-Christ, donc avant la fondation de Rome; pas assez tôt cependant pour que le langage ait perdu le souvenir d'un temps

plus ancien où, en l'absence de cuivre, l'instrument d'échange, la mesure de la richesse, c'est le bétail (nom de la monnaie: pecunia, de pecus, troupeau).

Ce second élément de la mancipation prouve que la mancipation s'est agrégée aux manifestations rituelles à un moment où l'acte rituel a cessé d'être un acte religieux. Nous avons une double preuve de cette transformation, d'abord parce que cet usage de peser, sur lequel est fondée l'efficacité du rite de mainmise dans la mancipation n'a rien d'un acte d'origine religieuse. C'est un acte de la pratique de la vie civile, même si le libripens avait au début un caractère sacerdotal. En outre, cet acte de peser devant témoins a une utilité immédiate, la pesée, mais il a aussi une utilité future; il ménage un souvenir, et par conséquent un moyen de preuve. La transaction faite à l'ombre de cette pesée est destinée à avoir un effet durable. La pesée peut être invoquée comme preuve du droit qui en est issu. Là encore son caractère civil se manifeste. Or, nous l'avons dit, et nous le montrerons encore, la manifestation rituelle, dans son état premier, l'état religieux, n'invoque aucune autre preuve qu'elle-même pour légitimer le droit qu'elle réalise. Ce droit ne postule pas comme preuve un état antérieur qui le justifie; il est justifié dans le présent par la manifestation rituelle elle-même. Car, comme nous le dirons, le but de la manifestation rituelle n'était pas de servir de préface à l'administration de preuves; elle cherchait à obtenir de la volonté divine le signe que la prétention qu'elle manifeste était conforme à cette volonté.

Au contraire, dans la mancipation, le rite de l'appropriation d'une chose publiquement devant témoins, la constatation également publique que cette appropriation avait une cause toute rationnelle et civile, la remise du prix, dénotent une préoccupation toute différente. Les auteurs de la mancipation veulent créer une situation de droit durable. Ils ont en vue l'avenir et entendent faire un acte qui servira dans cet avenir de preuve de cette situation de droit nouvelle. Il n'y a plus rien de religieux, ni dans l'acte lui-même, ni dans le but de leur acte.

Nous pouvons donc déterminer le moment où a été créée la mancipation dans la forme composite que nous lui connaissons. C'est le moment où a été établie la

juridiction civile. Elle est une pièce essentielle de cette juridiction. Car la nouveauté de la juridiction civile, la transformation qui en a établi le règne ont été précisément l'admission de la preuve et la création des règles et des institutions qui ont organisé cette preuve ou plutôt ces preuves. Le nouveau régime continue à utiliser les manifestations rituelles, apparemment sans changement; mais en réalité, elles ont passé du plan divin dans le plan humain: les actes rituels sont devenus des actions de procédure dont l'efficacité est soumise à la vérification du juge. Quand un droit est affirmé devant le juge il est manifesté pour être soumis à son examen. La vindictio dans un sacramentum n'est plus une création rituelle soumise à l'approbation divine; elle est une affirmation d'un droit ayant une existence durable dont on apportera la preuve devant le juge. La mancipation est l'une des preuves ménagées d'avance et l'une des plus importantes. Elle est une des créations composites imaginées pour la juridiction civile au moment de son établissement. Elle est issue d'une combinaison de deux usages empruntés à deux ordres de faits très différents. D'une part, elle utilise un usage de groupe, l'usage, lorsqu'un membre du groupe acquiert une res mancipi, de constater publiquement cette acquisition par une pesée officielle du prix et par la remise publique du prix à l'aliénateur. Cet usage tout civil est combiné avec la manifestation rituelle de l'ancien système sacré, le rite de mainmise que cette utilisation laïcise. Et, ainsi organisée, la mancipation devient une pièce importante du système nouveau de la juridiction civile. Cette création est l'oeuvre de la loi des XII Tables. La règle des XII Tables a dans toutes ses parties le caractère d'une disposition créatrice lorsqu'elle dit: "Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto".

A l'époque des XII Tables, le rite de pesée a déjà un double caractère. Il peut être, soit un acte réel exprimé dans un rite, soit un acte purement rituel, une image d'acte réel. Il est acte réel quand l'acquisition est faite moyennant paiement d'un prix, car, à l'époque des XII Tables et pendant longtemps encore, la seule manière de déterminer la valeur du métal est de le peser. D'après la tradition l'aes rude, randusculum est estampé d'une marque dès l'époque de Servius Tullius; mais ce n'est pas encore la monnaie frappée, et cette marque dit la qualité de

l'aes mais non la valeur. Mais je pense que la loi des XII Tables, au moment de la création de la mancipation, a reconnu non seulement l'utilité réelle du rite de pesée, mais aussi son utilité purement formelle; car le rite de pesée était aussi employé pour fonder la mancipation quand l'acquisition était faite sans paiement de prix. L'utilisation de la mancipation sous le nom de coemptio pour l'acquisition de la manus sur la femme mariée, me paraît apporter la preuve que ce caractère purement formel du rite de pesée était reconnu dès l'époque des XII Tables. Il n'y a aucune bonne raison de penser que l'emploi de la mancipation à l'acquisition de la manus ne soit pas un emploi originaire aussi ancien que la mancipation elle-même; elle n'est au fond que l'usage de la mancipatio pour une libera persona in potestate, ce qui est un cas-type de son utilisation. Mais, d'autre part, si les lointains ancêtres indo-européens des Romains ont réellement acquis leur femme à prix d'argent, il n'y a aucune trace, même dans la civilisation romaine la plus lointaine, qu'eux ou leurs ancêtres immédiats aient connu le mariage par achat. Le rôle actif que joue la femme dans la coemptio, rôle qu'elle a déjà dans les cérémonies religieuses du mariage romain permet d'affirmer que ni à l'époque des XII Tables, ni depuis très longtemps avant, la femme n'est achetée. Le rite de pesée n'est plus qu'un rite dans la coemptio et ne comporte pas de pesée réelle. Il y a un principe du droit sacré bien connu qui explique très simplement pourquoi dans la pensée des créateurs de la mancipation la pesée simulée a autant de valeur que la pesée réelle. "In sacris simulata pro veris accipiuntur.- Dans les choses sacrées, ce qui est simulé est accepté pour vrai". Le principe qui a eu notamment tant d'applications dans le droit des augures, a servi ici aux juriconsultes. Mais nous pouvons ainsi voir que la mancipation n'a pas été conçue comme un acte matériel ne permettant de réaliser que la vente au comptant; dès sa création elle est une oeuvre consciente des jurisprudents des majores des XII Tables, elle est un mode d'acquisition que son rituel rend déjà abstrait et général.

III - Rôle du *mancipio* dans. Le *manceps*.

Dans ce dernier paragraphe de notre étude de la mancipation, nous prétendons rétablir l'aliénateur dans le rôle actif qui était le sien. Cette restauration aura une double importance. D'abord elle achèvera de donner à la mancipation la physionomie que nous avons cherché à dégager. En outre, et c'en est peut-être le plus précieux, elle mettra en relief le trait fondamental qui lie entre elles les manifestations rituelles et qui les relie aux actes de la religion. A cet égard, c'est de beaucoup la notion la plus nouvelle parmi celles que nous avons introduites dans nos études.

D'après l'opinion commune, l'aliénateur, le vendeur, ne joue aucun rôle actif dans la mancipation. Il est présent et muet. Cette affirmation ne se trouve pas dans nos sources, mais elle s'appuie sur la description de la mancipation par Gaius, qui ne parle que de l'acquéreur. Gaius.119: "Est autem mancipatio imaginaria quaedam venditio. Ea res ita agitur... Is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit.- La mancipation est une sorte d'image de vente. La chose est ainsi faite... Celui qui accepte à titre de *mancipium* tenant la chose, parle ainsi: "Pas un mot de l'action du *mancipio* dans. Donc, conclut l'unanimité des auteurs du XIX^e siècle, depuis Ihering jusqu'à de Wissacher celui-ci n'agit pas. Il est présent pour recevoir l'aes, mais il n'agit pas dans la mancipation proprement dite, il reste immobile et muet et laisse agir l'acquéreur seul.

Malgré l'accord universel, nous ne nous laisserons pas intimider par cette sorte d'argument. Nous avons utilisé déjà plusieurs fois cette remarque. Il faut croire Gaius en ce qu'il dit, il faut éviter à tout prix de tirer de lui ce qu'il ne dit pas, de transformer son silence en un obstacle infranchissable. Le silence est une indication. Mais cette indication doit céder devant le témoignage positif des autres sources.

Nous ne renions pas le moins du monde le travail d'analyse qui a été accompli par la doctrine autour du texte de Gaius. La description du juriconsulte montre que pour lui, le moment principal de la mancipation, l'acte créateur du droit, c'est la déclaration unilatérale de l'acquéreur, son affirmation que n'accompagnait aucune réponse. La doctrine moderne a tiré de ce fait des conséquences importan-

tes que nous admettons. Mais nous ferons remarquer que Gaius ne nous a nulle part promis, pas plus pour cet acte formel que pour n'importe quel autre, de décrire dans son entier, sans en omettre une virgule, le rituel complet de l'action rituelle, parfois long et compliqué. Dans son Manuel élémentaire, il a donné l'essentiel, et ici l'essentiel était l'acte qui crée le droit. Rien n'empêche que cet acte ait été accompagné d'autres, qui, comme lui, faisaient partie de la mancipation.

L'attention de la critique moderne s'est depuis longtemps portée sur l'aliénateur. Mommsen, et surtout Girard, ont bien montré que son auctoritas jouait un rôle de premier plan dans la mancipation. Mais ils en ont donné une analyse trop étroite en disant que cette auctoritas c'était l'obligation qui lui était imposée par la mancipation, de garantir son acquéreur contre l'éviction. F. de Wisseher, dans son étude sur le rôle de l'auctoritas dans la mancipation (*Nouvelle Revue Historique* 1933, p. 603) a élargi considérablement cette notion et a fait faire un progrès décisif à la question, le jour où il a défini l'auctoritas (p. 610) comme le fondement de tous les effets de la mancipation, comme le véritable ressort de l'acte.

Ainsi, plus on a cherché à déterminer la place que tient le mancipio dans, dans la mancipation, et plus on est arrivé à estimer qu'il y tenait une place importante, et que cette place était qualifiée d'un mot: auctoritas. Mais une objection s'est alors élevée. Elle a été faite par Kunkel, *Romisches Recht* p. 92, Note 4, et p. 162, et répétée par Franz Leifer, *Zeit. d. Sav. Stift.* 1936, p. 141: "L'acquéreur ne dit rien dans la mancipation; un silence peut difficilement être la pierre angulaire d'un acte formel du vieux droit romain".

Tel est l'état actuel de la littérature sur la question, l'impasse dans laquelle elle est engagée. Pour nous, nous considérons que l'on ne saurait exagérer l'importance du mancipio dans, dans la mancipation. Son auctoritas est bien, comme le dit Fernand de Wisseher, le fondement de tout l'acte. Le chapitre qui suivra celui-ci sera consacré à déterminer la nature de cet auctoritas. Mais pour le moment et dans les limites de ce chapitre, nous avons à nous demander si elle repose bien réellement, comme on le dit, sur un silence.

A- Leges mancipii.- Il est une première occasion

dans laquelle la doctrine moderne , après quelque résistance, admet que ce silence est rompu. Ce sont les *leges mancipii*.

Nous trouvons dans les oeuvres de Cicéron et de Varron et dans les textes juridiques du Digeste mention de déclarations faites par l'aliénateur dans le formulaire de la mancipation.- Dans le Digeste, le mot de mancipation est supprimé; il est remplacé par interpolation, par tradition, car Justinien a aboli la mancipation. Ces déclarations sont appelées *lex mancipii*, *lex mancipiorum*, *lex fundi*, *praedi agri*, *aedificiorum*, *praediorum*, ou encore *lex mancipio dicta*. Leur étude est relativement nouvelle.

Voigt XII Tafeln 2, p. 148 et Georgesco, *Leges privatae*, 1932, p. 47, en ont tenté un classement d'après les exemples fournis par les textes. Georgesco les divise en trois catégories. Dans une première catégorie, il classe les *leges* qui imposent à l'acquéreur certaines obligations à remplir. Les plus importantes sont les clauses de fiducie. Il y en a aussi qui imposent à l'acquéreur l'obligation d'affranchir ou de remanciper l'esclave acheté; ou encore des charges ou des contre-prestations sont imposées à l'acquéreur à titre de dot ou de donation à fournir à un tiers, etc,...

Une seconde catégorie de *leges* est destinée à déterminer la condition de la chose vendue. Parmi ces *leges*, les plus courantes sont celles qui déterminent le contenu du fonds vendu, qui indiquent les servitudes ou l'absence de servitude et enfin qui énumèrent les accessoires de la res, par exemple, le pécule de l'esclave ou l'*instrumentum fundi*.

Enfin, dans une troisième catégorie, Georgesco classe les *leges* dans lesquelles le vendeur se réserve des droits sur le fonds, par exemple des servitudes ou des accessoires du fonds.

L'étude de ces *leges* n'a pas encore été faite avec une suffisante précision. Elles mériteraient d'être examinées séparément à tous les points de vue, contenu, validité, sanction, etc,.... Elles ne se présentent pas sous forme de promesse, d'engagement qui obligent le mancipiant. Une controverse qui n'a pas peu contribué à obscurcir le débat voulait voir dans une de ces *leges* l'origine de la garantie sous forme de promesse formellement faite. Rien ne nous permet de le dire.

Ce sont plutôt des *leges dictae* ou des *leges datae*, analogues dans le droit privé aux *leges datae* des magistrats. Ce sont des déclarations unilatérales,

des nuncupationes par lesquelles l'aliénateur fixe les conditions dans lesquelles il autorisera l'acquisition. L'énumération que nous venons de faire des cas de leges conservés dans leur texte leur donne la figure de condition imposée et non pas d'engagement pris. Ainsi, le magistrat, lorsque le droit de cité romaine est accordé à une colonie ou à une cité pérégrine, fixe dans une *lex data* les conditions dans lesquelles les nouveaux citoyens jouiront du droit de cité.

On rattache la validité de ces leges et leur caractère obligatoire à la célèbre règle des XII Tables: "*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto.*" Nous nous rallions à cette interprétation; néanmoins, une partie de la doctrine restreint, à mon avis, de façon injustifiée la portée de cet adage en le restreignant aux seules leges mancipi. Pour nous, il étend son empire à toutes les déclarations faites dans la mancipation, y compris celle qui est faite par l'acquéreur. Le sujet de *nuncupassit* n'est pas seulement le vendeur comme le disent certains auteurs, mais à la fois le vendeur et l'acquéreur.

L'existence de ces leges mancipi n'a pas été admise sans difficulté, Ihering, "*Esprit du Droit Romain*", 3.322, note 288, Bechmann Kauf 1.250, Girard, *Mélanges*, 2.20.2.35 en ont nié l'existence, ou tout au moins ont nié qu'elles étaient des déclarations du vendeur. Ihering écrit: L'opinion que le mancipient parlait ou pouvait parler contient une profonde erreur et n'est conforme ni à l'esprit de l'ancien droit ni aux termes de la loi des XII Tables. Et Girard, *Mélanges*, 2.235 "Les clauses sur lesquelles on ne sait rien que par les textes interpolés du Digeste ont encore dû, à notre sens, être mentionnées expressément dans la formule de la mancipation, quoique les textes en parlent comme si elles étaient exprimées par des déclarations quelconques de l'aliénateur.

Pour apprécier cette résistance, je me contenterai de citer deux textes: Cicéron, *De Oratore* L.38.17 "*Quom enim M. Marcus Gratidianus aedis Oratae vendidisset neque servire quandam earum aedium partem in lege mancipii dixisset.* - Lorsque Marius Marcus Gratidianus avait vendu des maisons à Orata, il avait dit dans la loi du mancipium qu'aucune partie de ces maisons n'était grevée de servitude; Dig. 50,16,126 (Proculus) "*Si cum fundum tibi darem (Proculus avait écrit mancipio darem) legem (Proculus, mancipi) ita dixi uti optimus maximus esset.* - Lorsque je t'avais

donné le fonds à titre de mancipium, j'avais ainsi dit la loi du mancipium, que ce fonds était le meilleur et le plus grand (formule consacrée pour dire exempt de servitude).

On peut dire que, actuellement, l'opinion dominante des romanistes accepte les leges mancipi et leur prononciation par le vendeur. Néanmoins cette même opinion continue à professer que nous sommes contraints par le silence de Gaius à penser que la mancipation est accomplie par l'acquéreur seul devant l'aliénateur silencieux. Pour concilier ces deux données contradictoires, on insiste sur le caractère accessoire et accidentel des leges mancipi. Ce sont des déclarations qui pourraient ne pas être faites; elles ne sont donc pas un élément essentiel de la mancipation. Elles n'en font pas partie à proprement parler.

On voit malaisément qu'un fonds puisse être vendu sans que le vendeur ne déclare sa contenance, ou ne dise mot de ce fait qu'il a ou n'a pas de servitude. Mais alors même qu'on les considérerait comme accessoires, le fait qu'elles existent facilite la deuxième partie de notre démonstration. Nous allons donner les raisons qui nous font croire que la nuncupatio de l'aliénateur contenait des énonciations essentielles autorisant d'une façon générale l'acquisition et faisant partie intégrante de la mancipation.

B. Manceps. Mancipare. Mancipium.

Si, délaissant provisoirement ce que nous croyons savoir des institutions, nous examinons les mots qui les qualifient, nous apercevons le rapport certain qui existe entre les mots manceps, mancipare et mancipium.

Mancipare est le verbe qui désigne l'action, l'acte de mancipare. Mancipare, c'est faire la mancipation. Manceps désigne l'auteur de l'acte. D'après sa formation, le manceps est celui qui fait la mancipation. Enfin, mancipium est ce qui est obtenu par l'acte de mancipare, par la mancipation. Voilà ce que nous permettent de constater les règles les plus certaines du langage.

D'autre part, l'étymologie n'est pas moins évidente. Mancipare est un mot composé de manu et de capere, prendre avec la main. Cette étymologie est acceptée des anciens comme des modernes. Varro de lingua latina, V. 85, explique: "Mancipium quod manu capitur. - Mancipium, ce qui est pris avec la main". Gaius, I. I. 21: "unde etiam mancipatio dici-

tur quia manu res capitur.- d'où cet acte est appelé mancipation, parce que la chose est prise avec la main".

Mais, si nous essayons d'appliquer ces données certaines de la morphologie et de l'étymologie aux conceptions régnantes, nous nous trouvons aux prises avec des difficultés insolubles; nous sommes en face de la contradiction la plus nette et la plus irrémédiable.

1° - MANCIPIUM.- C'est pour le mancipium que les études modernes arrivent le mieux à un résultat satisfaisant.

Les auteurs ont étudié dans la littérature juridique et non juridique les diverses acceptions de ce mot.

Bonfante, dans ses *Scritti Giuridici vari*, II, p. 84 et suiv. dit que mancipium signifie: 1°) droit de propriété appliqué aux res; 2°) puissance familiale, appliqué aux *personae liberae* qui sont vendues par mancipation; 3°) c'est l'équivalent dans certains cas de mancipation; 4°) enfin *mancipia* est un terme extrêmement répandu pour désigner les esclaves.

F. de Visscher, *Mancipium et res Mancipi*, *Studia et Documenta*, 1936, p. 263, a fait faire un grand progrès à la question en montrant que la distinction de mancipium en droit de propriété sur les res et puissance sur les personnes n'était pas fondée. Il a restauré l'unité du mancipium en montrant que mancipium désigne un droit, une puissance portant également sur les personnes et sur certaines res, sur les res Mancipi, le droit de mancipium, analysé comme une puissance de commandement sur des êtres animés capables d'obéir est une notion plus ancienne que la notion de dominium portant sur les res. En outre, F. de Visscher nie que le mot mancipium ait jamais été l'équivalent de mancipation et arrive difficilement à expliquer pourquoi les esclaves sont appelés *mancipia*.

Dans un article très récent sur le nexum, qui va paraître dans le dernier fascicule de la *Revue historique de droit*, de 1940-1941, j'ai essayé de montrer que le sens primitif du mot était un sens concret. Conformément à l'étymologie de Varron, *mancipium quod manu capitur*, le mot désignait: 1°) la personne ou la chose en tant qu'elle était l'objet du droit de mancipium. C'est ce sens concret qui est employé dans l'adage des XII Tables. *Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua muncupasset ita ejus esto*. C'est ce sens concret qui permet seul d'expliquer le

texte de Varron de ling. lat. 7.105. Ce texte fondamental pour le *nomen* est, comme nous l'avons dit dans cet article, la crux maxima du droit romain.

2°) C'est ce sens concret qui permet de comprendre facilement le nom de *mancipia* donné aux esclaves. Il a conservé pour eux sa signification primitive. Lorsque la notion de *dominium* a été constituée et a brisé l'unité originaire du *mancipium*, on a distingué les choses objets de propriété en les appelant *res mancipi* des personnes libres acquises par *mancipation* qu'on a dites *in mancipio*. 3°) Le même mot désigne aussi le droit de *mancipium* en même temps que la *res*, objet du droit. C'est là que l'étude de F. de Vissocher a rendu un service inappréciable à la critique du droit romain en montrant que c'est la même notion de puissance qui s'étend sur les *res* et sur les personnes. 4°) Enfin, je crois qu'il faut conserver la quatrième signification du mot. *Mancipium* dans certains textes est l'équivalent de *mancipatio* : on ne peut guère expliquer autrement Varro, 5.163 : "*Aes raudus dictum ex eo veteribus in mancipiis scriptum Raudusculo libram ferito*". On appelle l'*aes*, (*aes* brut) *raudus* de ce que il est écrit par les anciens dans la *mancipation* : "qu'il frappe la balance avec le petit *raudus* : De même, le texte de Cicéron, de Officiis 3.67 : "*Eas serviebant sed hoc in mancipio Marius non dixerat*" - les maisons étaient grevées de servitudes mais Marius ne l'avait pas dit dans la *mancipatio*.

Nous pouvons citer deux exemples du même genre 1°- *possessio*, qui désigne à la fois le fonds possédé, le droit de possession et le procédé d'acquisition; 2°- *pignus*, qui désigne l'objet mis en gage, le droit de gage, et le contrat de gage. Cette diversité de sens ne crée aucune confusion, aucune obscurité.

Reste à marquer le rapport du mot ainsi défini avec *mancipi* et *mancipare*.

2° - Manceps. - Le mot est fréquemment employé mais dans la littérature latine classique où nous le trouvons, il ne désigne ni le *mancipio accipiens*, ni le *mancipio datus*. Il n'est plus en rapport avec la *mancipation*. Festus, p.151, le définit ainsi : "*Manceps dicitur quicquid a populo emit conductive quis manu sublata significat se auctorem emptoris esse qui idem praes dicitur, qui tam debet praestare populo quam is qui pro eo praes factus est*". - On appelle *manceps* celui qui achète ou qui loue quelque chose qui lui est vendu ou loué par le peuple, parce

que en levant la main il fait connaître qu'il est l'auctor² de l'achat (ou plus exactement de la prise). C'est lui qui est appelé le même praes, parce qu'il a promis autant que celui qui a été fait praes pour lui.

Nous avons donné tout entière cette mystérieuse définition. Elle crée beaucoup de difficultés à la critique moderne qui est loin de l'avoir élucidée. Peut-être arriverons-nous à l'éclairer quelque peu et à l'utiliser.

Ainsi, le manceps est l'acquéreur ou le locataire dans les ventes et dans les locations faites au nom du peuple par le magistrat. Ces ventes se font par voie d'adjudication, aux enchères, suivant des formes mal connues, par l'intermédiaire du censeur ou du prêteur. Le magistrat annonce les conditions de la vente dans une lex censoria. La vente a lieu aux enchères publiques. Ni le magistrat qui parle pour le peuple, c'est-à-dire pour l'Etat romain, ni l'Etat n'assument aucune garantie, aucune responsabilité de l'acte. Ils n'en sont pas les auctores. L'auctor de l'acte est le manceps. Et il manifeste cette auctoritas en levant la main. Mommsen conjecture d'après la finale du texte, qu'originellement le manceps ne s'engage à rien, ne promet rien. Ce sont les praedes qui engagent eux et leurs biens, praedes, praedia, pour garantir les prestations que le manceps doit faire à l'Etat. Car, lorsque le manceps a pris l'habitude de s'engager lui-même, on l'a appelé idem praes, parce qu'il promet la même chose que le praes qui s'était engagé pour lui.

Ces explications de Varron nous paraissent obscures dans leur complication. C'est que nous ne connaissons pas les formes des adjudications publiques. De plus, la doctrine n'est pas encore arrivée à avoir une notion claire et définitive de l'auctor et du praes. Trois causes d'obscurité, toutes de première importance.

A notre avis, c'est dans la forme des actes que se trouvaient les éléments du rapprochement. Les adjudications publiques nous paraissent avoir été des actes formalistes. Mais les engagements qui y étaient contractés n'avaient pas la forme des promesses du droit civil. Ce n'étaient pas des stipulations faites en la forme bien connue, demande suivie d'une réponse contenant un engagement formel. Sponsa? Spondeo. Elles suivaient davantage les formes des actions de la loi et se déroulaient en une série de déclarations formelles.

Le magistrat disait la loi de l'adjudication. Les sources nous parlent des *leges censoriae*; Par une déclaration en forme, il annonçait les conditions du marché. Les *leges censoriae* étaient analogues aux *leges municipi* dites par l'acquéreur.

On peut faire une conjecture assez vraisemblable sur l'acte du *manceps*. Festus nous dit qu'il se déclarait *auctor* de l'acte. Nous verrons que dans le procès en garantie, quand l'aliénateur faisait intervenir son *auctoritas* en faveur de l'acquéreur attaqué, il entrait en scène sur l'interrogation soit du magistrat soit de l'adversaire. Valerius Probus *Notae juris* - "Quando in iure te conspicio postulo an me fast *auctor* ? puisque je t'aperçois en justice, je demande si tu veux faire l'*auctor* ?". Il répondait sans doute : *auctor sum* ou *auctor fio*. Cette réponse était accompagnée d'un geste, il levait la main.

Quant au *praes*, son engagement se prenait de la même manière. Nous avons encore ici un texte de Festus, p.233. *Praes* est is qui se populo obligat. Interrogaturque a magistratu si *praes* sit, ille respondit : *praes*. - Le *praes* est celui qui s'oblige envers le peuple. Il est interrogé par le magistrat s'il est *praes* - et il répond : *praes* - je suis *praes*.

J'attache une très grande importance à la remarque de Mommsen que, par sa déclaration qu'il est *auctor*, le *manceps* n'a pas contracté d'obligation. Ce sont les *praedes* qui s'engagent, eux, et leurs biens pour garantir que le *manceps* accomplisse sa prestation envers l'Etat. Car, lorsqu'on prit l'habitude de faire s'engager le *manceps*, il le fut sous la forme des *praedes*, en disant comme eux : *idem praes*.

Ce détour singulier me paraît fournir la clé du problème. A notre avis, l'*auctoritas* dans sa véritable nature ne s'analyse pas en une obligation, en une responsabilité. C'est au contraire une prérogative, une faculté comme la *potestas*. Dans certaines de ses applications elle a évolué en responsabilité comme la *potestas*. Mais cette évolution dans chaque cas s'est opérée par des voies différentes et propres au cas déterminé. C'est la preuve qu'elle n'était pas inhérente à sa nature.

Quoiqu'il en soit, le *manceps* dans la littérature classique, c'est le fermier des impôts, le fermier général, comme on disait dans l'ancien régime qui recueille les impôts pour le compte de l'Etat.

Il fait la soumission de certains impôts par adjudication publique. Il paie à l'Etat le prix convenu dans l'adjudication et il perçoit pour lui l'impôt. C'est aussi l'adjudication des travaux publics. L'Etat lui paie le prix convenu et il a l'entreprise des travaux qu'il paie comme il veut. Le nom n'a plus de rapport avec la mancipation.

Un seul texte, il est vrai connu, rétablit ce rapport avec la mancipation; c'est un texte de Plaute *Curculio*, 4, 2, 515 : Il s'agit dans la comédie d'un individu qui aime une jeune fille honnête mais que diverses aventures avaient fait échouer dans une maison de prostitution. Le tenancier de la maison, le proxénète lui offre de lui manciper la jeune fille comme esclave et de lui en garantir par là la possession. Le Romain s'indigne de la malhonnêteté du proxénète et refuse d'accepter ce marché honteux; il dit : *Ego mancipem te nihil moror nec lenonem alium quenuquam* - Je ne te veux pour rien au monde comme manceps, pas plus que n'importe quel autre proxénète.

D'après ce texte, le mot manceps dans la mancipation désignerait le vendeur et non l'acquéreur.

Les auteurs de la génération précédant la nôtre. Voigt, Mommsen, Girard, Cug, d'autres encore, plus près de nous Beseler se sont efforcés par tous les moyens d'écarter ce texte gênant. Ils n'y sont pas parvenus. Le problème est double. Il s'agit de montrer quel est le rapport qui a fait désigner dans l'adjudication publique sous le nom de manceps, l'adjudicataire, c'est-à-dire l'acquéreur ou le locataire et dans la mancipation le vendeur. D'autre part, on voit combien cette désignation est embarrassante pour toute la littérature moderne du droit romain. Elle admet comme un axiome indiscutable, d'après Gaius, non seulement que l'acquéreur est ce lui qui prend avec la main, mais qu'il n'y a que lui qui agit dans la mancipation. L'aliénateur reste immobile et muet. Or, d'après l'étymologie, *mancipium* signifie ce qui est pris avec la main, manceps celui qui prend avec la main. Si le manceps est l'aliénateur et non le vendeur, les noms donnent un mortel démenti à la théorie. Nous connaissons assez l'esprit de système des juriconsultes pour nous douter que ce n'est pas la théorie qui leur paraît devoir céder.

3°- Mancipare - Mais la doctrine moderne rencontre un obstacle beaucoup plus insurmontable encore dans le verbe mancipare. N'oublions pas que tout le monde admet que *mancipium*, manceps, mancipare sont en étroite relation. On reconnaît non moins unaniment que cette relation est fixée par l'éty.

mologie dans l'action de manu capere, prendre avec la main. Il y a un verbe dont l'étymologie se détache avec un caractère d'évidence, c'est mancipare venant de manu capere. Or le verbe mancipare désigne dans la mancipation l'action de l'aliénateur, le rôle du vendeur. Quelle étourdissante contradiction. Celui qui manu capit, c'est l'acquéreur, celui qui mancipat, c'est l'aliénateur ! Rien n'est plus certain même l'auteur le plus décidé à nier l'évidence ne peut soulever la moindre objection. Toute la littérature latine, depuis Plaute jusqu'à Ulpian et au-delà emploie de façon constante ce verbe pour le mancipio dans, jamais pour le mancipio accipiens. Gaius en fait un usage répété dans ses Institutes dans ce sens exclusif. La cause est entendue.

Quelques auteurs ont essayé d'échapper à cette étroite des mots par une faible attaque contre l'étymologie. (Levy, *Konkurrenz der Actionen*, I 1918 p. 114, *Bescher Beiträge* IV. 307 n°1 : ZSSr. 1925, p. 428). Pour Beseler, l'étymologie n'est pas manu capium, manu capi, mais manum capium, manum capi, manum capere. Celui qui prend la main, la prise de la main. Le mancipio dans endossait la responsabilité de l'acte en prenant la main du mancipio accipiens. On lui a répondu qu'il n'y a dans les textes pas la moindre trace de ce geste. D'autres ont puisé, sans d'ailleurs pouvoir donner autre chose qu'une affirmation, que mancipare était une formation secondaire sur mancipio dare.

Plutôt que de vouloir à toute force se maintenir dans une position indéfendable, il me paraît qu'en bonne critique il faut renverser le problème. Nous avons vu sur quoi reposait l'affirmation que l'aliénateur ne participait pas activement à l'acte de la mancipation, sur le silence de Gaius. C'est une preuve éminemment négative. Elle ne doit pas résister aux faits positifs. Un premier démenti lui est donné par les leges mancipi qui sont des déclarations formelles de l'aliénateur au moment de la mancipation. Un démenti plus vigoureux encore lui est donné par le nom de mancope et par le verbe mancipare appliqué à l'aliénateur. Ce démenti est plus vigoureux disons-nous, car on ne peut nier qu'il est placé par les mots au centre même de la mancipation, dans l'acte lui-même. Qu'a-t-on à opposer à ces faits ? Une induction, un préjugé. Continuons notre étude en écartant ce préjugé. Nous trouverons d'autres faits qui non seulement confirmeront le premier, mais nous donneront les éléments d'une solution.

4°) Mancipio dans. - Le nom primitif de man-
ceps s'est effacé devant une autre désignation plus
caractéristique qui est d'un usage universel dans la
littérature classique, c'est mancipio dans qui s'op-
pose à mancipio accipiens.

Une opinion représentée par Bonfante (Corso
II. I. 173) et F. de Viesscher (Mancipium et res man-
cipi, *Studia et Documenta*, 1936, p. 279) professe
que ces appellations ne sont pas originaires et se
sont imposées quand le concept moderne de transfert
de propriété a triomphé de l'ancienne main-mise.
Dare, c'est transférer la propriété, accipere, c'est
la recevoir. Et l'expression mancipio accipere leur
paraît plus ancienne que l'autre.

En réalité, rien ne nous permet d'affirmer
que l'une de ces expressions a précédé l'autre et
qu'elles ne sont pas anciennes, car nous les trou-
vons l'une et l'autre dans Plaute, ce qui est une
source relativement très ancienne et antérieure à
la notion de dominium.

Mancipio dare et mancipio accipere sont des
expressions très techniques et qui correspondent
très bien au système que nous soutenons sur la man-
cipation où nous voulons voir un rituel de main-mi-
se. Mancipio dare correspond à nexum se dare employé
pour le nexum. L'expression correspond à la formule
prononcée par le légataire d'un legs per vindictio-
nem qui est aussi très ancienne: "hominem Stichum
do lego". Elle correspond enfin, comme nous le ver-
rons, au do dico addico du magistrat et cette formu-
le est également très ancienne. Nous retrouvons la
même expression technique dans le terme actionem da-
re du prêteur.

Le sens primitif de do dans ces formules a
été étudié par les auteurs modernes, notamment
Wlassak (Zeit. d. Sav. Stift. 1910, p. 210), il n'a
pas le sens technique de transférer la propriété
qu'il a pris dans le droit classique. Gaius, 2, 196,
nous dit que dans la formule du legs per vindic-
tionem, il a le même sens que capito, sumito, sibi
habeto, qu'il prenne, qu'il saisisse, qu'il l'ait
pour lui. A propos du dare actionem du prêteur le
même Gaius nous dit que dare c'est permettre de fai-
re quelque chose. Ainsi dare dans son sens premier
juridique c'est autoriser à faire.

Mancipio accipere correspond parfaitement à
cette expression. Les philologues nous disent que
accipere est composé de ad et capero, prendre sur.
L'action de prendre vient s'ajouter à l'autre ac-

tion, à celle dare - d'où le sens dérivé d'accepter. Ces deux termes ne correspondent pas à une action unique, à l'action de prendre un objet délaissé. Mais dans la première on voit l'autorisation de prendre, dans la seconde la prise qui est justifiée par la première action.

Nous sommes sur la voie de la vérité, si nous ne nous laissons pas arrêter par le préjugé du silence. Nous sommes irrésistiblement amenés par les mots les plus décisifs à une action positive du *mancipio* dans et qui devait comporter un *do* prononcé par lui exprimant cette autorisation de prendre.

A ce moment, nous rencontrons une énonciation de texte qui a paru si incompréhensible aux auteurs modernes qu'ils l'ont déclarée inutilisable. Festus, p. 121. "*Manceps distus quod manu capiatur*". Il est appelé *manceps* parce que "*manu capiatur*". La difficulté de ce petit texte vient de *capiatur*. C'est un subjonctif qui exprime soit un désir, soit un ordre. Quod ce qui ou parce que, gouverne dans un sens comme dans l'autre l'indicatif non le subjonctif. Traduisons donc mot à mot: "Il est dit *manceps* parce que" qu'il soit pris avec la main".

Qui est-ce qui doit être pris avec la main? Certainement pas le *manceps*. Varron a dit VI.66 *Mancipium quod manu capitur*. Ne serait-ce pas le *mancipium* qui doit être pris avec la main dans une *mancipation*.

Je songe en ce moment au passage de Varron 7.106 qui était la partie la plus difficile de ce texte si difficile sur le *nexum*: "*Id aes quod obligatur per libram neque suum fit*" inde *nexum* dictum. Cet *aes* qui est obligé par la balance "ni n'est fait sien" d'où il est dit *nexum*". Ce "ni n'est fait sien" est également incompréhensible à moins qu'on ne le prenne pour une citation qui rapporte des paroles empruntées littéralement à un texte déterminé.

Dans un article sur le *nexum*, j'ai expliqué ce passage de Varron, en montrant que ces mots *neque suum fit* étaient empruntés aux *verba certa* de la formule du *nexum* et que l'*aes* prêté était appelé *aes alienum*, parce que la formule disait expressément pour lui que l'emprunteur ne le faisait pas sien. Tout le raisonnement de Varron en est éclairé et nous comprenons qu'il s'appuie sur la différence des formules du *nexum* et du *mancipium* pour marquer la différence du *nexum* et du *mancipium*.

Nous nous trouvons dans notre texte sur le *manceps* en face d'une argumentation du même genre.

manu capiat^{ur} est une citation, ce qui explique la forme étrange; c'est une citation de verba certa. Et c'est une explication du mot manceps. Pour rétablir tout le raisonnement, nous dirons: On appelle cet homme (l'aliénateur) manceps, parce que dans la formule qu'il prononce dans la mancipation, il ordonne à l'acquéreur que l'objet soit pris avec la main.

Il nous sera donc permis de rétablir sur ces deux données la formule que prononçait le mancipio dans qui correspondait à la formule du mancipio accipiens et la justifie. "Hinc ego hominem ex jure Quiritium tibi do ut manu capiat^{ur}".

Nous avons dit au début de cette étude du mancipio dans, que la littérature juridique était arrivée avec F. de Visscher à cette conception que toute la mancipation était dominée par l'auctoritas du mancipio dans. C'est son auctoritas qui est le fondement de l'acte tout entier. Sans doute l'appelle-t-on le mancipio dans, mais plus souvent encore lui donne-t-on le nom d'auctor. C'est sa caractéristique essentielle, celle qui domine toutes les autres.

Nous avons dit aussi l'objection qui était faite au système. Il a paru impossible qu'une telle autorité, c'est le cas de le dire, ait pu résulter d'un silence, de cette inaction et de cette passivité qui était, d'après F. de Visscher lui-même d'accord avec toute la doctrine, celle du mancipio dans. Le système n'est-il pas maintenant lavé de ce reproche ?

Puisque nous en sommes arrivés là, nous pouvons aller plus loin et après les paroles du manceps reconstituer son geste. Notre guide sera encore Festus. Il nous dit, p. 161, que l'adjudicataire d'une vente ou d'une location d'Etat est appelé manceps quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse. — parce que, en levant la main, il manifeste qu'il est l'auctor de la vente.

D'après cette énonciation de Festus, nous apprenons que c'est parce qu'il est l'auctor de l'adjudication que l'adjudicataire est appelé manceps. Nous venons de dire que dans la mancipation, l'aliénateur prend avant tout la position d'auctor, puisque tout l'acte est fondé sur son auctoritas. Ce rapprochement nous autorise à une conjecture. Plaute nous apporte la preuve que cet auctor a été appelé manceps et le rapport certain de ce mot avec mancipare et mancipium nous permet d'affirmer que c'est

là l'emploi primitif du mot *manceps*. On peut conjecturer qu'il a été appliqué à l'adjudicataire des ventes de l'Etat parce que dans ces ventes qui se faisaient comme la mancipation par voie d'actes formels, par une série de déclarations, l'adjudicataire prenait la position d'auctor. Et sans doute aussi faisait-il le même geste. Après avoir saisi l'objet de la vente, il le lâchait en levant la main et se déclarait l'auctor. Tel est le geste du *manceps*. L'usage qui triomphe dans la littérature classique réserve à l'adjudicataire le nom de *manceps* et l'élimine du champ de la mancipation. D'autant plus qu'un autre usage impose à l'aliénateur de la mancipation un nom plus caractéristique: *mancipio* dans.

L'explication mystérieuse de l'estus sur le *manceps* nous paraît s'éclaircir, et avec elle le mécanisme de la mancipation s'enrichit de détails nouveaux. Non seulement le *mancipio* dans, dans des déclarations formelles, dit la *lex Mancipi*, comme le magistrat dit la *lex* de l'adjudication, mais en outre par des verba, dans lesquels se trouvait un *do*, il autorise le rite de mainmise qu'accomplira le *mancipio accipiens* et place l'acte sous son auctoritas. Aux verba s'ajoute un geste rituel. Tandis qu'il prononce les paroles, il lève la main qui était posée sur l'objet pour permettre à l'autre main, celle du *mancipio accipiens*, de saisir cet objet. C'est cet acte positif qui justifie le nom de *mancipare* donné à son action dans la *mancipatio*. La mancipation s'appelle ainsi, non seulement parce que l'acquéreur s'est approprié l'objet en le saisissant avec la main mais aussi parce que l'aliénateur l'a aussi saisi pour le lâcher et permettre la mainmise. Le rite tout entier apparaît ainsi incomparablement mieux équilibré dans toutes ses parties; et les noms de *manceps*, *mancipare*, *mancipio* dans ne paraissent plus incompréhensibles.

5° - La donation de Syntrophus.

Cet exposé peut-être très hypothétique en certaines de ses parties ne peut être mieux terminé que par l'examen de cet acte de la pratique qui relate une mancipation et qui nous a été conservé par une inscription. Textes de Girard, 6 éd. p. 531. On l'appelle: la donation de Syntrophus. Cet acte nous donne la très exacte physionomie de l'ensemble du rite qui nous paraît être dans son entier le rite de la mancipation. Il peut être considéré comme une preuve de ce système. En tout cas, il contredirait déjà l'opinion commune celle d'après laquelle le *mancipio* dans

ne joue qu'un rôle muet. Aussi, la doctrine cherche-t-elle à l'écarter en disant que c'est un témoignage tardif, d'une époque où la pratique avait dénaturé la physionomie primitive de la mancipation. Mais on l'écarterait surtout en le passant sous silence. Seuls quelques auteurs récents, Jerskunkel, Röm. Recht, 2^e ed. p. 94, n° 15; Kunkel, Pauly-Wissowa, XIV, p. 1000, ces auteurs sont parmi les rares auteurs modernes qui aient fait des réserves sur la valeur de l'opinion commune.

T. Flavius Syntrophus, priusquam hortulos.... Aithales liberto suo mancipio daret, testatus est se in hanc conditione mancipare ut infra scriptum est (suivent les leges mancipi), puis: tum hortulos mancipio accepit T. Flavius Aithales. Tiberius Flavius Syntrophus avant de donner les jardins à Aithales son affranchi à titre de mancipium, déclare devant les témoins qu'il les mancipe sous cette condition, comme il est écrit ci-dessous (suivent les conditions). Puis: Alors Aithales accepte à titre de mancipium les jardins.

Dans cette description complète de la mancipation, il est impossible de penser que le mancipio dans joue un rôle muet et reste inactif. L'action du mancipio dans est décrite comme précédant celle du mancipio accipiens. Elle se sépare nettement de l'acte du mancipio accipiens. Flavius Syntrophus déclare devant témoins sous quelles conditions il va manciper. Les témoins sont ceux de la mancipation et sa testatio est la nuncupatio. Après avoir ainsi déclaré les leges mancipi, il donne les jardins à titre de mancipium. Alors, mais alors seulement, l'acquéreur Aithales reçoit les jardins à titre de mancipium, c'est-à-dire les prend par les gestes et les paroles sur l'autorisation qui lui est donnée par le mancipio dans. Cet acte, à mon avis, n'est pas une amplification dénaturée de la mancipation. Elle en est la description exacte et complète.

Rappelons en terminant que nous restons attaché à l'opinion d'après laquelle, pour les romains, l'acquisition proprement dite du droit résulte du rite accompli par le mancipio accipiens, du rite de manmise suivi du rite de remise de l'aes. Il n'est pas question de revenir sur cette constatation et sur ses conséquences juridiques. C'est parce qu'il en est ainsi que les descriptions, la plupart incomplètes de l'acte parmi lesquelles celle de Gaius, se bornent à indiquer cet élément essentiel; car en définitive le manuel de Gaius n'est pas un formulaire

il n'analyse pas le cérémonial, il étudie les modes de création des droits. Il n'en est pas moins vrai que les déclarations du *mancipio* dans et son autorisation sont également des parties intégrantes de la mancipation.

En restaurant, comme nous l'avons fait, la mancipation dans son rôle véritable, nous avons fait plus que de compléter la physionomie définitive de la mancipation, nous avons dégagé un élément capital qui rapproche encore davantage la mancipation non seulement des autres manifestations rituelles de la vindictio, mais aussi des actes du droit sacré. Nous verrons ce point lorsque nous examinerons le rôle du magistrat dans la *legis actio*. Nous le verrons aussi lorsque nous examinerons le rôle de l'augure et le rôle du pontife dans les actes religieux accomplis par le magistrat. La forme de tous ces actes pose sous son aspect le plus étendu le problème essentiel de l'*auctoritas* qui va être le sujet du chapitre suivant.

§ 2 et § 3 - *Nexum et solutio per aes et libram.*

Pour suivre la méthode qui a été la nôtre jusqu'ici, nous devons étudier ensemble tous les actes *per aes et libram*. Donc un deuxième et un troisième paragraphes de ce chapitre devraient être consacrés au *nexum* et à la *solutio per aes et libram*.

L'application de notre méthode à ces problèmes n'eut pas été sans produire quelques résultats. Nous venons de publier dans le dernier fascicule de la Revue Historique de Droit (1940-1941), un article étendu sur le *nexum* qui expose ces résultats.

Mais l'étude du *nexum*, de même que celle de la *solutio per aes et libram* forment deux ensembles plus indépendants de la mancipation que les diverses vindictiones ou les diverses *manus iniectiones* ne sont entre elles. Elles ajouteraient peu de choses au système dont nous découvrons peu à peu les différentes parties. D'autre part, il faut nous hâter. Abandonnons donc ces deux paragraphes, nous aborderons directement l'étude de l'*auctoritas*.

Chapitre X

AUCTORITAS.

L'emploi le plus ancien du mot *auctoritas* nous est attesté par quatre textes qui prouvent la présence du mot dans la loi des XII Tables (303 R.F. 451 av. J.C.), et dans la loi *Atinia* (fin du 6^e siècle, début du 7^e de Rome fondée). Voici ces quatre textes:

1° - Cicéron, *Topiques*, 4, 23, *Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum, quarum annus est usus.* - Parce que l'*usus-auctoritas* du fonds est d'une durée de deux ans, il en serait de même des maisons. Pourtant, dans la loi, les maisons ne sont pas nommées et elles sont parmi les autres choses dont l'usage est d'un an.

2° - *Pro Caecina*, 19, 54: "*Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium. At utimur eodem jure in aedibus quae in lege non appellantur.*" - La loi ordonne que l'*usus* et l'*auctoritas* du fonds soient d'une durée de deux ans. Mais nous usons pour les maisons du même droit, quoi qu'elles ne soient pas nommées dans la loi".

3° - *De officiis* L. 12, 37: "*Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur quem nunc peregrinum dicimus. Indicant Duodecim Tabulae: "Aut status dies cum hoste; itemque: adversus hostem aeterna auctoritas.*" Nos anciens appelaient *hostis* celui que nous appelons maintenant *pérégrin*. Les XII Tables disent: où jour pris avec l'ennemi, de même: Contre l'ennemi, *auctoritas* éternelle.

4° - *Aulu Gelle*, 17, 7, 1. "*Legis veteris Atinae verba sunt: Quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto. Quis aliud putet in his verbis quam de tempore tantum futuro legem loqui.*" - Nous trouvons ces paroles dans la loi *Atinia*: parce qu'un vol aura été commis, que l'*auctoritas* de cette chose soit éternelle. Qui pense que dans ces paroles la loi parle d'autre chose que du temps futur.

Parce que ces quatre textes contiennent le témoignage le plus ancien de l'emploi du mot *auctoritas* dans le droit, il serait très important de déterminer de façon sûre le sens que peut y avoir ce mot. On aurait ainsi la signification de beaucoup la plus ancienne que nous puissions connaître. La question n'est pas sans difficulté. Malgré tous les examens, aucune solution n'a paru jusqu'ici pleinement satisfaisante.

Deux méthodes s'affrontent; la plus ancienne, employée depuis le XVI^e siècle, consiste à vouloir tirer un sens de l'exégèse directe de ces textes, en les interprétant uniquement par eux-mêmes. Elle n'est pas complètement abandonnée puisqu'elle a été reprise dans des articles très récents. (Voir M. Giffard, Le sens du mot *auctoritas* dans les lois relatives à l'usucapion. *Revue Historique* 4^e série, Tome 17, 1938, p. 339 et ss.)

La seconde méthode, qui a pour père Mommsen et pour principaux représentants, parmi beaucoup d'autres, P.F. Girard et Fernand de Wisseher, constatant l'impossibilité qu'il y a à tirer de ces quatre textes seuls, une conclusion sûre, veut déterminer d'abord le sens d'*auctoritas* par la littérature juridique postérieure et contrôler, une fois ce sens établi, s'il peut permettre d'expliquer et d'éclaircir nos textes. Cette méthode ne cherche pas la preuve dans les quatre textes, elle se contente de les confronter avec un sens établi par ailleurs. C'est cette méthode que nous allons suivre.

§ 1 - L'*auctoritas* dans le droit.

Nous allons chercher à déterminer la nature de l'*auctoritas*. Pour mener à bien cette étude, nous ferons appel à la méthode que nous avons constamment employée ici et dont nous avons déjà vérifié l'excellence par les résultats qu'elle a obtenus. Au lieu de nous en tenir presque exclusivement à la mancipation, comme l'ont fait, jusqu'ici, les auteurs pour dégager une conception de l'*auctoritas* dans la mancipation, comme si l'*auctoritas* était la seule, nous réviserons d'abord tous les cas d'*auctoritas* qui existent dans le domaine juridique pour rechercher le caractère commun qui réunit ces diverses applications d'une conception, qui a au moins ce trait commun d'être qualifiée du même nom. Nous ver-

rons d'abord si cette qualification commune n'est pas la preuve d'une unité fondamentale qui doit être reconnue, alors même que les applications sont diverses et ont eu chacune une histoire indépendante des autres.

I - Nature de l'auctoritas.-

Le mot auctoritas d'après les philologues, indique essentiellement le fait que l'on est auctor (Ernout et Meillet, Dictionnaire étymologique de la langue latine, au mot auctoritas). Ce mot appartient aux groupes nombreux des substantifs dérivés de substantifs ou d'adjectifs qui expriment la qualité, l'état du sujet. Ces mots sont notamment, libertas, civitas, societas, potestas, auctoritas, hereditas. Dans la langue juridique et dans le sens originaire du mot, libertas caractérise l'état du liber, civitas l'état du civis, societas, l'état du socius, hereditas, l'état de l'heres. Le sens abstrait que ces mots ont pris par la suite découle de leur sens concret. Tous ces mots désignent un élément de la personnalité juridique, de cette personnalité qui, dans un temps plus moderne, a été appelé personalitas. Il y a d'autres mots en tas qui, par leur réunion, définissent l'ensemble de la personnalité, mais nous ne citons que ceux-là, parce qu'ils sont très anciens, comme auctoritas.

Auctoritas doit être rapproché de potestas. Ce rapprochement a été fait dans un texte célèbre, le testament d'Auguste, où Auguste dit, pour caractériser sa position dans la République, que sa potestas n'a pas été supérieure à celle des autres magistrats, mais que personne n'a eu dans la République une auctoritas égale à la sienne; la potestas c'est l'état du potis. Ce mot vient d'un ancien radical indo-européen, pot, qui désigne le chef d'un groupe, chef de famille, de clan, de tribu, le maître, celui qui exerce le pouvoir, le puissant. Le mot s'est effacé dans l'usage romain devant le succès d'un autre mot plus récent, dominus, le maître, venant de dominium, propriété. Potestas évoque l'idée d'un pouvoir exercé directement en vertu de sa prérogative sur l'objet qui y est soumis par le potis, le puissant. L'auctoritas est une notion qui joue un rôle immense dans la vie juridique romaine, tant publique que privée (Etude d'ensemble dans Heinze Hermès, 1925, p. 348 ss.) Ce n'est pas un pouvoir qui s'exerce directement sur un objet qui lui est soumis; c'est une autorité supérieure qui, par son approbation fonde, rend valide,

L'action accomplie par le pouvoir d'un autre. Mais de par sa nature, l'auctoritas est comme la potestas, un droit, une prérogative attachée à la personne et, au sens juridique, à la personnalité juridique. L'auctoritas, dans son essence, n'est pas une obligation, c'est un droit.

II - Auctoritas patrum, populi tutoris, patris...

L'auctoritas apparaît de la façon la plus nette avec les traits que nous venons de décrire dans les applications suivantes que nous relevons dans le droit public et le droit privé.

1° - L'auctoritas patrum.- C'est la prérogative accordée aux pères, c'est-à-dire aux sénateurs patriciens. Elle consiste, suivant la définition de Mommsen (Droit public VII p. 236), dans la ratification par les pères de la résolution prise par le peuple sur la proposition du magistrat. Les actes accomplis par le peuple n'acquiescent leur valeur juridique que de l'approbation donnée par les pères à l'acte une fois accompli. Pour diminuer cette prérogative et la rendre illusoire, deux lois, la lex Publilia Philonis et la lex Maenia du III^e siècle avant notre ère obligèrent les pères à donner leur auctoritas avant le vote des Comices.

2° - L'auctoritas populi.- Le peuple réuni dans les comices calates donne lui-même son auctoritas aux adrogations accomplies devant lui par l'adrogéant et l'adrogé: Gaius, I. 99. Populi auctoritas, adoptemus eos qui sui juris sunt... Is qui adoptat rogatur, id est interrogatur an velit eum quem adopturus sit justum sibi filium esse: et is qui adoptatur - regatur an id fieri patiatur et populus rogatur an id fieri jubeat.- Nous adoptons par l'auctoritas du peuple ceux qui sont sui juris... On demande à celui qui doit adopter, c'est-à-dire on l'interroge, s'il veut que celui-ci soit son fils légitime, et on demande à celui qui est adopté, s'il laisse faire cela. Et l'on demande au peuple s'il ratifie que la chose soit faite". On voit la suite des actes.

3° - L'auctoritas tutoris. Dans le droit privé, l'auctoritas du tuteur est sa prérogative; il rend valables les actes juridiques accomplis par son pupille et un tiers. Les actes seraient nuls accomplis par le pupille seul. Ils acquiescent leur validité juridique de ce qu'ils sont ratifiés par le tuteur. (Dig. 26, 2, 3. Paul): "Etiam si non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas ejus, eum se probare dicit id quod agitur: hoc enim auctorem fieri.- Même

si le tuteur non interrogé fait l'auctor, son auctoritas vaut, lorsqu'il dit qu'il approuve ce qui est fait, car c'est cela faire l'auctor".

Ce texte est particulièrement instructif; donner son auctoritas, c'est approuver, probare ce qui a été fait, ratifier. Il n'est pas nécessaire que cette approbation résulte d'un acte formel.

4° - L'auctoritas patris. - Nous rencontrons enfin une quatrième application de l'auctoritas dans le mariage. A mon avis, le mariage romain est un acte complexe, à la fois religieux et juridique. Cet acte, depuis les origines romaines les plus lointaines, est accompli par les futurs époux eux-mêmes, même s'ils ne sont pas sui juris, s'ils sont fils de famille. Ce sont les époux qui prennent les auspices et offrent les sacrifices qui entourent le mariage de cérémonies religieuses. Ce sont ceux qui accomplissent la coemptio dans le mariage cum manu et dans le mariage sine manu, c'est le consentement qui fait le mariage. (Institutes, I, 10. principium). S'ils ont un père de famille, celui-ci doit consentir à leur mariage. Le consentement est une auctoritas. (Dig-3, 2, 1; 3, 2, 11 § 3). C'est une ratification, une approbation qui rendent valable le mariage lorsque approbation et ratification sont données, que ce soit avant, pendant ou après.

Dans ces quatre cas, l'auctoritas est une notion claire et simple. L'auctoritas est l'approbation d'un acte par l'auctor et c'est cette approbation qui donne à cet acte sa valeur juridique. Le droit de donner cette auctoritas est un privilège attaché à la personne de l'auctor. L'auctoritas est donc l'autorité d'une personne qui sert de fondement à un acte juridique.

§ 3 - Auctoritas et propriété.

De très nombreux textes du Digeste attestent que la notion d'auctor et d'auctoritas joue un rôle capital dans la transmission des biens. Ce rôle est attesté 1°) dans la mancipation, mais 2°) aussi dans toute espèce de transmissions. Il y a une série de textes au Digeste où le mot auctor désigne celui dont on a acquis la chose, celui de qui on la tient, sans que cette acquisition soit rattachée à une mancipation. Ces textes sont connus, mais, par une méprise que nous nous efforcerons de dissiper, on a, tout à

fait à tort à mon avis méconnu l'importance du témoignage qu'ils apportaient.

I - Auctoritas et mancipation.

Le mérite essentiel des auteurs qui, à la suite de Mommsen et de sa thèse, *De auctoritate commentatio*, 1843 (*Oeuvres complètes* III, p. 4381) ont étudié l'auctoritas dans la mancipatio, est d'avoir éclairé le rôle très important que joue l'auctoritas dans l'acte per aes et libram. Et notamment: Girard (*Mélanges* II, p. 158 et ss.) a pu dégager les très nombreux textes du Digeste qui, dans leur état original, étaient relatifs à l'auctoritas dans la mancipation. On sait que Justinien a aboli la mancipation; avec elle, l'action auctoritatis qui résulte de la mancipatio. Dans les textes qu'il a admis, au Digeste, et qui traitaient de ces institutions, Justinien a retranché les noms par interpolation. D'après la place que ces textes occupaient dans l'édit, et d'après le fond du droit, Girard leur restitue leur signification primitive.

Dans la mancipation, l'aliénateur est l'auteur de l'acte. Le droit de l'acquéreur repose sur son auctoritas. Lorsque ce droit sera juridiquement contesté par un tiers, l'acquéreur demandera secours au vendeur et celui-ci le soutiendra de son auctoritas, c'est-à-dire qu'il viendra défendre au procès son acquéreur attaqué, et qu'il apportera devant le juge la preuve de sa propre propriété qui est le fondement, le titre, de celle de l'acquéreur. Du fait qu'il y a eu mancipation, cette assistance est devenue un devoir de la part du mancipio dans. Et comme il doit son assistance, il sera responsable, soit du défaut d'assistance, soit de l'inefficacité de cette assistance. Si, malgré le secours que lui a porté l'aliénateur, l'acquéreur perd son procès, il a, depuis la loi des XII Tables, l'action auctoritatis contre l'aliénateur pour lui réclamer le double du prix, quand il est évincé. C'est la garantie. Quand il y a eu mancipation, cette garantie existe même sans stipulation formelle, et elle est une conséquence de l'auctoritas. Tel est le système qui résulte de la mancipation dans le droit classique, et qui a été l'origine d'un système beaucoup plus général, le système de la garantie dans la vente. Dans ses très belles études sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain et sur l'auctoritas (*Mélanges*, II, p. 1.305) Girard a admirablement décrit le processus de ce développement.

J'ai souvent attiré votre attention dans le cours de cette année sur cette fâcheuse méthode de l'interprétation juridique qui consiste à étudier chacune des applications particulières d'une institution plus générale comme si cette application était seule et sans rapport avec les autres. C'est ainsi que les auteurs n'ont guère étudié l'auctoritas que dans la mancipatio. Or, dans la mancipatio, la garantie est l'effet de l'auctoritas à ce point le plus apparent et le plus important qu'elle a rejeté tous les autres effets dans l'ombre. La garantie a été pour l'auctoritas dans la mancipation, comme un lierre vigoureux qui s'enroule autour de l'arbre et qui parvient à l'étouffer. C'est ainsi que les auteurs ont défini l'auctoritas comme étant l'obligation de garantie ou, comme le dit Girard la garantie elle-même au moment où elle est fournie dans le procès en revendication.

F. de Visser, dans son étude sur le rôle de l'auctoritas dans la mancipation fait faire un progrès décisif à l'étude du problème lorsqu'il remarque le caractère trop étroit de cette définition. "La plupart des romanistes, dit-il, n'ont guère considéré l'auctoritas qu'à propos de la garantie d'éviction. Girard lui-même au seuil de ses admirables études sur l'actio auctoritatis, écarte résolument comme sans intérêt pour la notion de l'auctoritas dans la mancipation tous les textes où les mots auctor, auctoritas dépassent la simple mise en jeu de la garantie. Bref, nous avons longtemps fait de ce système de la garantie un véritable lit de Procuste pour la notion de l'auctoritas, retranchant sans remords tout ce qui pouvait excéder l'exacte mesure".

F. de Visser réunit alors quelques textes où le mancipio dans est qualifié d'auctor là où n'intervenait pas la garantie d'éviction. Par exemple, ce nom est donné à l'aliénateur à l'occasion de certains litiges relatifs à l'étendue du fonds vendu, tel que l'action de modo agri. Dig. 12.1.4. § 4, "Si modus agri minor invenitur pro numero iugerum auctor obligatus est. - Si la contenance du fonds est trouvée inférieure, l'auctor est obligé pour le nombre des jugers qui manquent". De même Dig. 19.1.53 § 3. Dans ces litiges n'interviennent que l'acquéreur et l'aliénateur, il n'est pas question d'une assistance quelconque donnée par le vendeur contre les tiers. Il cite encore le nom d'auctor secundus donné au fidejussor, au garant qui intervient suivant un usage extrêmement fréquent à côté du mancipio dans, dans la mancipation. Dans les tryptiques de Transyl-

vanie qui nous fournissent des exemples de mancipations tirés de la pratique (Girard, Textes, 6^e éd. p. 849 et suiv.) le fidejussor intervient à trois endroits de l'acte, dans la souscription, dans la clause de garantie et au début dans la formule énonçant l'achat et la mancipation: "Dasius Breucus emit mancipio accepit puerum Apalaustum de Bellico Alexandri fide rogato Marcus Vibio Longo. - Dasius Breucus a acheté et reçu à titre de mancipium le petit esclave Apalaustus de Bellicus Alexandre, Marcus Vibius Longo ayant garanti". L'appellation qui est donnée à ce fidejussor d'après Ulpien Dig. 21.2.4.pr. d'auctor secundus, permet de rattacher son action à la notion d'auctoritas. Le fait qu'il intervient non seulement pour la garantie, mais pour la mancipation en général, apporte la preuve que cette notion d'auctoritas dépasse l'obligation de garantie.

Ces textes, et quelques autres cités avec eux et la comparaison que F. de Visacher établit entre l'auctoritas dans la mancipation et l'auctoritas patrum, populi et tutoris l'amène à donner une définition plus large et plus exacte de l'auctoritas. "L'auctoritas ne sera donc pas, comme l'avait pensé Girard, l'acte d'assistance donné par le vendeur à l'acquéreur contre la revendication des tiers, ni même le devoir ou l'obligation de fournir cette assistance, elle sera, selon le sens technique et général du mot, la ratification ou confirmation par le vendeur de la déclaration unilatérale d'acquisition énoncée par l'acquéreur. Cette ratification couvre la déclaration de l'acquéreur et en garantit l'efficacité absolue, tant vis-à-vis du vendeur lui-même que vis-à-vis des tiers. L'auctoritas nous apparaît comme le fondement de la totalité des effets de l'acte, et comme le véritable ressort de la mancipation".

Malheureusement, après avoir si justement élargi la notion restreinte à tort avant lui, F. de Visacher retombe dans le travers qu'il dénonce chez ses prédécesseurs. Le titre même de son étude indique le but restreint qu'il poursuit: Du rôle de l'auctoritas dans la mancipation. - Et il a été ainsi amené à ne considérer la notion d'auctoritas que sous cet angle trop étroit. Il se trouve que par suite des circonstances historiques que nous aurons à déterminer, l'auctoritas dans la mancipation a entraîné, de très bonne heure, dès le début du droit civil, une responsabilité à la charge du vendeur. Mais c'est là une évolution qui s'est produite aussi quoique

plus tardivement dans tous les autres cas d'auctoritas en matière juridique. C'est un phénomène plus général encore, le même qui dans le cours du développement du droit a entraîné, plus ou moins tôt, plus ou moins complètement, toutes les potestates à se transformer en charges, en manera; mais ces transformations sont extérieures à la notion primitive, elles s'accomplissent contre elle. Leur caractère tardif permet de suivre cette évolution, par exemple dans la tutelle. Elle est moins aisée à reconnaître dans la mancipation où elle a été effectuée à la fois de si bonne heure et d'une manière si complète; elle y est néanmoins reconnaissable, une fois l'attention attirée sur elle.

Faute d'avoir placé le problème dans son vrai domaine général, à ne considérer l'auctoritas que sous l'angle de la mancipation, F. de Visser a été amené à considérer comme étant de l'essence même de la notion, la responsabilité de l'auctor, sa responsabilité générale de tous les effets de l'acte, et sa responsabilité spéciale définie en garantie d'éviction. Du coup, il a rompu les liens qu'il avait essayé d'établir entre auctoritas dans la mancipation et auctoritas patrum, populi, tutoris, qui ont mieux et plus longtemps conservé le caractère de prérogative, de droit sans responsabilité, et il s'est condamné à écarter les nombreux textes du Digeste qui parlent d'auctor et d'auctoritas sans être en rapport ni avec la mancipation, ni avec l'idée de garantie.

II. Auctoritas et acquisition en général.

Ces textes ne sont pas ignorés. P.F. Girard en rappelle l'existence au début de ses études sur l'auctoritas. (Mélanges II. P. 158 n. 1), et indique le Thesaurus Linguae latinae où ils sont rassemblés sous les mots auctor et auctoritas. F. de Visser (Rôle de l'auctoritas dans la mancipatio p. 13 notes 1 et 2, 3, et 4) en tente un classement partiel; mais ils les écartent tous les deux de leurs études. Girard rejette tous ceux qui ne se rapportent pas strictement à la garantie d'éviction. Il y a là une pétition de principe sur laquelle il suffit d'attirer l'attention. Quant à F. de Visser, il pense que cet usage d'appeler auctor le vendeur ou le possesseur, ou, d'une façon plus générale celui dont on tient ses droits, est une terminologie secondaire inspirée, non plus directement par la notion primitive d'auctoritas, mais par le rôle du mancipio dans la mancipatio. Celui-ci était essentiellement un auctor. De ce fait,

le mot *auctor* a pris très aisément le sens plus large de vendeur, d'aliénateur, et cette signification large est sans rapport précis avec le sens de l'*auctoritas* dans la mancipation.

Si l'on examine ses textes, on peut cependant se rendre compte que ce n'est pas au hasard et par pur synonymie que le nom de vendeur ou de possesseur est remplacé par celui d'*auctor*. Ici (Digeste 43.12.1. § 22) il s'agit de savoir si l'interdit prohibitioire, contre l'aliénateur qui a fait des travaux, dans une rivière publique et sur les rives, portant obstacles à la navigation, en détournant leur cours peut être intenté contre son acquéreur (Dig. 43.17.3.4) ou si le propriétaire voisin peut attaquer l'acquéreur dont l'*auctor* a détourné les vignes pour les attacher à ses arbres (Dig. 43.17.3.4.). Ailleurs, le juriconsulte examine des actions ou des exceptions opposables à l'acquéreur parce qu'elles le sont à son *auctor*, action *communi dividundo* ou *judicati* etc... (Dig. 10.3.14 § 3; 6.2.14; 50.17.151. § 3; 44.2.9. § 2), tandis que, au contraire, le dol de l'*auctor* n'est pas opposable à l'acquéreur (Dig. 44.4.4.27 et 31). Enfin, les textes règlent l'accession des possessions de l'*auctor* et du possesseur qui lui succède (Dig. 44.3.15 § 1. 43.19.3 § 2; 41.2.13.1; 44.3.5). Dans tous ces cas, nous voyons qu'il s'agit de déterminer l'étendue du droit de l'acquéreur et les juriconsultes le délimitent en fonction du droit de son *auctor*; c'est cette relation qui leur fait poser la règle générale; Paul, Dig. 50.17.175. § 1. "*Non debeo melioris conditionis esse quam auctor meus a quo jus in me transit.*" - Mon droit ne doit pas avoir une condition meilleure que celui de mon *auctor* de qui je le tiens". Et les exemples que nous avons cités montrent qu'il ne doit pas être non plus, plus mauvais. Si nous prenons la définition de Visscher, déjà citée; "L'*auctoritas* nous apparaît le fondement de la totalité de l'acte, comme son véritable ressort", nous pouvons reconnaître qu'elle reste rigoureusement exacte, même si l'acte juridique de transmission de droit n'est pas une mancipation, même si le casus ne met pas en jeu la responsabilité de l'*auctor*, mais seulement sa qualité d'*auctor*, sa qualité de fondateur d'un droit. Ce n'est donc pas une simple synonymie interchangeable qui fait que les juriconsultes emploient le mot *auctor* et non pas le mot *venditor* ou *possessor*, mais c'est le rappel de la notion essentielle de l'*auctoritas*.

III.- Textes.

Il est temps maintenant d'aborder l'examen d'une première série de textes qui sont traditionnellement rattachés à cette question de l'auctoritas depuis que Guillaume Budé, Alciat et R. Estienne les ont rassemblés. On les trouvera au début de l'article auctoritas, dans le *Thesaurus Linguae latinae*.

Dans cette première série de textes, si on les examine sans opinion préconçue, auctoritas ne signifie pas propriété comme le prétend l'opinion traditionnelle, mais le mot n'a pas non plus le sens d'obligation de garantie ou de garantie. Il signifie d'une façon plus précise, source, fondement, titre de propriété émanant de la personne du vendeur, c'est-à-dire de l'auctor.

1° - Sénèque, *Controversias*, 7.6.23: "Ex tabellis emptionis, multas sententiam trahere temptaverunt Blandus dixit: Relegimus auctoritatis tabellas.- Des tablettes de la vente beaucoup ont essayé de tirer un avis... Blandus dit: "Relisons les tablettes de l'auctoritas". Dans cette phrase, Blandus, pour éviter une fausse interprétation, conseille de relire l'acte de vente, c'est-à-dire l'acte émanant du vendeur qui est le titre de propriété, la preuve de son existence, le titre qui conserve le fondement du droit.

2° - *Neaevola*, Dig. 13,7,43: "Creditori instrumentum emptionis tradidit...petit a creditore ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet. Il livra au créancier l'acte de vente...il demande au créancier qu'il représente l'acte de l'auctoritas qui lui avait été livré". Un débiteur ayant donné en gage un terrain a remis à son créancier l'acte d'acquisition qui est son titre de propriété. Il veut bâtir sur son terrain. Une controverse s'élève sur un droit d'usage, qui ne peut être tranchée que par l'acte d'acquisition. Il demande alors au créancier de représenter l'instrumentum auctoritatis, c'est-à-dire l'acte qui contient son titre de propriété.

On remarquera que dans ces premiers textes rien ne permet d'affirmer qu'il s'agisse exclusivement de mancipation et en tout cas, ce n'est pas la garantie d'éviction qui est invoquée.

3° - Nous rencontrons maintenant deux inscriptions qui étaient inconnues des humanistes du XVI^e siècle. Elles nomment des esclaves impériaux qui ont comme titre: ab auctoritatibus, *Corpus Inscript.* III

n° 1998: "Marcus Ulpianus Alexander, Augusti libertus ab auctoritatibus; VI, n° 8 439: "Epaphrodito, Augusti liberte, Popliano ad auctoritatibus rationis hereditatum". D'après l'opinion de Mommsen, ces affranchis d'Auguste sont préposés à la garde des titres de propriété de l'empereur. On remarquera qu'ils ne sont pas préposés à la garde des propriétés, mais des titres de propriété. Or, rien ne dit que ce soient exclusivement des titres de mancipation. Bien au contraire, il y en a un Epaphrodite qui est préposé à la garde des testaments. Le testament, et Cicéron confirmera à deux reprises cette conception, est donc lui aussi un instrumentum auctoritatis; il est le titre de la propriété dont l'auctor est le testateur.

4° - Cicéron, de harusp. respons. I. 14. "Multae sunt domus in hac urbe, patres conscripti, atque haud scio an paene cunctae, jure optimo sed tamen jure privato, jure hereditario, jure auctoritatis, jure Mancipii, jure nexi. - Il y a beaucoup de maisons dans cette ville, sénateurs, et je ne sais si ce n'est pas presque toutes, qui sont à leurs propriétaires en vertu du droit le meilleur, cependant en vertu du droit privé, le droit d'héritage, le droit de l'auctoritas, le droit du Mancipium, le droit du nexum".

Avec ce texte, nous revenons à la mancipation. L'opinion traditionnelle voit dans ce jus auctoritatis le droit d'usucapion. C'est une conséquence directe de l'opinion de Guillaume Budé et d'Aleiat qui voyaient dans l'auctoritas l'usucapion. Elle étonne chez les auteurs modernes qui depuis longtemps ont écarté l'assimilation; elle est comme un surgeon tenace qui survit à l'arbre mort depuis longtemps. Girard et Huvelin trouvent à cette interprétation une justification superficielle. Cicéron énumère d'abord le droit d'héritage, ensuite le jus auctoritatis, puis le jus Mancipii que tout le monde traduisait avant de Visscher par droit de la mancipation. Ainsi placé, l'auctoritas ne peut désigner que le troisième mode d'acquisition, l'usucapion; car Cicéron énumérerait: l'hérédité, l'usucapion et la mancipation.

Il semble que les travaux de F. de Visscher et nos études sur le nexum et l'auctoritas permettent de donner une sûre interprétation de ce texte. Cicéron désigne les deux sources de ce droit, d'ailleurs excellent, qu'il appelle le droit privé, et qui fonde le pouvoir sur l'immeuble, hérédité et mancipation. Mais la mancipation, il ne l'appelle pas ainsi, pour

la raison d'ailleurs excellente, que le mot *mancipatio* n'existait pas encore. Il ne l'appelle donc pas d'un nom unique, mais il détaille les effets de l'acte per aēs et libram. Pour lui, ces effets sont triples: 1°) il fait naître le droit de *mancipium*, la puissance de l'acquéreur sur l'immeuble. 2°) il crée des liens obligatoires entre acquéreur et aliénateur que Cicéron considère plus spécialement comme dérivant du *nexum*. Parmi ces liens est l'obligation de garantie. Cicéron le dit, nous l'avons vu, dans le texte déjà cité, *pro Murena* 2.3: *Is periculum iudicii praestare debet qui se nexu obligavit.*—Celui-ci doit être responsable du jugement, qui s'est obligé par le *nexum*. " On se souvient qu'à la suite de Manilius, certains jurisconsultes, dont Cicéron, avait adopté cette opinion extensive qui voulait retrouver le *nexum* même dans la *mancipation*, pour conserver, avons-nous dit la règle des XII Tables: *Cum nexum faciet mancipiumque*, dans toute sa validité, même après l'abrogation du *nexum*. Cette opinion était contraire à la réalité historique, mais elle était celle de Cicéron et sans doute était-elle très répandue de son temps. Nous voyons donc, par la citation du *pro Murena*, que Cicéron rattache spécialement au *nexum* l'obligation de garantie. Enfin, 3°) le troisième effet de la *mancipation*, que Cicéron nomme le premier, c'est le *jus auctoritatis*. L'*auctoritas*, c'est le fondement dans la personne de l'auteur, du droit né de la *mancipation* au profit de l'acquéreur. Je ne dirai pas que la conception du *nexum* propre à Cicéron exclut de l'*auctoritas* la garantie, car, dans cette synthèse composée d'éléments quelque peu artificiels subsiste un certain flottement; mais le *jus auctoritatis* ne fait pas double emploi dans le *jus nexi*, car, si l'action *auctoritatis* implique que la responsabilité de l'auteur dérive de l'*auctoritas*, la notion est plus large, plus générale que la garantie, elle fait de l'auteur le *fundamentum totius institutionis*.

Ce droit sur les maisons de Rome, qui résulte pour leur propriétaire de l'hérédité et de la *mancipation*, est présenté par Cicéron comme un droit excellent, mais un droit privé, un *jus privatum*. Que veut dire Cicéron dans cette démonstration? Cicéron défend sa maison contre Clodius dans son discours sur la réponse des haruspices. Quelque temps auparavant, les intrigues de Clodius avaient obtenu l'exil de Cicéron et la confiscation de ses biens. Clodius avait fait incendier sa maison et bâtir un temple sur l'emplacement pour être plus sûr que le terrain ne

revienne jamais à son propriétaire. Cependant, au retour triomphal de l'exil, le Sénat avait rendu à Cicéron son terrain et fait rebâtir aux frais du peuple sa maison. Cicéron expose alors qu'il a sur la maison un droit de propriété supérieur à celui de presque toutes les autres maisons de Rome, parce que ceux-ci n'ont qu'un titre privé, provenant de l'héritage ou d'une acquisition par mancipation, tandis que lui a un titre public, les lois et les sénatusconsultes qui lui ont fait restituer sa maison.

Assurément, le second terme de l'opposition, le titre public, est un titre de circonstance, ce sont les lois spéciales de restitution. Mais, cette opposition est-elle une pure invention sans portée, imaginée pour les besoins de la cause. On l'a prétendu. Il serait singulier cependant, que, dans les plus graves circonstances de sa vie, Cicéron se soit ainsi livré à un jeu d'esprit sans valeur, et incapable de persuader. Or, son but est de persuader.

En opposant ainsi, à propos de la propriété des immeubles, droit public et droit privé, il est plus raisonnable de penser qu'il fait appel à une conception traditionnelle qui est encore vivante dans la conscience juridique. Nous la retrouverons dans un second texte de Cicéron, pro Caecina 26, 74 où le même titre privé résultant également de l'héritage et de la mancipation est opposé à un titre né de la loi, celui-ci permanent, et ce titre est l'usucapion.

§ 4 - Auctoritas et responsabilité -

Nous venons de voir, dans les paragraphes précédents, que l'auctoritas est une notion juridique qui se rencontre ailleurs que dans la mancipation, et nous avons observé que, même dans la mancipation, elle est plus large que l'obligation de garantie. Néanmoins, c'est un fait que dans la mancipation elle implique la garantie. En bien, cette évolution d'auctoritas en responsabilité n'est pas un phénomène spécial à la mancipation. Il importe de déterminer pour chaque cas les circonstances dans lesquelles elle s'est produite.

Nous avons défini l'auctoritas comme un élément de la personnalité. C'est une prérogative, une faculté qui s'attache à la personne, de nature semblable à la potestas. C'est une faculté complémentaire, puisque la potestas est la faculté d'agir et l'auctoritas la faculté de fonder l'action d'une autre personne.

Envisagée dans son essence l'auctoritas, com-

la potestas sont des droits. Et, en soi, ces droits ont un caractère unilatéral. Le titulaire du droit a la puissance sans obligation ; sur le sujet du droit pèse l'obligation sans contre-partie de droits. C'est ainsi que s'analysent, du moins à l'origine, toutes les puissances : puissance paternelle, maritale, dominicale et même la tutelle. Il en est de même à mon avis, pour l'auctoritas.

Mais il est une tendance irrésistible et dans tous les domaines, d'après laquelle potestas et auctoritas en arrivent à se transformer dans le cours de l'histoire en responsabilité. Cette évolution s'est produite plus ou moins tôt, plus ou moins complètement et par des moyens divers, mais elle est générale et aucune des institutions n'a été épargnée et n'a conservé complètement son caractère unilatéral. Parmi les potestates que nous avons nommées, bien évidemment, la tutelle a subi la transformation la plus rapide et la plus complète. De vis ac potestas, elle est devenue complètement une charge, un munus. Le Droit Romain n'a pas connu, pour la puissance paternelle, le dernier terme de cette évolution, qui date seulement des temps modernes et qui fait de cette puissance que l'on nomme toujours puissance par tradition, une charge provisoire, un devoir de protection qui ne subsiste, sous le contrôle de l'État, qu'aussi longtemps qu'il est nécessaire à l'enfant protégé. La puissance dominicale est celle dont le caractère primitif a le mieux résisté jusqu'à sa suppression complète avec l'esclavage. Il n'est pas nécessaire d'insister longuement sur tous ces points car cette évolution des potestates est un phénomène bien connu et que la science du droit a depuis longtemps bien classé et exactement déterminé. L'évolution des auctoritates est, au contraire, une notion nouvelle qu'il nous faut examiner de plus près.

I. Auctoritas patrum, populi, tutori, patres

L'auctoritas, à notre avis, est une notion générale dont nous pensons que le caractère primitif est commun à toutes les institutions où elle a été appliquée. Mais elle a subi dans chacune de ces institutions, une évolution différente qui lui a donné des caractéristiques diverses.

L'auctoritas patrum pouvait difficilement évoluer en responsabilité. Mais son caractère de prérogative gratuite a été combattu d'une autre manière. Nous avons dit que deux lois du début du III^{ème} siècle avant Jésus-Christ, la loi Publilia Philonis

de 415/339 et la loi Maenia avaient imposé que cette auctoritas fut donnée, non pas après le vote des comices, mais avant. L'auctoritas patrum n'est plus cette confirmation essentielle à laquelle est subordonnée la validité de la résolution prise par le peuple, mais une formalité préalable qui n'influe plus sur elle. Elle est rendue illusoire et tombe en décadence.

L'auctoritas populi, dans l'adrogation, subit une décadence analogue par une autre voie. On sait que le peuple se désintéresse des comices curiates. Il n'y vient plus. Son rôle est joué par les trente licteurs des trente curies. Le contrôle effectif de l'adrogation passe aux pontifes.

Le caractère gratuit de l'auctoritas tutoris se manifeste dans l'adage "qui auctor est non se obligat". Cette auctoritas aurait parfaitement pu évoluer en responsabilité et il eût été très naturel que l'acte du tuteur engendrât la garantie non seulement vis-à-vis du pupille qui a fait l'acte, mais même vis-à-vis du tiers avec qui l'acte a été fait. Mais, à côté de l'auctoritatis interpositio, la gestion de la tutelle connaît un autre procédé plus pratique et d'un usage plus répandu dans la tutelle du droit historique, la negotiorum gestio. Or, l'évolution juridique qui a transformé la tutelle de puissance en charge, s'est produite davantage en considération des actes de gestio qu'en considération de l'auctoritas. Il s'ensuit que la responsabilité du tuteur peut être engagée vis-à-vis du pupille aussi bien par un acte d'auctoritas que par un acte de gestio. Mais l'auctoritatis interpositio conserve mieux son ancienne nature. Le tuteur, auctor, reste étranger aux effets découlant directement de l'acte entre les parties et notamment ne contracte pas de responsabilité vis-à-vis du tiers qui agit avec le pupille.

Enfin, l'auctoritas patris dans la coemptio, comme l'auctoritatis patrum, ne pouvait guère évoluer en responsabilité. Néanmoins, la tendance moderne s'est fait jour d'une autre manière, même en cette matière. La forme de l'auctoritatis, dont la confirmation vient se superposer à l'acte accompli par les époux, a permis aux jurisconsultes de minimiser l'effet de l'auctoritas et de donner la première place au consentement des époux. L'auctoritas peut être donnée avant, pendant ou après le mariage. Cette confirmation peut être même tacite. Et l'absence de forme d'une auctoritas donnée dans le mariage libre hors de la coemptio permet aux jurisconsultes d'édifier une théorie singulière d'après laquelle on peut se passer de l'auctoritas dans les cas où elle ne peut pas être donnée par un père pri-

sonnier ou fou. Car, disent-ils, ils ne peut pas confirmer le mariage, mais il ne peut pas, non plus, le désapprouver. Son silence vaut donc approbation tacite. Et c'est ainsi que se fait jour dans cette application, latendance irrésistible de la jurisprudence de combattre le caractère gratuit et unilatéral aussi bien de l'auctoritas que de la potestas. Le point de vue est inversé. Avec une inlassable persévérance, même au prix de raisonnements subtils, la jurisprudence entend considérer le droit du potis ou de l'auctor avant tout comme une protection de celui qui en est l'objet, et mesurer ce droit à ce nouvel étiage.

II. Responsabilité du mancipio dans.

Mais c'est bien dans la mancipation que s'est produit le plus tôt et le plus complètement l'évolution de l'auctoritas en responsabilité. Elle est accomplie dès le début du droit civil au moment même où a été établie la jurisprudence civile.

Cette responsabilité de l'auctor ne résulte pas de la mancipation elle-même.

Dans notre étude de la mancipation, nous avons déterminé d'une façon beaucoup plus précise qu'on ne l'avait fait jusqu'ici la position du mancipio dans dans l'acte per aes et libram. Ce n'est pas lui qui agit. L'action est accomplie par le mancipio accipiens. Mais 1°) il détermine les conditions dans lesquelles cette action s'accomplira. Il dit les leges mancipi; 2°) il autorise l'action. En prononçant la formule que nous avons reconstituée par hypothèse, il lui confère son existence et sa validité "hunc ego

hominem ex jure Quiritium tibi do ut manu capiat". On ne peut donner de définition plus exacte et plus précise que de dire: "Il place l'action qui va être faite sous son autorité". Mais il ne fait aucune promesse. Il ne s'engage à rien.

Lorsque Cicéron écrit de l'auctor nexu se obligavit, il exprime un point de vue à posteriori contraire à la vérité historique. Personne d'ailleurs n'oserait soutenir que l'auctor est un nexus. La structure même de la mancipation écarte l'idée d'une responsabilité résultant directement d'une obligation contractée par le mancipio dans, d'une promesse faite par lui.

Girard avait très exactement vu que de la mancipation proprement-dite, ne naît pas l'obligation de garantie. Il rattache directement cette obligation à l'action auctoritatis. C'est pourquoi et de

commence son erreur, il définit l'auctoritas comme étant non pas l'obligation de garantie, mais la garantie elle-même au moment où elle entre en jeu au moyen de l'actor. Pour expliquer la naissance de l'action auctoritatis indépendante de la mancipation, il imagine une théorie juridique. Il suppose que l'actor, lorsqu'il vendait un bien qui ne lui appartenait pas, était considéré comme commettant un délit. Ce délit faisant naître une action, l'action auctoritatis au moment où la victime du délit, l'acquéreur, était dépouillé par l'éviction. Nous avons dit qu'il avait cherché un fondement analogue à la responsabilité du vindex. Le seul indice du caractère délictuel des deux actions est qu'elles sont toutes deux au double. Mais en réalité, c'est une supposition absolument gratuite à laquelle il faut ajouter la supposition également gratuite que l'action auctoritatis a perdu par la suite ce caractère délictuel. On ne retrouve dans ces soi-disant délits aucun des traits caractéristiques du délit primitif prévu et défini par la loi. La responsabilité du vindex et de l'actor est une création de la loi. Le législateur n'avait pas besoin de justifier sa création en faisant appel à une théorie juridique. Il lui fallait, et il lui suffisait de créer l'action. Les deux termes de la responsabilité de l'actor résultent de l'action de modo agri et de l'action auctoritatis, toutes deux œuvres de la loi des XII Tables au moment même où était créée la juridiction civile.

III. Responsabilité du vendeur.

L'actio de modo agri et l'actio auctoritatis sont, en fait, spécialement prévues par la loi des XII Tables contre l'actor dans la mancipation. La conséquence est que, nous l'avons dit, ce n'est pas la notion d'auctoritas, mais l'obligation de garantie de l'actor qui est spéciale à la mancipation. Dans les autres modes de transfert des biens déjà connus de la loi: héritage, in jure cessio, tradition, nous retrouvons le concept d'auctoritas commun à toutes les aliénations, mais cette auctoritas ne comporte pas en soi garantie. Telle est la situation primitive.

Mais le mouvement juridique qui transforme ptestates et auctoritates en munera ne leur reste pas étranger. Dans ce domaine, la transformation est l'œuvre de la jurisprudence, de la science, et de la pratique. Elle est opérée conformément à la logique et à l'équité. De tous les auctores de qui l'on

tient un droit, il est normal et légitime que ceux-là seuls qui l'ont transféré à prix d'argent soient tenus pour responsables pécuniairement. Dans le droit formaliste de la mancipation, cette distinction s'opère en fait, sinon en droit, par la forme même de l'actio auctoritatis, où la responsabilité est le double du prix de l'aliénation. La pratique de la mancipatio nummo uno permet de corriger la brutalité de la règle. Pour les autres aliénations, la distinction s'opère de ce fait que l'obligation de garantie n'a pas été rattachée directement aux modes d'aliéner, mais à la vente.

Cette histoire de la garantie, Girard l'a magistralement traitée dans la série de ses études historiques sur la formation du système de la Garantie d'éviction en droit romain (*Mélanges*, II, p. 5-212). Nous n'avons pas à reprendre ici la question, Girard a montré comment, sur le modèle de la mancipation et de l'action auctoritatis, l'usage s'est établi d'adjoindre à la vente une stipulation de garantie, stipulatio duplae comme l'action auctoritatis ou stipulatio habere licere au simple. Puis les juriconsultes ont estimé, s'appuyant sur le caractère de bonne foi de la vente, que ces stipulations devaient être faites dans toute vente à cause de la bonne foi. Par l'actio empti, elle pouvait être réclamée: puis si elle n'avait pas été faite au moment de l'action, elle pouvait être considérée comme sous-entendue. Enfin, par un dernier progrès, les juriconsultes rattachent directement à la bonne foi, et par suite à l'actio empti l'obligation de garantie. La suite de cette évolution explique le caractère composite de la garantie dans la vente. A l'époque classique, lorsque le système est constitué, l'acheteur évincé a le choix contre le vendeur entre l'actio auctoritatis s'il y a eu mancipation, l'actio ex stipulatu expresse ou sous-entendue et enfin l'actio empti.

Que tout ce système ait été rattaché expressément par les juriconsultes au concept d'auctoritas, la chose est certaine, bien que l'interprétation moderne n'y ait pas attaché une grande importance et ne l'ait même pas soupçonné. Je n'en veux pour preuve que ce texte décisif des Sentences de Paul que je citerai en entier parce qu'il résume, en un raccourci vigoureux, toute la question: Paul, Sentences 2.17.1.

"Venditor, si ejus rei quam vendiderit dominus non sit, pretio accepto, auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari. 2. Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnatur."

"dus est, quanto si stipulatione pro evictione ca-
 "visset. 3. Res empta, mancipatione et traditione per-
 "fecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo
 "tenus obligatur.- Le vendeur, s'il n'est pas proprié-
 taire de la chose qu'il a vendue, une fois le prix
 reçu, restera assujetti à l'auctoritas. 2. Si les
 choses simplement tradées subissent l'éviction, le
 vendeur devra être condamné envers l'acquéreur à ce
 à quoi il s'est engagé dans la stipulation pour l'é-
 viction: 3. La chose achetée ayant été livrée par la
 mancipation et la tradition, si elle est évincée, le
 vendeur est tenu de l'auctoritas au double.

§ 5 - Usus auctoritas.

En passant en revue les témoignages de la litté-
 rature classique, en examinant les diverses auctori-
 tates qui fonctionnent dans le droit romain, dans le
 droit public et privé, nous sommes arrivés à ce ré-
 sultat que toutes peuvent être réunies sous un con-
 cept commun. Nous y avons reconnu un droit, un pri-
 vilège attaché à la personnalité juridique, le droit
 de confirmer, de rendre valable, le droit d'une au-
 tre personne, l'acte accompli par elle en vertu de
 sa puissance, ex potestas. Nous avons reconnu l'exac-
 titude de cette définition pour l'auctoritas qui fonc-
 tionne dans la mancipation et même d'une façon plus
 générale, pour l'auctoritas qui est le fondement du
 titre de tout acquéreur de tout objet de propriété.
 Nous avons ensuite montré que cette auctoritas dans
 tous les domaines du droit, de faculté gratuite en
 son essence, s'est transformée en une responsabilité
 par une évolution contraire à son principe et diffé-
 rente dans chacun des domaines où elle a exercé son
 empire

Il nous faut maintenant revenir aux textes par
 lesquels a commencé notre étude, les dispositions de
 la loi des XII Tables et de la loi Atinia. Il ne s'a-
 git pas de savoir si ces textes contiennent en eux
 la preuve du sens du mot auctoritas, que nous avons
 dégagé, mais de juger si, avec ce sens, établi par
 ailleurs, ils peuvent être interprétés de façon sa-
 tisfaisante.

La première disposition à examiner, parce qu'elle
 est la plus importante, est celle qui est rapportée
 par Cicéron en deux endroits: Topiques 4.23: "Quoniam
 usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium"
 et Pro Cascina 1.19.54: "lex usum et auctoritatem
 fundi jubet esse biennium".

Nous avons dit que le second texte nous apportait la preuve que *usus auctoritas*, dans le premier texte est pour *usus* et *auctoritas* et qu'il fallait traduire mot à mot l'*usus* et l'*auctoritas* durant deux ans. Dans l'*auctoritas*, il ne peut s'agir du droit de propriété, de celui qui a l'*usus*, car il dure plus de deux ans. Ainsi, nous voilà arrivés à deux résultats négatifs. *Auctoritas* ne signifie ni propriété, ni en soi obligation de garantie. Son sens originnaire, est, semble-t-il, fondement de droit, titre de propriété dans la personne de l'auteur. Que donne ce sens dans cet ensemble *usus auctoritas fundi biennium est*. La règle est invoquée par Cicéron, avons nous dit, dans le *pro Caecina*, 19, 54. Lisons donc ce *pro Caecina*. Nous trouvons un peu plus loin: 26, 73-75, un passage souvent cité en notre matière où de nouveau se trouve le mot *auctoritas*. Et c'est alors que nous pensons faire une découverte vraiment surprenante. Mais Cicéron a pris lui-même la peine de commenter la règle des XII Tables! Seulement, pour s'en apercevoir, il faut rompre avec l'habitude invétérée des commentateurs juridiques de découper en petits morceaux les textes qu'ils invoquent. Les deux dernières phrases du paragraphe qui nous intéressent sont régulièrement invoquées dans notre controverse; mais pas une fois elles ne sont citées ensemble, comme si l'une, au lieu d'être l'explication de l'autre, lui était étrangère. Que ce paragraphe de Cicéron sous couvert de faire l'éloge du droit civil, soit purement et simplement le commentaire de la règle même des XII Tables, c'est ce qui résultera, avec le caractère de l'évidence, de la lecture de son exégèse, à condition qu'on le lise en entier.

Cicéron *pro Caecina*, 26, 73, 75. *Quod enim est jus civile? Quod neque inflecti gratia, neque perfringi potentia neque adulterari pecunia possit: Quod si non modo oppressum sed etiam de sertum aut negligentius adservatum erit, nihil, est quod quisquam sese habere certum aut a patre accepturum aut relictum liberis arbitretur. Quid enim refert aedis aut fudum relictum a patre, aut aliqua ratione habere bene partum si incertum est quae lumina tua jure Mancipi sint, ea possisne retinere, si parietum communium jus civili a publica lege contra alicujus gratiam teneri non potest? Quid inquam prodest fundum habere, si, quae diligentissime descripta a majoribus jura finium, possessionum, aquarum, itinerumque sunt, haec perturbari aliqua ratione commutarique possunt? Mihi credite major hereditas unicuique nostrum venit in lisdem*

bonus a jure et a legibus quam ab iis a quibus illa ipsa bona nobis relicta sunt. Nam ut perveniat ad me fundus testamento alicujus fieri potest, ut retineam quod meum factum sit sine jure civili fieri non potest. Fundus a patre relinqui potest, at usus, fructus et habitatio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus. Aqueductus, haustus, iter, actus a patre sed rata auctoritas, harum rerum omnium ab jure civili sumitur. - Qu'est-ce en effet que le droit civil ? Ce que ne peut fléchir le crédit, ce que ne peut briser la puissance, ce que ne peut altérer la corruption. Non seulement si on le détruit mais même si on s'en écarte, ou si on le suit avec négligence nul ne peut plus compter sur rien de ce qu'il doit recevoir de son père ni laisser à ses enfants. A quoi bon posséder une maison ou un fonds hérité d'un père ou légitimement acquis de quelque autre façon, si vous n'êtes pas sûr de pouvoir conserver les servitudes de lumière qui sont régulièrement à vous de par le droit du mancipium et si le droit des murs mitoyens ne peut être garanti par la loi civile et publique contre le crédit d'un adversaire. A quoi bon, dis-je, posséder une terre si les règles du droit définies avec tant de soin par nos anciens relativement aux limites, aux possessions, aux eaux et aux chemins, peuvent être de quelque manière bouleversées et modifiées. Croyez-moi, une hérédité supérieure vient à chacun de nous sur ses biens du droit et des lois, plutôt que de ceux par qui ces biens eux-mêmes nous ont été laissés. Car pour qu'un fonds me revienne, cela peut être fait par le testament de quelqu'un, mais pour que je conserve ce qui est devenu mien, cela ne peut se produire selon le droit civil. Le fonds peut être laissé par le père, mais l'usufruct du fonds, c'est-à-dire la fin des soucis et des périls des procès n'est pas laissée par le père, mais par la loi. Les servitudes d'aqueduc, de passage, de voie, de chemin sont laissées par le père, mais la confirmation de l'auctoritas de toutes ces choses est tirée du droit civil".

Cicéron dans ce passage fait l'éloge du droit civil. Il attachait par la suite une grande importance à cet éloge. Il dit par la suite dans une de ses lettres, que c'est une des deux choses de ce discours qu'il met au-dessus de tout. Le jus civile qu'il louange c'est, comme il le dit, la lex civilis et publica. Posons un premier jalon parmi ceux qui nous conduiront aux XII Tables. Pour les jurisconsultes,

le jus civile est par excellence la loi des XII Tables et son interpretatio. Elle est la lex, et la mancipatio familiae dit que la déclaration de l'emp-tor est faite pour que la mancipatio puisse avoir lieu secundum legem publicam qui désigne ici la loi des XII Tables.

Cet éloge du droit civil est fait suivant toutes les règles du syllogisme. Nous y trouvons les trois propositions; majeure, mineure et conséquence ou conclusion. La majeure qui pose la thèse, la mineure qui dit l'hypothèse et la conclusion qui donne l'exemple, ou la conséquence. La majeure est la proposition générale. Il faut avant tout obéir au droit civil, car non seulement s'il est violé, mais même s'il est négligé, aucune propriété que l'on tient de son père ou que l'on veut laisser à ses enfants, n'a un fondement sûr; car l'autorité du droit civil est la seule qui ne redoute ni le crédit, ni la puissance, ni la corruption. Entendez par là que le fondement, que la propriété tire de l'autorité de la personne qui la transmet, n'a pas cette certitude, car cette personne est, elle, accessible à l'oppression, à la crainte et à la corruption; donc ce fondement peut être ruiné hors des voies de la justice.

C'est là une vérité générale et de tous les temps. Les auteurs de la Révolution française, les jacobins définissaient la liberté: l'obéissance aux lois; la servitude, la sujétion aux hommes, aux puissants. Ne sentons-nous pas qu'il en est ainsi. Et la tradition romaine est unanime à professer que la loi des XII Tables, en posant des règles légales, a fondé la liberté, la fin de l'oppression des citoyens par la classe dirigeante des patriciens.

Voici maintenant la mineure qui précise le sujet du raisonnement. Ce sont les règles légales qui définissent et qui délimitent les droits dont on jouit sur les biens hérités du père ou acquis d'une autre façon légitime. A quoi bon ces titres si ces règles légales sont méprisées, si elles pourraient être écartées par le crédit d'un adversaire ou modifiées et bouleversées. Examinons de plus près la forme que Cicéron donne à son raisonnement. Il parle du fundus et des aedes. Ne voit-on pas là un rappel caractéristique de la règle des XII Tables et de la façon dont les jurisconsultes et en particulier Cicéron la citent. Ils précisent fundus et aedes, fundus parce que la loi en fait mention (usus auctoritas fundi) et aedes parce que, bien que la loi ne les nomme pas, l'interprétation des jurisconsul-

tes les a fait entrer dans la même catégorie. Nous voici maintenant en face d'un rappel plus précis, non seulement de la loi des XII Tables, mais de notre disposition même.

Quels sont les titres de notre droit sur le fondement et sur les aedes ? Ils sont de deux sortes : 1°) l'acquisition par héritage ; 2°) l'acquisition par mancipation. Cicéron ne nomme pas la mancipation, mais nous la reconnaissons sûrement parce que Cicéron dit dans la phrase suivante que le droit de servitude de lumière qui appartient au propriétaire du fundus, ou plutôt des aedes est à lui par le droit du mancipium, jure mancipi. Nous reconnaissons là les deux sources du jus privatum, hérédité et mancipation qui sont, dit Cicéron dans le discours sur les réponses des haruspices, 7.14, les titres en vertu desquels presque toutes les maisons de Rome sont entre les mains de leurs propriétaires, jure optimo sed tamen jure privato.

Mais la recherche de style avec laquelle Cicéron développe son syllogisme a suscité une nouvelle difficulté d'interprétation. "A quoi bon posséder une maison héritée du père ou légitimement acquise d'une autre façon si vous n'êtes pas sûr de pouvoir conserver les servitudes de lumière qui sont à vous du par le droit du mancipium". Avec cette habitude déplorable de ne retenir du texte que ce qui étroitement les intéresse, les auteurs se sont heurtés à ces servitudes de lumière qui sont à vous d'après le droit, disait-on, de la mancipation. D'où difficulté car les servitudes de lumière, étant des servitudes urbaines, ne sont pas des res mancipi. Une littérature abondante s'efforce de résoudre ce problème, et la solution la moins fréquente n'est pas d'accuser Cicéron d'avoir employé un langage inexact ! Mais lisez toute la phrase et les phrases suivantes, la difficulté s'évanouira et le texte tout entier s'éclaircira. Ce qui est du droit du mancipium, ce n'est pas la servitude de lumière, abstraction faite des aedes, mais c'est le droit du propriétaire sur les aedes, dont une caractéristique est d'avoir la servitude de lumière, la servitude du mur mitoyen, etc.,... Dans son développement syllogistique, par un balancement de la phrase, trois fois Cicéron répète : à quoi bon laisser une maison si le droit civil ne permet pas de la conserver, à quoi bon avoir un fonds si on peut modifier les règles du droit civil sur cette possession. Croyez-moi le fonds est laissé par le père, mais c'est la loi qui permet de le conserver. Seulement, dans le

deuxième terme de ce balancement, au lieu de se répéter platement, Cicéron désigne la seconde fois le droit par quelques-uns de ses attributs les plus caractéristiques pris dans les servitudes, servitude de lumière et de mur mitoyen la première fois, limites, possessions, eaux, passage, la seconde fois, aqueduc, puisage, voie, chemin la troisième fois. Il emploie cette figure de style qui emploie la partie pour désigner le tout et qui s'appelle la litote. Il n'y a pas beaucoup de mérite à ne pas s'y laisser tromper, bien que ce soit ce que l'on fasse d'habitude.

Nous rencontrons encore un troisième faisceau de preuves qui nous ramènent aux XII Tables. Les servitudes, ce sont les majores qui les ont très soigneusement définies. Dans la langue de Cicéron, les majores sont les auteurs de la loi des XII Tables, et en fait c'est bien la loi des XII Tables qui a réglé dans de nombreuses dispositions les droits sur les fonds et les servitudes.

Cicéron en arrive enfin à la troisième partie de son raisonnement, à la conclusion tirée des premières.

Ce sont ces conclusions qui nous intéressent particulièrement, parce qu'elles sont directement fondées sur la règle, *Usus auctoritas biennium est*, de la loi des XII Tables, nous allons le montrer. La thèse est: le *jus privatum* qui provient du père n'est rien sans le *jus publicum* tiré de la loi. L'hypothèse: qu'importe en effet qu'on tienne du père ou d'un aliénateur un fonds ou des aedes si les règles de la propriété définies par la loi sont méprisées, enfin la conclusion: croyez-moi, les biens qui vous viennent de l'hérédité ou du testament vous viennent bien davantage encore du *jus civile*, puisque c'est lui qui vous permet de les conserver. Et il précise ce qu'il veut dire, quelle est l'institution du *jus civile* qu'il a en vue pour dire cela, c'est l'usucapion. Le fonds est laissé par le père, mais l'usucapion qui met fin aux incertitudes et aux procès est fournie par la loi. Il répète encore sous une autre forme la même pensée. Le fonds est laissé par le père, mais la confirmation de son auctoritas, c'est-à-dire du titre laissé par le père, du fondement tiré du père, la confirmation de cette auctoritas est tirée du droit civil à l'aide de l'usucapion.

Je traduis *rata auctoritas* par ratification de l'auctoritas. Je suis la règle bien connue du participe passé énoncée par le grammairien latin qui donne

comme exemple: "Sicilia amissa - la perte de la Sicile". Il me paraît indubitable qu'il s'agit de l'auctoritas du père confirmée par la loi, par la règle de l'usucapion et non, comme le prétend l'opinion commune de l'auctoritas de la loi tirée de l'usucapion. Rata auctoritas, de quelque manière qu'on traduise comme je le fais exactement, ratification de l'auctoritas ou avec moins d'exactitude, auctoritas confirmée, désigne une auctoritas qui existait avant l'usucapion, puisqu'elle est confirmée par elle. Dites, si vous voulez, que l'autorité de la loi vient confirmer l'auctoritas du père, mais ne niez pas, contre l'évidence, que Cicéron parle de l'auctoritas du père. Si vous isolez cette dernière phrase de tous les raisonnements dont elle est la conclusion, vous pouvez en tirer les interprétations les plus contraires. Mais si vous l'interprétez comme il se doit, c'est-à-dire comme la conclusion de tout le syllogisme et comme une répétition sous une autre forme de la phrase précédente, il ne vous reste plus cette liberté qui n'est qu'une licence! Depuis le début, Cicéron ne cesse d'opposer le titre privé tiré de l'auctor, père, testateur, mancipio dans, au titre tiré de la loi fondé sur le jus civile. Dans la phrase finale, à ce titre privé émanant de l'auctor, il donne son nom, l'auctoritas, et il dit qu'il est confirmé par le jus civile et précisément par l'institution du jus civile qu'il vient de nommer, l'usucapio.

Je pense maintenant qu'il est aisé de reconnaître que la condition juridique du fundus et des aedes décrite par Cicéron, est celle qui résulte de notre règle, usus auctoritas fundi biennium est. Tout le long de l'examen du syllogisme de Cicéron, nous avons été ramenés par une série de signes extérieurs à la loi des XII Tables. Le dernier de ces signes, et non le moindre quand il suit tous les autres, est l'emploi du même mot "auctoritas" à propos de la même institution, l'usucapion. Le fonds du droit nous y ramène aussi. Quelle est cette condition juridique du fundus qui dure deux ans et qui est caractérisée par cette asyndète, usus auctoritas ? Il est bien évident que le droit de celui qui a le fonds ne repose pas encore sur l'usucapio, le jus civile ne sera le fondement de son droit qu'au bout de deux ans. Il a l'usus du fonds, c'est-à-dire le pouvoir d'en user et d'en jouir, et même d'en disposer, voilà le premier aspect de son droit. Mais ce droit a une deuxième assise, son pouvoir sur le fon-

dus repose sur l'auctoritas de celui de qui il le tient. Nous avons défini l'auctoritas: le privilège, la faculté accordée à la personnalité juridique de fonder le droit d'une autre personne. Ainsi définie auctoritas fait avec usus une asyndète sans défaut. Nous avons suffisamment marqué les rapports de nature existant entre potestas et auctoritas. Auctoritas n'est pas synonyme, nous l'avons dit, d'obligation de garantie; elle implique la garantie quand l'auctor est un mancipio dans; mais c'est une notion qui déborde largement la mancipation. Nous en avons une preuve nouvelle dans la démonstration de Cicéron car, si elle vise aussi le mancipio dans, les protagonistes autour desquels elle est faite sont le père ou le testateur, et ceux-ci, s'ils sont des auctores, ne sont pas des garants. Peut-être est-ce la raison cachée pour laquelle les partisans de l'auctoritas définie comme garantie ont usé si modestement et de façon si réticente du témoignage de Cicéron, qui nous paraît capital en notre matière. De même que l'usucapion n'est pas une institution réservée aux res mancipi, l'auctoritas est une notion plus large que la mancipation. La loi parlait d'usus auctoritas pour le fundus et pour le délai de deux ans. Nous en avons le témoignage formel. Nous n'avons pas le même témoignage pour les ceterae res et le délai d'un an; en soi, rien pourtant ne paraît s'y opposer.

Cette interprétation donne à l'usucapion une physionomie qui n'est pas celle que lui reconnaissent les jurisconsultes classiques, surtout les auteurs modernes. Pour eux, elle est avant tout un mode d'acquérir la propriété lorsque le mode irrégulier d'acquisition n'a pas permis au droit d'être transféré. Les deux cas d'usucapio du droit romain seraient on le sait, l'acquisition d'une res a non domino ou l'acquisition d'une res mancipi sans mancipatio. Nous ne pouvons étudier cette question, qui est une de celles du droit romain qui mériteraient le plus d'être reprises, en partant du témoignage de Cicéron; car ce témoignage montre, on le voit, que la conception des XII Tables paraît avoir été toute différente.

J'ajouterai pourtant cette remarque. Quelle que soit la conception que les auteurs juridiques se font de l'usucapion, la vie juridique, la vie réelle des affaires en a une qui est bien conforme à celle que nous disons résulter des XII Tables. Dans l'immense majorité des transmissions de biens de la vie réelle, l'usucapio sert très certainement de confirmation à une propriété déjà régulièrement acquise par

un mode valable et acquise du vrai propriétaire. Quiconque a fréquenté les études de notaires, soit comme clerc, soit comme client, sait bien qu'une partie des plus importantes des actes d'acquisition est celle qui est appelée: origines de propriété. On établit par là que la propriété du vendeur ou la propriété des vendeurs, c'est-à-dire des auteurs, s'est transmise régulièrement pendant une période destinée à assurer la prescription la plus longue, c'est-à-dire non plus l'*usucapio* de deux ans, mais la prescription de 30 ans. C'est dire que la règle des XII Tables a toujours la même portée, le délai seul étant changé. La propriété de l'acquéreur repose toujours dans notre droit sur un titre privé, sur l'*auctoritas* du vendeur, et celle-ci est confirmée par cette loi qui met fin aux soucis et aux incertitudes des procès, par la loi de l'*usucapio*.

§ 5 - *Auctoritas aeterna*.

Nous trouvons cette expression dans deux fragments: le premier relatif à la loi des XII Tables, le second à la loi *Atinia*.

I- *Adversus hostem aeterna auctoritas*.

Rappelons le texte de Cicéron: de officiis, I, 12,37; "Hostis enim apud majores nostros is dicebatur quem nunc peregrinus dicimus. Indican XII Tabulis: Aut status dies cum hoste; itemque, adversus hostem aeterna auctoritas.- L'ennemi, pour nos anciens était celui que nous appelons maintenant pérégrin. Ils l'indiquent dans les XII Tables: Ou bien jour pris avec l'ennemi. De même, contre l'ennemi autorité éternelle.

A- Les deux conceptions.

C'est dans ce texte et dans celui de la loi *Atinia* que l'opinion traditionnelle reconnaît avec le plus de clarté et de certitude qu'*auctoritas* est synonyme de propriété. Le pérégrin est appelé *hostis* par la loi des XII Tables ne peut pas profiter de la loi d'*usucapion*. Nous avons dans notre texte la disposition des XII Tables qui le lui défend, non pas par une défense directe, mais en affirmant que le romain conserve éternelle sa propriété contre lui. *Adversus hostem aeterna auctoritas*.

Nous rappellerons le reproche d'arbitraire que nous avons opposé à cette exégèse. On commence par affirmer qu'*auctoritas* est en rapport avec la loi

d'usucapion; on en déduit facilement qu'elle est l'expression de la loi qui défend au pérégrin d'usucaper.

Et pourtant, est-il vraisemblable que la loi des XII Tables ait senti la nécessité d'affirmer que le romain ne pouvait pas perdre sa propriété par l'usucapion d'un pérégrin ? Ce n'est pas la loi qui interdit au pérégrin d'être propriétaire romain par une disposition formelle, c'est sa condition même qui lui rend impossible la participation au jus civile, donc, non seulement à l'usucapion, mais au dominium. Il n'est pas plus capable que l'esclave d'être propriétaire romain. Croit-on vraisemblable que la loi des XII Tables ait pu dire, *adversus servum aeterna auctoritas*, pour protéger la propriété romaine contre le servus ? N'est-ce pas la même chose contre le pérégrin ?

Les auteurs qui voient dans l'*auctoritas* l'obligation de garantie essaient de faire rentrer dans leur conception le texte embarrassant. Ils ne le font pas sans peine. Depuis Mommsen, chacun l'a essayé avec un système différent. Je ne puis entrer dans l'analyse de ces systèmes; j'indiquerai seulement celui de F. de Visser.

Tout d'abord, le terme *auctoritas adversus hostem* montre que l'*auctoritas*, c'est-à-dire l'obligation de garantie doit être invoquée contre l'*hostis*. D'autre part, si l'*auctoritas* doit être invoquée, c'est qu'on ne peut opposer à cet *hostis* l'usucapion. Il faut donc supposer que le propriétaire romain a été dépossédé par le pérégrin avant le délai de prescription accompli. Il ne peut plus usucaper, mais le pérégrin ne le peut pas non plus. Le Romain pourra donc revendiquer, mais ne pouvant prouver l'usucapion il devra appeler son ayant-cause et invoquer son *auctoritas*. Dans ce cas, l'*auctoritas* dure plus de deux ans, elle est indéfinie.

L'hypothèse est simple; elle ne me paraît pas très satisfaisante, car elle suppose des conditions trop exceptionnelles pour avoir motivé une règle qui se présente comme une règle générale. Il faut supposer en effet que le Romain a été dépossédé avant d'avoir accompli le délai d'usucapion, qu'il a été dépossédé par un pérégrin et de façon irrégulière, dans des conditions contraires au jus gentium. C'est une série d'hypothèses très particulières et anormales dans le régime habituel des propriétés.

De plus, cet *hostis* à l'époque des XII Tables est-il déjà ce pérégrin sujet de Rome, dont le nom-

bre s'est tellement multiplié qu'il a fallu créer un droit pour lui à côté du jus civile et dans le droit romain. On a pu lui appliquer la disposition de la loi des XII Tables pour assurer à cette disposition une survie. Il est plus douteux qu'elle ait été créée pour lui, d'autant plus qu'elle est unique de ce genre.

C) Notre explication.

Partons de ce point de départ que cet *hostis* dont parle la loi est le pérégrin qui suo jure citatur, qui a son droit propre; c'est l'opinion de Mommsen. Ce n'est donc pas le sujet de Rome, qui vit à Rome et qui y a déjà des droits. C'est l'étranger qui vit sous la loi de sa cité. A l'époque des XII Tables, c'est le voisin qui est l'étranger, l'ennemi. Il ne jouit d'aucun droit à Rome s'il n'est pas un allié, comme les latins qui participent au jus civile ou s'il ne s'est pas assuré un droit particulier par un traité privé avec un romain dont il est l'hôte ou le client. Cet *hostis*, c'est le Volsque, l'Eque, l'Etrusque, le citoyen de Veies avec qui, périodiquement, tous les printemps, les romains engagent des batailles. L'*hostis* vient razzier les moissons et les troupeaux sur le sol romain; le Romain fait de même, il enlève sur le sol de l'étranger un égal butin.

Sont-ce là les seuls rapports concevables avec l'ennemi ? Non, Périodiquement, on traite avec lui, on conclut des trêves d'une durée plus ou moins longue, et ces trêves sont l'occasion de régler des réclamations à propos de pillage et de butin. On discute de restitutions. Ces règlements sont jugés par des arbitres qui ont été l'origine de l'institution qui fonctionne ensuite dans l'intérieur du droit romain, des jurys de récupérateurs. Et c'est sans doute de l'organisation de ces arbitrages que subsiste ce fragment de règle: "*Status dies cum hoste*, jour pris avec l'ennemi". Il faisait partie du même ensemble que le fragment que nous étudions. Ce n'est pas par hasard que la citation de Cicéron les réunit.

Les événements d'hier peuvent nous fournir une lumière précieuse sur les difficultés de ces règlements, par conséquent sur la nature des dispositions légales destinées à les faciliter. L'invasion de Juin a eu pour conséquence le pillage et l'enlèvement de centaines de milliers de chevaux et de têtes de bétail ravies à leurs propriétaires. Je ne parle pas des millions d'objets mobiliers de toutes sortes qui ont eu le même sort. Après les tourments, l'ef-

fort présent de tous est de récupérer ce qui a été perdu, quand on peut le retrouver. Bien que la récupération de la plus grande partie de ces biens soit impossible, car il n'y a pas de jury de récupérateurs institué par traité avec l'hostis, des milliers d'affaires de cette sorte sont en train de se régler devant les juridictions, justices de paix, tribunaux de lère instance, entre Français qui, pour des causes variées, retrouvent leurs biens entre les mains d'autres Français ou d'étrangers habitant la France. La plus grande difficulté de ces sortes d'affaires, surtout lorsqu'il s'agit de chevaux et de bestiaux n'est pas d'apporter la preuve du droit de propriété, mais de reconnaître son cheval, sa vache, et d'imposer la conviction que cette reconnaissance est justifiée, à l'adversaire et davantage encore au juge. Je sais, par expérience personnelle, qu'il n'y a pas de meilleur moyen d'imposer cette conviction, que le témoignage de son vendeur, s'il est encore possible de l'obtenir. Il n'y a pas d'autorité supérieure à celle du vendeur qui vient dire: "Je connais la bête, c'est celle que j'ai vendue en telles circonstances". N'est-ce pas là le sens le plus simple et le plus satisfaisant de cette règle énigmatique: "Adversus hostem aeterna, auctoritas"? L'auctoritas, dans les circonstances normales, c'est-à-dire le titre tiré du témoignage de l'auteur dure deux ans pour les immeubles, un an pour les ceteras res, parce qu'au bout de ces délais, elle sera remplacée par l'usucapion. Contre l'hostis, l'usucapion ne peut jouer, d'une part, parce que l'usucapion est une pure institution de droit civil, non opposable à l'ennemi, mais d'autre part surtout, parce que l'usucapion est incapable d'apporter le témoignage que l'on demande, l'affirmation de la reconnaissance. Donc sans distinction d'usucapion accomplie ou non accomplie, sur un autre plan, la loi des XII Tables affirme que le témoignage du vendeur pourra être invoqué contre l'hostis, éternellement. La vertu de l'auctoritas est prolongée contre lui sans limitation de délai. Il n'est pas question de garantie. Comment pourrait-elle jouer? Il ne s'agit pas de savoir si le vendeur était bien propriétaire de l'objet qu'il a vendu, mais il faut témoigner que l'objet est bien celui qu'il a vendu. Le maintien de l'auctoritas est un avantage précieux que la loi conserve au romain contre l'hostis et que le droit développé a très bien pu maintenir, dans un autre domaine, au civilis contre le pérégrin. Avantage d'autant plus précieux

que selon toute vraisemblance, la loi accorde à cette auctoritas toute son efficacité primitive; le fait seul qu'elle est fournie vaut preuve. Cette conception devait être du moins la conception romaine autant qu'elle a pu être imposée aux jurys mixtes des récupérateurs, d'ailleurs avec réciprocité dans l'intérieur du droit romain et du jus gentium, elle a pu persister sans difficultés contre les pérégrins. D'autre part, l'auctoritas dans ce sens général, n'est pas restreinte aux res mancipi, elle s'applique à toutes les choses enlevées aux romains par l'hostis sans distinction. Non seulement aux meubles, mais aussi aux immeubles; car nos frontières rigoureusement limitées entre les Etats nous permettent mal de concevoir que des difficultés de cette sorte puissent être soulevées à propos d'immeubles, ratione loci. Mais cette rigueur de délimitations n'était pas celle qui devait séparer les romains de leurs voisins, même, pour ce qui est d'usurpation de terres contestables, le témoignage du vendeur devait être souvent la seule preuve possible. Etant donnée notre conception de l'auctoritas, nous n'avons pas à contreindre la règle à une limitation aux res mancipi, limitation forcément arbitraire, car elle est conçue en termes très généraux, et ne porte aucune preuve de cette spécialisation.

II - Quod subreptum erit, aeterna auctoritas esto. Resté enfin le quatrième de nos textes, celui qui rapporte une disposition de la loi Atinia. Aulu Gelle: "Quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto. Parce qu'un vol aura été commis, l'auctoritas de cette chose sera éternelle". L'explication que nous avons donnée de l'auctoritas aeterna contre l'hostis nous dispense d'insister sur l'auctoritas aeterna contre le voleur, car, à notre avis, la situation est la même. L'opinion traditionnelle qui voit dans cette disposition l'expression de la règle défendant au voleur d'usucaper, règle qui aurait été portée également sous cette forme indirecte: "La propriété subsiste éternellement contre le voleur", se heurte à une difficulté supplémentaire: car la défense d'usucaper comminée contre le voleur est rattachée par des témoignages certains à la loi des XII Tables. Pourquoi cette répétition sans changement dans la loi Atinia? On s'efforce de montrer de façon difficile, obscure et hypothétique que la règle n'est pas une pure répétition. Cette difficulté s'évanouit dans notre interprétation.

La loi Atinia a voulu ménager au citoyen romain

contre le voleur la même faveur que contre l'hostis; elle a entendu conserver éternellement au volé la possibilité de recourir au titre qu'il tient de son auctor. Car la difficulté est la même que dans le cas de l'hostis. Il ne s'agit pas pour le volé de faire contre le voleur la preuve de sa propriété, mais la preuve du vol et de reconnaître l'objet volé. Dans cette difficile reconnaissance, le témoignage de son auctor lui apportera un secours définitif, pour convaincre le voleur et surtout le juge. Cette auctoritas qui est invoquée est bien l'autorité du vendeur, la faculté qu'il a de fournir le titre de son acquéreur, et non pas sa responsabilité. Comment la garantie pourrait-elle jouer ? Ou bien la suite du procès révèle qu'il n'y a pas eu vol, alors il ne s'agit plus d'auctoritas contre le volé, ou bien le procès dévoile le fait matériel du vol, alors il n'y a pas lieu à garantie. La nature de l'affaire exige non pas une garantie, mais une assistance; et vraisemblablement encore, la loi reconnaît à l'auctoritas toute son efficacité primitive. L'intervention de l'auctor en soi en porte la preuve. C'est un avantage très précieux accordé par la loi au volé, en haine du voleur, avantage en tout analogue. Notre interprétation ne restreint plus la règle aux seules res mancipi, puisque auctoritas n'a pas pour nous le sens de garantie; elle s'étend à toutes les choses qui peuvent être volées et, en fait, notre interprétation correspond à la forme générale dans laquelle la règle est formulée.

§ 6 - Auctoritas et manifestation rituelle.

Il nous reste dans ce dernier paragraphe à tracer le dernier trait de l'auctoritas, trait qui lui restituera sa vraie physionomie et qui montrera sa place dans l'économie générale de notre système. On ne saurait exagérer son importance. Nous avons montré que dans le domaine limité de la mancipation elle est beaucoup plus large que l'obligation de garantie. Nous lui avons restitué son caractère général de fondement de l'acte par aes et libram.

Nous lui avons attribué un rôle plus étendu encore en montrant qu'elle n'était pas une notion cantonnée dans la mancipation. Elle s'étend à toutes les acquisitions quel que soit le mode qui a servi à les réaliser. Le droit civil, les textes du Digeste

emploient à propos de toutes les acquisitions les mots *auctor* et *auctoritas*. Nous avons dit qu'ils le font à bon escient et que c'est la même notion que nous rencontrons dans la mancipation et dans tous les autres modes d'acquisition.

Nous avons enfin montré que cette notion était plus générale encore, quelle était la même institution, désignée par les mêmes mots qui jouait dans l'*auctoritas tutoris*, l'*auctoritas patris*, l'*auctoritas populi* et l'*auctoritas patrum*.

Cela ne nous suffit pas encore. Nous allons voir cette notion étendre son empire dans un développement indéfini, soit sous des noms divers, soit sous le même nom, elle est en réalité la base essentielle de tous les actes rituels, aussi bien des actes rituels du droit civil que des actes rituels du droit sacré. Leur structure repose dans toutes ses parties sur l'*auctoritas*. Leur fonctionnement est tout entier placé sur le signe de l'*auctoritas*. La constatation de ce fait est un des éléments des plus importants, peut-être le plus important de notre démonstration. Il est le facteur capital qui apportera la preuve de l'origine commune des actes du droit civil et des actes du droit sacré, la preuve de leur identité primitive.

I - *Auctoritas* et *vindicatio*.

Nous avons dit comment fonctionne l'*auctoritas* dans la mancipation. Le vendeur devient l'*auctor* en vertu des déclarations formelles qu'il fait au début de la mancipation et qui place l'acte qui va être accompli sous son autorité. Il ne contraste aucune obligation, il ne promet rien; il ordonne. S'il devient responsable de l'acte ainsi accompli, ce n'est pas une conséquence directe de son *auctoritas*, c'est parce que la loi des XII Tables lui a imposé cette responsabilité au moyen de l'action *auctoritatis* et de l'action de *modo agri*.

Mais, comme l'indique la forme du mot, l'*auctoritas* n'est pas un acte, c'est un état permanent comme la *potestas*. Il est l'*auctor* durable du droit créé par la mancipation. Si le titulaire du droit créé a besoin d'invoquer son *auctoritas*, il le fera dans une *vindicatio*. C'est dans la *vindicatio* que son *auctoritas* est mise en jeu.

Valerius Probus, dans ses *Notae juris* explique : "In legis actionibus haec Q.I.I.T.C.P.A.F.A. - Quando in iure te conspicio postulo ante fer auctor. - Dans les actions de la loi nous lisons: Puisque je t'aperçois en justice, je demande si tu fais l'*auc-*

tor". Cicéron cite deux fois la formule, du moins sa première partie: *Quando in iure te conspicio*, et il l'appelle *actio in auctorem presente*, - action contre l'auctor présent. La réponse était sans doute, *auctor pro* ou simplement: *auctor*.

Girard suppose que cette question est la sommation adressée par l'acquéreur à son vendeur, quand l'acquéreur est menacé d'éviction et qu'il appelle son vendeur en garantie. Ce n'est pas ainsi qu'on s'adresse à quelqu'un de façon casuelle et dubitative pour le forcer à exécuter une obligation. Non seulement la manière dont la question est posée exclut toute idée d'obligation entre celui qui demande et celui qui répond, mais elle implique qu'ils se sont rencontrés par hasard. L'acquéreur inquiet a amené avec lui en justice son vendeur. Est-il vraisemblable qu'il lui dise: Puisque je t'aperçois ici ? Si la question n'est pas posée par l'acquéreur inquiet, elle ne peut l'être que par l'adversaire qui inquiète ou par le magistrat. On peut concevoir que l'adversaire voyant en face de lui non seulement celui qu'il attaque mais une autre personne, veuille savoir s'il est auctor. Mais un rapprochement nous fait penser au magistrat. Un peu plus tard dans le même procès, le magistrat, avant de décider sur les *vindictae*, sur la possession intérimaire, constitue par une interrogation semblable les *praedes* garants de la restitution éventuelle. Varron L. 1.6, 74: "*Itaque praes qui a magistratu interrogatus in publicum ut praestet, a quo et cum respondet, dicit praes*". Ainsi le *praes* est celui qui, interrogé en public par le magistrat, pour qu'il garantisse alors qu'il lui répond *dicit: praes*". La situation de l'auctor nous paraît présenter une étroite analogie avec celle-ci et par conséquent avoir été provoquée au point de vue de la forme, par l'interrogation du magistrat.

Cette interrogation et la réponse sont une partie de la *legis actio*. L'interrogation est donnée par Valerius Probus immédiatement après la formule de la *vindicatio*. "*Secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindicta*". C'est donc un acte rituel. Comme la *vindicatio*, c'est un acte rituel contenant une affirmation. L'auctor ne s'engage à rien, ne promet rien. Il affirme son état d'auctor. Sans doute, dans l'action de la loi définitivement constituée dans le droit civil, l'auctor comme le vindicant aura à apporter devant le juge la preuve de son affirmation; mais l'administration des preuves est absolument étrangère au mécanisme formel de l'action. C'est que

pour l'auctor comme pour le vindicans l'administration des preuves est un élément adventice et postérieur plaqué sur un rite que dans son état originnaire l'excluait. L'auctor faisait partie de ce droit sacré que la juridiction civile a transformé en jus civile par l'introduction de la preuve.

L'auctor est un personnage de même nature que le vindex et l'adsertor. Ce rapprochement n'est pas nouveau. Il est fait dans la littérature latine. Nous avons dit que l'adsertor a été souvent rapproché du vindex. Il est le vindex libertatis. De même de nombreux textes littéraires de Cicéron et Suétone, surtout de Tite Live disent du vindex qu'il est un auctor, l'auctor libertatis. Cette assimilation correspond très bien à l'étroite similitude et de leur action et de la forme de leur action. Ils accomplissent tous les trois un acte rituel qui vient confirmer ou détruire un autre acte rituel.

De la réunion de ces indices nous tirons une conjecture vraisemblable. Dans le droit sacré, l'efficacité de l'intervention de l'auctor était la même que celle du vindex et de l'adsertor. Il confirmait ou créait le droit. Nous ne nous écartons pas de ce qui est resté le rôle fondamental de l'auctor. Seulement, dans le droit civil, si son rôle s'étend, il ne conserve sa pleine efficacité que dans les cas où il n'y a pas d'opposition, dans les cas où l'auctor coopère à une action qui ne rencontre aucune résistance. Au contraire, dans le droit sacré, l'auctoritas se manifeste quand il s'agit de vaincre cette résistance, et seulement en ce cas, comme le vindex ou l'adsertor. Et je pense que lorsque l'un des auteurs d'une vindication pouvait faire appuyer sa manifestation par celle d'un auctor, il triomphait de l'autre vindicans. Celui-ci, qui avait provoqué l'auctoritas par son interrogation, ou bien ne jugeait plus possible d'accomplir sa vindicatio, ou bien la voyait repoussée par le prêtre qui reconnaissait la volonté divine dans les manifestations rituelles du premier et de son auctor. Il n'était pas nécessaire de provoquer la réponse directe du dieu par voie de sacramentum.

La juridiction civile change cela. Elle crée le système des preuves. C'est dans ce but, avons-nous dit qu'elle crée la mancipation; et nous venons de voir qu'elle appuie cette création sur la preuve suprême, l'ultima ratio de la propriété, l'usucapio. Système simple à la vérité, mais dès le début complet et efficace. Il faudrait pour être complet dire aussi qu'elle a organisé l'in jure cessio et la tradition appuyés

également sur l'usucapio, car l'usucapio s'étend à toutes les res.

Une des conséquences les plus remarquables de la création du système des preuves a été la cristallisation, si j'ose dire, du rôle de l'auctor dans la personne du vendeur, mancipio dans, tradens, in jure cedens. Nous ne savons pas comment le prêtre reconnaissant celui que le dieu marquait pour jouer le rôle d'auctor, de vindex ou d'adsertor. Ils n'étaient pas désignés par un acte juridique antérieur, puisque nous l'avons suffisamment montré, le mécanisme même de la manifestation rituelle excluait tout appel au témoignage d'un acte antérieur. Le prêtre les acceptait sans doute suivant des signes déterminés par des règles de droit sacré que nous ignorons, mais dont nous pouvons peut-être entrevoir l'origine commune avec l'auctoritas de l'augure. La juridiction civile en établissant la conception de cet acte antérieur qui fonde le droit: testament, mancipation, tradition, in jure cessio, précipite en quelque sorte sur l'aliénateur la notion d'auctor. Il n'y a que le mancipio dans sur qui elle fait un second précipité, par l'action auctoritates, la notion de garant. Pour les auctores, la preuve reste à la charge du vindicans.

II - Auctoritas et acte rituel du droit civil et du droit sacré.

Cette étude si longue ne serait pas complète si je n'indiquais pas au moins d'un mot le prolongement qu'elle va comporter dans l'étude du rôle du magistrat dans la vindicatio, dans l'étude du rôle de l'augure dans l'auguratio, dans l'étude du rôle du pontife, dans la dédicace du temple, d'une façon générale dans la structure de tous les actes du droit sacré.

Nous avons montré que la mancipation avait été composée à l'époque de la loi des XII Tables par la réunion du rite de mancipia de la vindicatio emprunté au droit sacré avec un rite de pesée, probablement emprunté à un usage civil de groupe. Le second rite sert de causa, de justification au premier.

Cet acte créateur de droit est accompli par le mancipio accipiens. Il est placé sous l'auctoritas du mancipio dans, avons-nous dit, par un acte formel de celui-ci comportant une formule contenant un do. Hunc ego hominum tibi do ut manu capiatur". Tel le nous a paru être la physionomie complète de la mancipation.

Si la création du droit résultant de la mancipation a besoin d'être confirmée par suite de l'opposition d'un tiers, le mancipio accipiens affirme son droit dans une vindicatio. Le mancipio vient confirmer cette affirmation par son auctoritas: auctor fio. L'action du mancipio accipiens est ainsi encadrée par celle de l'auctor.

Dans l'étude que nous avons faite au début de l'année de la vindicatio, nous avons passé sous silence le rôle du magistrat.

Il est pourtant de première importance. Nous verrons qu'il encadre lui aussi l'action du vindicans. Le magistrat donne l'action, puis, une fois que la vindicatio est accomplie, il en confirme le résultat par son addictio. Il y a un parallélisme absolu qui se manifeste encore dans les textes qui affirment que la procédure est ainsi placée sous l'auctoritas du magistrat.

Nous en concluons que tout au moins pour la mancipation, le modèle qui a été suivi pour déterminer le rôle de l'auctor a été le rôle du magistrat dans la vindicatio. Il y a filiation directe.

Mais nous verrons la même similitude se produire entre la vindicatio et l'auguratio et la dedicatio des temples. Nous verrons que l'action de celui qui accomplit l'acte, le magistrat, est placée sous l'auctoritas de l'augure ou du pontife.

Et nous aurons ainsi dégagé une règle générale de l'acte rituel commune à tout acte rituel du droit civil ou du droit sacré: pourvu qu'il soit du droit ancien. Le mécanisme de l'acte se décompose en deux parties: la partie principale, l'action est accomplie par celui qui est intéressé à l'acte. Mais cette action est autorisée par un second personnage qui rend l'action valable. Cette similitude de forme prouve la similitude d'origine et l'origine est dans le droit sacré; car, finalement, si l'auctor, qu'il soit magistrat, augure ou pontife, par son auctoritas, garantit l'efficacité de l'acte, c'est qu'il apporte la certitude que cet acte est conforme à la volonté divine dont il est l'interprète autorisé.

Chapitre XI

SACRAMENTUM.

Les trois chapitres qu'il nous reste à traiter sont destinés, chacun à leur manière, à donner nos conclusions.

Ils apportent la preuve que les actes rituels dont nous avons essayé de montrer le mécanisme à travers les formes que nous connaissons des actions de la loi, étaient des actes religieux, des actes du droit sacré. Ils éclaireront toutes nos analyses en montrant quel était le but de ces actes rituels et comment ce but était atteint. J'avais espéré au début de l'année vous apporter une conclusion définitive basée sur une étude minutieuse et complète des sacrifices, des augures, du serment, du droit sacré en général. Des besognes multiples tout le long de l'année m'ont empêché de mener jusqu'à son point final cette enquête. D'autre part, le temps nous presse; il ne nous reste plus que quatre leçons. De sorte que cette année encore, je suis contraint de ne vous présenter qu'une synthèse provisoire et écourtée.

Le premier de ces trois chapitres sera consacré à l'étude du sacramentum. C'est la partie finale de la procédure de revendication qui a donné son nom à l'action de la loi tout entière.

Que le sacramentum ait été originairement un acte religieux, c'est une affirmation que professe l'unanimité des auteurs. Reste à déterminer le sens de cette affirmation et la portée qu'on doit lui attribuer.

§ I - Sacramentum - serment.

Dans l'examen que nous avons fait du passage fondamental de Gaius, IV.16, nous avons vu que les *vindictae* ont été écartées par l'intervention du magistrat: "*Mittite ambo hominem*". L'affaire a été transportée sur le terrain judiciaire par l'affirmation que la *vindicta* a créé le droit: "*Jus feci sicut vindictam imposui*". C'est alors que le sacramentum doit interve-

nir. Gaius IV.16: "Deindè qui prior vindicaverat dicebat: QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI QUINGENTA AERIS SACRAMENTO TE PROCOVO; adversarius quoque dicebat: ET EGO TE; scilicet si de re mille aeris plurisve agebatur quingenta, si de minoris, quingenta asses nominabant.- Ensuite celui qui avait fait le premier la vindicatio disait: "Puisque tu as fait la vindicatio à tort, je te provoque au sacramentum de cinq cents as; l'adversaire disait aussi à son tour: Et moi aussi je te provoque; c'est-à-dire qu'on fixait un sacramentum de cinq cents as, s'il s'agissait d'une affaire de mille as ou plus, un sacramentum de cinquante as s'il s'agissait de moins.

Ce sacramentum est le point central, le noeud du procès qui donne son nom à tout l'ensemble. Le rôle du juge se borne en effet, après l'examen de la cause, à déclarer quel est le sacramentum justum et quel est le sacramentum injustum. Le but du sacramentum est donc et a toujours été, aussi bien à l'époque de la juridiction civile qu'à celle des manifestations rituelles, de procurer la décision et de permettre de dire le droit.

Dans la procédure sécularisée des actions de la loi, le sacramentum se présente comme une espèce de pari. Les paris comportent un enjeu de 50 ou de 500 as garanti par les praedes sacramenti. Ils risquent cette somme pour pouvoir prouver leur bon droit et celui qui n'y réussit pas, celui dont le sacramentum est déclaré injustum perd son enjeu qui est versé au trésor public. Les interprètes modernes sont tous d'avis que cet enjeu, ce pari purement laïque n'était pas la physionomie primitive du sacramentum. Le pari n'est que le résidu d'une institution dont le caractère religieux a disparu avec la sécularisation du droit. Mais le caractère religieux primitif du sacramentum est attesté par son nom même. Sacramentum a sacro, dit Varron, Lingua latina 6.150.

Mais en quoi consiste ce caractère religieux ?

L'opinion dominante que seuls quelques auteurs très nouveaux ont tendance à abandonner, suit encore l'hypothèse émise par Danz (Sacralschutz im römischen Rechtsverker. 1857. p. 151-221). Le sacramentum aurait été dans sa nature primitive, un serment prononcé par les parties. C'est en cela qu'il était un acte religieux. Ce serment ou ces serments prononcés par chacune des parties sont soutenus par l'enjeu de 50 ou de 500 as. On suit en cela une explication de Festus au mot sacramentum: "Sacramentum dicitur quod jurisjurandi sacratione interposita factum est.- On appelle sa-

sacramentum ce qui est fait en faisant intervenir la consécration du serment. "Girard expose avec beaucoup de rigueur le mécanisme juridique qui aurait été ainsi appuyé sur le serment. C'est grâce à lui qu'a été créée la compétence du magistrat, du roi. C'est, dit-il, un expédient inventé par l'ingéniosité privée pour forcer le roi en sa qualité de chef religieux à statuer sur les litiges privés sous couleur de réprimer un délit religieux. Car, dans les deux serments contradictoires qui viennent d'être faits, il y en a un nécessairement qui est un faux serment. Le faux serment est une offense à la divinité; le roi, représentant du dieu est obligé de juger cette offense, et voilà pourquoi l'office du juge est de déterminer le sacramentum justum et le sacramentum injustum.

Vous reconnaissez l'explication favorite de Girard et de son temps. Le caractère spécifique de toutes ces procédures primitives serait d'être des simulacres, des fictions, des expédients, des subterfuges juridiques. C'est mal reconnaître leur nature cachée que de leur attribuer dès leur création ce caractère détourné. On voit mal les Romains de l'époque primitive employant le parjure à titre de malice juridique. A la rigueur pourrait-on l'admettre pour le Romain des derniers temps de la République, rendu sceptique par l'abus des rites et rompu aux subtilités juridiques par la nécessité qu'a sentie le magistrat de remplacer le droit formaliste ancien par un droit nouveau, tout en ayant l'air de respecter le droit ancien. Mais au début du droit, quand les rites ont toute leur valeur sacrée, cet abus sacrilège me paraît impossible. De plus, il est inutile. Comme l'a très bien fait remarquer M. Giffard dans ses leçons de procédure civile (p.30, note 3), le magistrat est déjà saisi avant le sacramentum. Quand il a donné l'ordre aux deux parties de lâcher l'objet, le magistrat a mis fin à la vindicta et a pris l'affaire en mains.

§ 2 - Sacramentum, sacrifice.

A la vérité, le nom technique de serment a été de tout temps dans la langue romaine jusjurandum, non sacramentum. Un des principaux arguments de l'interprétation commune est la comparaison établie entre le sacramentum militare et le sacramentum de la procédure

des actions de la loi. Dans ce sacramentum, la partie essentielle est le serment par lequel le soldat se lie à son général et lui promet obéissance et fidélité au moment de l'enrôlement. De sorte qu'il se peut que dans le souvenir des hommes, cette cérémonie ait fini par se concrétiser dans le serment. Mais l'examen des textes permet de se convaincre que le serment proprement dit n'est pas la totalité de cette cérémonie. Le texte le plus important à ce sujet est la description par Tite Live (10.38) du sacramentum des Samnites, emprunté à un rite antique. Le sacramentum est le rituel tout entier comportant des sacrifices et un cérémonial destiné à frapper l'imagination du soldat et quant au serment proprement dit qu'il prêtait au cours de la cérémonie. Tite Live le désigne de son nom technique: "adigebatur jusjurando.- On le faisait s'engager par serment à ne rien révéler de ce qu'il voyait du rituel: "Deinde jurare cogebatur,- ensuite il était forcé de jurer" Et c'est alors les engagements qu'on lui faisait prendre dans des termes tels qu'il était rendu sa- cer, qu'il était dévoué aux dieux s'il ne tenait pas son serment.

Les substantifs en mentum, dit Huschke (Multa, p. 361) indiquaient le moyen extérieur à l'aide duquel l'action s'accomplit. Documentum = ce avec quoi on s'instruit; Vestimentum = ce avec quoi on s'habil- le, alimentum = ce avec quoi on se nourrit. Vouloir voir dans le sacramentum militaire uniquement la consécration du soldat, c'est un point de vue trop étroit qui n'est pas conforme à l'étymologie du mot et qui laisse de côté à tort le reste de la cérémonie, et notamment les sacrifices qui, eux aussi, sont des consécérations, sacrum facere.

Il en est de même du sacramentum procédural. L'opinion qui n'y voit qu'un serment ne tient pas compte des explications de Varron et de Festus qui, au contraire, nous attirent vers le sacrifice. Varron, Lingua Latina, V. 180. "Ea pecunia quae in iudicium venit in litibus sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem", (pontificem) deponabant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assum; qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferabat, victi ad aerarium redibat.- Cette somme d'argent qui vient en jugement dans les procès est appelée sacra- mentum de ce qui est consacré. Le demandeur et le défendeur déposaient auprès du pont (ou plutôt du pon- tife) pour certaines affaires, chacun d'eux 500 as,

pour d'autres affaires un nombre d'as fixé par la loi. Celui qui était vainqueur dans le jugement, retirait son sacramentum de la consécration, le sacramentum du vaincu allait dans le trésor public. Mommsen (Droit public III, 74, note 3) pense qu'il faut lire pontificem au lieu de pontem. Les deux choses reviennent au même, car le pont est le pont Sublicius, qui est sous la garde des pontifes et dont ils ont tiré leur nom, pontifex, faiseur de pont.

Festus confirme l'étymologie (p. 341): "Sacramentum aes significat quod poenae nomine pendetur. Le sacramentum désigne l'argent qui est payé à titre de peine". Il résulte de ces étymologies que ce dans quoi se produit la sacratio, c'est l'aes, c'est la pecunia. L'objet de la sacratio, ce qui devenait sacer dans la phase religieuse de l'action de la loi, c'est l'aes, c'est la pecunia, à qui l'usage donne le nom de sacramentum. C'est dire que le rôle principal, le rôle essentiel dans la cérémonie primitive était joué par la pecunia ou plus exactement par ce dont la pecunia était le substitut, le substratum, ce qu'elle a remplacé.

Allons en effet plus loin dans l'analyse. Le sacramentum, l'aes dans la procédure définitive, n'est pas versé. C'est un enjeu dont le versement n'aura lieu qu'en cas de perte, et est garanti par les praedes sacramenti. Le texte de Varron nous indique que cet état définitif a été précédé d'un autre dans lequel le sacramentum des deux parties était effectivement versé aux pontifes, et devenait sacrum. Le sacramentum du vainqueur était retiré de la consécration, auferebat e sacro. Seul le sacramentum du vaincu restait sacrum. Il était versé au trésor public, à l'aerarium. Il reste sacrum même lorsque la procédure s'est laïcisée. Et il est employé à des sacrifices. Festus nous le dit dans le même texte: consumebatur in rebus divinis. On conçoit que cette sacratio de l'aes du vainqueur provisoire ait paru présenter des inconvénients et qu'elle ait été remplacée pour les deux par un versement différé et garanti par les praedes.

Mais ce n'est pas tout. Cet aes sacrum, cette somme d'argent réellement versée n'est pas encore l'état primitif. Dans l'état primitif, le sacramentum ne consistait pas en une somme d'argent, mais en têtes de bétail, boeufs, moutons. Cicéron, de Republica, II, 35.60: "Gratum etiam illam rem quarto circiter et quinquagesimo post primos consules de multa sacramento Spurius Tarpeius et Aulus Aternius consules comitiis

tulerunt. Annis post ea vigintis ex eo, quod Lucius Papirius, Publius Pinarius, censores, multis discendis vim armentorum a privatis in publicum averterant, levis aestimatio pecudum in multa lege Caili Julii, Publii Papinii consulum constituta est. - Environ cinquante-quatre ans après les premiers consuls (après l'établissement de la République), Spurius Tarpeius et Aulus Aternius consuls, firent une chose agréable au peuple en portant devant les Comices centuriates une loi sur le sacramentum consistant en une amende d'argent. Vingt ans après, parce que Lucius Papirius et Publicius Pinarius censeurs, en prononçant des amendes avaient confisqué au profit de l'Etat un grand nombre de troupeaux des particuliers, une estimation modérée transformant les amendes de têtes de bétail en argent fut établie par la loi de Caius Julius et Publius Papirius consuls.

Cette transformation du sacramentum, de têtes de bétail en une somme d'argent, est donc traditionnellement placée vers 299 de Rome fondée (455 av.J.C.). C'est sensiblement, car ces dates n'ont pas lieu d'être rigoureusement précises, à l'époque des DOUZE Tables, 303/451.

Ce changement est probablement l'indice de la transformation plus grave qui s'est opérée à ce moment-là dans le sacramentum. On voit que la même réforme a été étendue plus tard à toutes les amendes, qui ne furent plus prononcées en têtes de boeufs ou de moutons, un boeuf valant dix moutons, mais en argent, la transformation ayant été faite suivant une estimation modérée.

Nous arrivons donc à cette constatation, c'est qu'avant la loi des XII Tables, ce qui était rendu sacer par le sacramentum, ce n'est pas de l'argent, aes, pecunia, mais des boeufs ou des moutons, et ils le deviennent immédiatement par le sacramentum même. Or, la manière technique de les consacrer sacrum facere, c'est de les sacrifier, Sacrificium vient de sacrum facere. Boeufs et moutons sont les animaux qui sont à Rome le plus généralement offerts aux dieux en sacrifice. Nous sommes donc en quelque sorte menés par la main à la notion de sacrifice.

Rappelons maintenant les résultats auxquels nous sommes parvenus et spécialement par l'analyse de la vindictio. Par sa structure primitive, la manifestation rituelle exclut toute idée de preuves, d'examen rationnel du passé servant à justifier l'affirmation présente. Le sacramentum faisait partie du mécanisme primitif. Dans l'action de la loi de la juridiction

civile, il est le prétexte introduisant l'examen du juge. Ce n'est pas sa nature originaire. Le fait qu'il a donné son nom à toute la procédure est le témoin qu'il en était la partie principale, la péripétie amenant le dénouement. Il fournit la solution. Or, cette péripétie est un sacrifice, un appel, une supplication adressé à la divinité. On peut ranger les sacrifices usités par les Romains en deux grandes catégories: les sacrifices propitiatoires destinés à attirer la protection des dieux sur celui qui, dans un certain but, offre le sacrifice, et les sacrifices expiatoires, destinés à apaiser la colère des dieux et à détourner le châtiment de celui qui sacrifie et de sa famille. Quoi qu'on en ait dit, le fait d'affirmer son droit n'est pas un crime contre les dieux susceptible d'attirer leur colère. Nous rangeons ce sacrifice parmi les sacrifices propitiatoires.

Il est destiné à dénouer une situation inextricable. Nous avons dit que par leurs deux manifestations rituelles, *vindicatio*, contre *vindicatio*, les deux adversaires ont réalisé un droit identique et contradictoire sur le même objet. Nous pensons qu'aucun autre moyen de décider n'a pu en fait être fourni, ni *vindex*, ni *adsertor*, ni *auctor*. Il ne reste plus qu'une seule ressource, s'adresser directement au dieu, sous l'égide de qui est accompli l'acte rituel tout entier, et obtenir de lui qu'il décide. Le sacrifice qu'on lui offre est un sacrifice de consultation.

Il est à Rome des sacrifices de cette sorte qui sont d'un usage universel. Ce sont les sacrifices liés à la prise d'auspices, au droit augural. Toute la vie publique et privée des Romains était subordonnée au droit augural. Les auspices publics dirigeaient tous les actes de cette vie dans la paix et dans la guerre. A Rome, la réunion des comices, les votes des lois, la nomination des magistrats, tout acte d'administration du consul étaient précédés de prises d'auspices. La guerre n'était pas déclarée, la bataille n'était pas engagée, la paix n'était pas conclue sans une prise d'auspices. La vie privée était également subordonnée par les auspices à la volonté divine. Le père de famille ne mariait pas plus ses enfants qu'il ne cultivait son champ sans qu'il se soit assuré par un sacrifice accompagnant une prise d'auspices que la volonté divine approuvait son acte et lui donnait son autoritas.

La réponse divine était donnée suivant la scien-

ce des augures par le vol des oiseaux. Elle est aussi recherchée suivant la science des haruspices dans l'examen des entrailles des victimes du sacrifice. Les Romains ont toujours conservé le souvenir que cette science des haruspices a remplacé assez tardivement l'auguration par le vol des oiseaux. Mais le sacrifice romain a toujours comporté, par l'examen des exta, des viscères et des entrailles la recherche de l'approbation divine. Cette recherche portait le nom de litatio, venant du verbe litare. La litatio était donc l'examen des exta pour savoir si le sacrifice était agréé du dieu à qui on l'offrait. La litatio romaine et augurale était différente de l'haruspice en ce qu'elle était beaucoup moins poussée. Les signes favorables ou défavorables étaient beaucoup plus nombreux et nécessitaient un examen plus approfondi.

Nous devons nous arrêter au seuil de cette conjecture. D'une part, le sacramentum nous conduit au sacrifice qui contenait la décision, qui servait à trancher et qui apportait la réponse divine. Par ailleurs, nous verrons les indices qui nous amènent au droit augural. Or celui-ci comportait aussi des sacrifices. Nous devons nous arrêter là.

§ 3. - Devotio.

Mais à côté du sacrifice, il y avait eu très probablement dans l'acte sacré primitif un serment. Festus au mot sacramentum "sacramentum dicitur quod juris jurande sacratione interposita factum est". Il est appelé sacramentum parce qu'il est accompli, la consécration du serment intervenant". D'où une construction hypothétique d'un assez grand nombre d'auteurs. Le plaideur lui-même s'est consacré, s'est rendu sacer par le serment. Et l'aes du sacramentum est le piaculum, l'expiation par laquelle il se rachète de la consécration. Nous repoussons cette hypothèse. Elle ne tient pas compte du fait que pour les Romains le sacramentum s'était personnifié dans l'aes. "sacramentum aes significat". Ce qui apporte la preuve que dans la mémoire des Romains l'aes sacrum était l'élément essentiel d'un sacramentum. D'autre part, la devotio des plaideurs n'apporte pas la solution divine de la difficulté qui, à notre avis est la recherche essentielle du sacramentum. Enfin la consécration des plaideurs n'a pas laissé de traces dans le droit civil.

Néanmoins il ne faut pas après avoir reproché aux auteurs d'avoir entièrement supprimé le sacrifice et son rôle essentiel, tomber dans le travers contraire qui serait de sacrifier le serment. Nous pensons que le sacramentum du droit sacré n'était ni un acte facile ni en acte indifférent. Il était le moyen dernier employé quand tous les autres rites destinés à dégager la volonté divine, avaient échoué. Il joue un rôle analogue au jusjurandum employé dans la procédure classique quand tout le reste avait échoué et comme moyen désespéré. Il devait donc être dangereux pour celui qui s'y soumettait à tort et qui en devenait injustus. La situation du judicatus est peut-être une survivance de cet état. Car en somme le judicatus qui certes n'est plus sacer dans le droit civil peut comme l'homo sacer, être impunément tué par son créancier et même coupé en morceaux.

Il faudrait, pour éclairer un peu cette question, obscure, étudier le jusjurandum et la sacratio. Nous ne pourrions faire cette étude ici.

Chapitre XII

De Dico addico.

Dans nos études précédentes des actions de la loi, nous avons passé, complètement, sous silence, le rôle du magistrat. Nous avons mené l'étude du sacramentum in rem depuis le début de l'action, la vindictio, jusqu'à son point terminal, le sacramentum sans marquer les interventions constantes du magistrat à tous les détours de la procédure. Et, cependant, ce rôle du magistrat est d'une importance capitale. C'est lui qui donne à l'action de la loi sa véritable physionomie. Mais, toutes les phases de l'intervention du judex dans l'action doivent être réunies dans une étude commune et doivent servir de conclusion à l'ensemble du rite.

Nous n'entrons pas dans cette étude par une porte dérobée, mais par un véritable arc de triomphe qui nous place au centre du problème. Rappelons ce que nous avons dit au début de ce cours. Lorsque les Romains veulent définir, dans son acception la plus large et la plus haute, le pouvoir du magistrat dans la cité, ils disent qu'il a l'imperium auspicium-

que ou *auspicium imperiumque*. L'*imperium* est le pouvoir général de commander, de donner des ordres. Il repose sur l'*auspicium*. Il tire sa force de ce que, seul dans l'Etat, le magistrat a le droit de capter les auspices publics, de capere *auspicia publica*, il demande au dieu de la cité Jupiter *optimus maximus* de manifester sa volonté et de marquer s'il approuve les actes qu'il compte accomplir comme magistrat, en vertu de son *imperium*. On peut dire avec une rigoureuse exactitude que son *imperium* est fondé sur l'*auctoritas* divine. Or, la *jurisdictio* n'est qu'un rameau détaché de l'*imperium* qui a été transmis du consul au préteur lorsqu'on a dédoublé les magistratures. Il faut dire aussi que le préteur a, également, participé à l'*imperium* du consul qui a seulement abandonné la *jurisdictio*.

Nous rappellerons encore, une deuxième constatation faite, elle aussi, au début de l'année. L'exercice de cette juridiction est qualifié d'un mot qui marque d'une manière indubitable, son origine sacrée. Elle est l'expression de ce qui est permis par les dieux, du *fas*, qui s'oppose à ce qui est interdit par eux, le *nefas*. Les jours judiciaires sont appelés jours *fastes* par le calendrier, les termes qui expriment l'action du préteur dans les actions de la loi *do dico addico* sont rangés dans le *fas*, car ils sont qualifiés par le verbe *fari*. Je citerai le témoignage de Varron : 6, 29, 30 : "*Dies fasti in quo praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari... dies nefasti per quos nefas praetorem fari do dico addico. Ita que non potest agi. Necesse est aliquo uti verbo cum lege quod peragitur.*" - Jours *fastes*, ceux dans lesquels il est permis aux préteurs de dire au nom des dieux tous les mots sans avoir à offrir d'offrande expiatoire... Jours *néfastes*, ceux dans lesquels il est défendu, par les dieux, aux préteurs de parler, en leur nom, en disant je donne, je dis, je fais l'*addictio*. Aussi, il ne peut agir ; il est nécessaire de se servir de quelques-uns de ces mots lorsqu'une action de la loi est accomplie". Ces deux constatations sont les colonnes de lumière qui illuminent la voie dans laquelle nous allons nous engager.

§ I - Dare actionem.

Les débuts de la procédure in jure, sont mal connus, faute de documents. Ils n'ont pas été étudiés par les auteurs modernes. Un article de la revue de Savigny de 1937 de Düll, contient, cependant, quelques renseignements intéressants, page 76 et suivantes. *Eröffnungsakt in jure und die tria verba praetoris.* - L'acte d'Ouverture de la Procédure in jure et les trois Mots du Préteur.

L'ensemble du rite auquel participe le préteur est qualifié par les textes de *solemnia*. C'est un mot de la langue religieuse qui désigne, disent Ernout et Meillet, les cérémonies, les rites, les coutumes solennellement suivies et célébrées à des dates fixes. Le plaideur doit, d'abord, révéler les insignes du magistrat. Dig. 3. I. I. 5. *caecum*, .. *praetor repellat videlicet quod insignia magistratus videre et revere non posset.* - Le préteur n'admet pas l'aveugle qui ne peut voir et révéler les insignes du magistrat". Plutarque, Questions Romaines 2, nous apprend que trois torches de cire brûlent devant lui. On ne doit pas enfin rien modifier des cérémonies. Dig. 50. 17. 183 : "*Nihil facile mutandum est solemnibus*".

Mais lorsque les demandes des plaideurs lui ont été exposées, le préteur a une décision à prendre. Il décide s'il veut accorder ou refuser l'action. *Dare actionem* ou *denegare actionem* sont les techniques qui qualifient cette décision. Un élément très important de la doctrine de Girard sur les actions de la loi était l'opinion que ce pouvoir de donner ou de refuser l'action n'avait été donné au préteur que par la procédure formulaire. Dans l'action de la loi, le préteur n'était qu'une sorte d'enregistreur automatique de l'action des parties et devait y coopérer sans avoir de décision à prendre. Cette opinion qui a pesé longtemps comme un poids mort sur les études romanistiques, venait de sa conception matérialiste de ces actions et de l'hypothèse de la justice privée. Les plaideurs étaient les acteurs principaux parce que, sous les formes nouvelles, persistait cette idée qu'ils se faisaient justice à eux-mêmes par leur propre action ; le préteur n'était qu'une espèce de surveillant de l'emploi rigoureux des formes. Déjà, du temps de Girard,

Lenel et Mitteis s'étaient élevés contre le caractère excessif de cette conception et personne, heureusement, ne la soutiendrait plus aujourd'hui.

Dare ou denegare actionem sont des actes de juridiction. Les auteurs sont d'avis que ces actes comportaient une déclaration formelle avec des verba certa émanant de la bouche du préteur. Le préteur rendait un décret. Nous avons retrouvé la mention expresse, et de la chose, et du nom, dans le procès de Virginie quand Appius Claudius autorise son affranchi à faire sa vindictio. On appelle décret du préteur, dit Gaius, Inst. IV 140, lorsqu'il ordonne qu'une chose soit faite. Dare et denegare sont deux termes techniques absolument constants et qui sont répétés des centaines de fois dans les textes du Digeste. Les verba certa du préteur devaient donc comporter cette formule, hunc actionem tibi do.

Dare actionem est synonyme d'agere permittere comme le dit Gaius, 4, 179 : "Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet : sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. Qua ratione, si iurjurandum de calumnia exactum fuerit, que admodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium dare non debet." Toutes les fois que, pour certaines causes, on peut agir pour une action contraire, l'action de calomnie peut avoir lieu ; mais il n'est pas permis d'agir par l'une ou l'autre de ces actions. Pour cette raison, si le serment de calomnie a été écarté de même que l'action de calomnie n'est pas admise, de même l'action contraire ne doit pas être donnée.

Cette autorisation de plaider par laquelle débute l'action, la place tout entière sous l'autorité du magistrat. C'est cette auctoritas qui rend efficace l'acte rituel qui, sans cela, serait une formalité vaine. Nous avons appelé l'attention sur les rapports qui existent à notre avis entre la mancipatio et la vindictio. Nous avons montré que la formule principale de la mancipation et le geste qui l'accompagne, rem tenens, avaient été empruntés à la vindictio. "Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio". L'acte préliminaire du mancipio dans qui comportait un do et qui plaçait l'action sous son auctoritas est aussi à rapprocher du dare actionem du magistrat. La similitude est complète. La structure des deux actions est la même. Et nous ne sommes plus gênés par cette réserve que l'auctoritas du mancipio dans engageait sa garantie tandis que celle du magistrat reste sans responsabilité.

§ 2 - Do dico addico.

Par son autorisation, le prêteur ouvre l'action. Il en surveille et il en dirige le fonctionnement. Puis, une fois qu'elle est accomplie, il en consacre le résultat. On voit à quel point elle est tout entière placée sous son auctoritas. Celle-ci s'exprime par les tria verba do dico addico.

I - Addictio.- Un premier aspect de cette consécration a reçu le nom d'addictio dans le droit civil. Nous voyons fonctionner cette addictio 1°), dans l'in jure cessio, l'adoptio et la manumissio, 2°) Au milieu de la manus injectio.

A - Lorsque la vindicatio du vindicans ne rencontre aucune opposition, le prêteur en proclame le résultat en attribuant la res vindicata à celui qui en a fait la revendication. Gaius décrit le mécanisme de l'acte à propos de l'in jure cessio avec toute la clarté et la précision désirables : "Is cui res in jure ceditur rem teness ita dicit : "Hunc ego hominem in jure Quiritium meum esse aio ; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet : qui negante aut tacente tunc si qui vindicaverit, eam rem addicoit : idque legis actio vocatur.- Celui à qui la chose est cédée en justice tenant la chose parle ainsi : "Moi, je dis que cet homme est mien d'après le droit des Quirites. Ensuite, après qu'il a fait la vindicatio, le prêteur demande à celui qui cède s'il fait la contravindicatio : celui-ci niant ou se taisant alors, le prêteur fait l'addictio de la chose à celui qui a revendiqué et cela s'appelle action de la loi". L'affranchissement, la manumissio, est aussi l'utilisation de la vindicatio, celle dont les paroles délivrent. Elle est suivie d'une addictio. La fin du texte de Varron sur les tria verba le prouve. 6.-30. "Quod si tum imprudens id verbum emisit ac quem manumisit, ille nihilo minus est liber, si vitio.- Que, si le prêteur emploie ce mot par mégarde, celui qu'il affranchit, n'en est pas moins libre, mais irrégulièrement". L'adoptio est, également, une utilisation, celle-là, massive, de nos procédures. Par trois mancipations suivies de deux affranchissements, on libère le futur adopté de la puissance paternelle. Par une troisième vindicatio, où le père adoptif affirme que l'adopté

est son fils, l'adoption est effectuée. Gaius I.1342 *filius addicitur*. "Bien qu'aucun texte ne nous dise plus que la *vindicatio* du *vindex* était consacrée par une *addictio*, il faut, je crois, accuser de ce silence, la pénurie de nos sources et non l'absence de l'*addictio*. Car l'*addictio* était une pièce certaine des autres *vindicationes* qui délivrent, on ne voit pas pourquoi, elle manquerait ici.

Nous sommes dispensés d'insister sur le mécanisme de cette action. Aucun de ces actes ne nous est apparu comme une fiction de procès. Nous y avons vu le jeu normal de la *vindicatio*. Nous avons suffisamment mis en relief le pouvoir créateur des actes rituels. Aucune opposition rituelle efficace ne s'étant produite contre la *vindicatio*, le prêteur constate qu'elle a créé le droit, *jus fecit*. Et, par son *addictio*, en approuve le fonctionnement. On remarquera qu'il ne faut pas traduire *addicere* par attribuer, adjuger. C'est un sens restreint et limité, car l'*addictio* est faite même des *vindicationes* qui délivrent et l'homme rendu libre n'est attribué à personne.

B - L'*addictio* dans la *manus injectio*.

On sait que le *judicatus* ramené devant le magistrat au bout de trente jours par la *manus injectio judicati* est *addictus* par le magistrat à son créancier, s'il n'est pas délivré par un *vindex*. L'existence de cette *addictio* est attestée par les nombreux textes littéraires qui appellent les prisonniers pour dettes, *judicati* ou *addicti* et par le commentaire de la Loi des XII Tables du juriconsulte *Caecilius Africanus* rapporté par *Aulus Gelle* XX.1.44. *Post deinde nisi dissolverant ad praetorem vocabantur et ab eo quibus erant judicati addicebantur*. Ensuite, à moins qu'ils n'aient payé, ils étaient appelés devant le prêteur et par celui-ci étaient attribués à celui en faveur de qui ils avaient été jugés". Ici, se présente une difficulté qui n'a pas été résolue par la critique moderne. Ni la loi des XII Tables rapportant les règles de la *manus injectio judicis* (III, 1-4) ni la *lex Coloniae Genetivae Juliae* dans ses dispositions sur la même action (*Girard, Textes*, 6^e ed.p.91) ni *Gaius* dans son commentaire de l'action ne disent mot de l'*addictio*. *Gaius* IV.21, in fine *Qui vindicem non debet domum ducatur ab actore et vinciebatur*. - Celui qui ne donnait pas de *vindex* était conduit dans sa maison par le créancier et était enchaîné". Quelques auteurs pensent que l'*addictio* du *judicatus*

n'existait pas encore à l'époque des XII Tables et est une création postérieure. Mais elle existait certainement à l'époque de la *lex Genetiva Julia* et personne n'explique pourquoi, ni les XII Tables, ni la *lex Julia*, ni Gaius ne parlent d'*addictio* à propos du *sacramentum*.

La mise au point que nous avons faite du *sacramentum* nous fournit une solution facile et satisfaisante de la difficulté. Nous avons dit que la *manus injectio* était seulement une procédure d'exécution. C'est un acte rituel qui exerce une contrainte irrésistible mais ne modifie pas le droit antérieur. Il donne seulement le droit de *ducere*. Son affirmation a été conçue de telle sorte qu'elle ne peut être ni confirmée ni infirmée. Quelle confirmation comporterait la déclaration : "Je mets la main sur toi ?

Mais celui qui est conduit est un *judicatus*. Son *sacramentum* a été déclaré *injustum* par le juge et par suite sa déclaration solennelle a été reconnue fausse, tandis que la déclaration du demandeur a été vérifiée et son *sacramentum* reconnu *justum*. Le *judex* n'est qu'un simple citoyen sans caractère sacré, sans pouvoir. Le *judicatus* est traîné devant le magistrat pour qu'il mette le socle de son autorité, non pas sur la *manus injectio* mais sur le *judicatum* du juge. C'est ce *judicatum* qui est approuvé et, en définitive, c'est l'effet de l'action qui est confirmé au point de vue formel. Cette *addictio* n'est pas de nature différente de celle qui a terminé l'*in jure cessio* et la *manumissio* ou la *vindicatio* du *vindex*. Elle clôt la manifestation rituelle et par l'approbation du magistrat qu'elle contient, elle consacre le droit.

C.- Formule de l'*addictio*.

L'*addictio* du prêteur était un acte formel faisant partie des solennités de l'action. Parmi les *verba concepta* figurait très certainement le verbe *addico*. Cela va sans dire. Était-il seul ? Deux témoignages de Sénèque trouvés par DÜLL (*Zeit. der Sav.Stft.* 57, 1937. p. 81) montre, au contraire, qu'il était précédé de deux autres et que le prêteur prononçait les *tria verba* ensemble. Le premier se rapporte à l'affranchissement. Sénèque, *A pocoloquintose*, II "Tria verba cito dicat et servum me ducat. - Qu'il dise au plus tôt les trois mots et qu'il me conduise son esclave" L'autre témoignage est pour l'action contentieuse, pour la procédure formulaire il est vrai : Sénèque, *De la Tranquillité de l'âme* 3 : *An ille pāns praestat*

qui inter peregrinos et cives aut urbanus praeeuntibus assessoribus tria verba pronuntiat quam qui docet quid sit justitia - Est-ce que celui qui entre prégrins et citoyens ou comme préteur urbain, en présence de ses assesseurs, prononce les trois mots, fait davantage que celui qui enseigne ce qui est la justice".

Comme le dit Düll, cela montre que lorsque le mot *addicere* devait être prononcé, il ne l'était pas seul, et la formule était : "*hunc ego hominem tibi do dico addico*".

II - Dare judicem

Lorsque l'action était devenue contentieuse par l'opposition de plusieurs vindicationes et que les sacramenta liaient le procès, le magistrat nommait un *judex* pour départager les prétentions. Cette nomination du juge était, elle aussi, un acte de juridiction, un acte formel. Parmi les tria verba, nous avons des témoignages que le mot *do* était employé par le préteur : Valerius Probus nous donne une formule d'action de la loi : "*Te praetor judicem arbitrumve postulo uti des. - Toi, préteur, je demande que tu me donnes un juge ou un arbitre*".

Le nouveau Gaius, le papyrus du Caire, 4,17 a confirmé qu'il s'agit de la formule de la *judicis postulatio*. Mais un assez grand nombre de textes montrent que le terme technique de la nomination du juge était aussi *addicere*, - par exemple, plusieurs lois dont la loi *Mamilia Rascia* (Bruns, Fontes, p. 96 - : "*Ejus magistratus de ea re jurisdictio judicis datio addictio esto* - que la juridiction de ce magistrat soit à ce sujet la datio et l'addictio d'un juge". De même, le Digeste 5.1.48 : "*quia recte ab initio judex addictio esto* - Parce que régulièrement dès le début le *judex* a été *addictus*". Nous ne rencontrons pas, au contraire, l'expression *dice-re judicem*. Elle était pourtant employée pour la nomination d'un magistrat. Farron, *Lingua Latina* 5,82 : "*Dictator quod a consule dicebatur*. Le nom du dictateur vient de ce qu'il était dit par le con-

sul". Etant donné l'emploi certain de dare et d'addicere, nous pouvons conjecturer avec vraisemblance l'emploi du mot dicere et nous concluons que la formule de nomination du juge par le magistrat contenait, comme l'addictio, le tria verba : "hunc ego iudicem tibi do dico addico".

Du côté du plaideur, l'expression technique est capere iudicem.

III - Dicere vindicias.

Lorsque les deux vindicationes disant la même chose et d'une égale efficacité s'opposent, les sacramenta sont rendus nécessaires. Ils entraînent la nomination d'un juge. Dès lors, la conclusion définitive de l'affaire in jure est rendue impossible. Nous voyons néanmoins que le prêteur intervient pour donner à l'action in jure son habituelle conclusion. Le terme technique ici employé est dicere vindicias ou dare vindicias.

Nous retrouvons l'un des mots du groupe que nous avons étudié au début de l'année et qui caractérise, avons-nous dit, la partie la plus ancienne des actions de la loi : Vindicere, vindicta, vindiciae, vindex, vindicare, vindicatio. Vindicias est le seul de ces mots dont nous n'avons pas encore éclairé la signification bien que le procès de Virginie nous l'ait fait rencontrer dans la formule dicere vindicias secundum libertatem ou secundum servitutem.

Qu'est-ce que les vindiciae et que représente cette appellation ? Dans une définition que nous donne Aulus Gelle du mot au singulier, vindicia est confondu avec vindicatio : "Cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est vindicia. - Prendre la chose avec la main en même temps que l'adversaire et sur cette chose faire la vindicatio avec les paroles solennelles c'est la vindicia". Il se peut qu'il y ait là une confusion, d'ailleurs assez facile. Car, dans l'ensemble des autres définitions, vindiciae au pluriel désigne les choses sur lesquelles se font la vindicatio. Festus 574 : Vindiciae appellantur res eas de quibus controversio est. - On appelle vindiciae les choses au sujet desquelles il y a contestation". Festus donne une autre définition qui ne contredit pas celle-ci mais qui mar-

que au contraire un rapport plus étroit entre cette appellation des res et l'acte qui est fait sur elles. la vindicatio : Festus, 45. vindiciae olim dicebantur illae quae ex fundo sumptu in jus adlatae sunt. - On appelait autrefois vindiciae les choses qui étaient apportées in jus, étant prises sur le fonds. - Nous ne discuterons pas la difficulté supplémentaire qui résulte de la définition de Gaius, 4; 16 : "Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, cumque jubeat praedes litis et vindiciarum, id est rei et fructuum. - Ensuite le préteur disait les vindiciae suivant l'un ou l'autre des adversaires et ordonnait à celui-là de fournir des praedes du litige et des vindiciae". Si l'on veut attribuer à Gaius la volonté de séparer là les choses comme étant le capital et les vindiciae comme étant les fruits, on lui attribue une erreur.

On voit que les auteurs latins de l'Empire n'avaient plus une notion très nette et très précise des vindiciae. Il est vrai qu'il n'avaient pas davantage la connaissance exacte du sens originaire ni de vindicare ni de vindicta, et la vindicatio avait singulièrement changé de signification. Malgré leurs hésitations, ils n'ont pas perdu le souvenir du rapport étroit entre la vindicatio et les vindiciae considérées comme étant les res sur lesquelles a été faite la vindicatio. La façon dont nous avons déterminé le sens originaire des autres mots de la série dicte notre définition. Vindicere est faire un acte rituel créateur de droit. Nous avons fait remarquer que le mot droit est employé ici dans un sens abusif, faute d'un autre plus exact, car la notion qu'il représente ne date que de la juridiction civile; mais nous continuerons à nous en servir sous cette réserve, vindicta exprime le résultat de la vindicatio, son effet, c'est-à-dire le droit imposé à l'adversaire. Enfin les vindiciae caractérisent la res une fois qu'elle a été l'objet de la vindicatio et que cette vindicatio a produit son effet. Ce sont les choses en tant qu'elles sont devenues l'objet de la vindicta, l'objet d'un autre de même formation : Mancipium, Mancipia. Les Mancipia sont les choses en tant qu'elles ont été soumises à une mancipation et qu'elles sont devenues par là l'objet du droit de Mancipium. Mais le caractère de droit du Mancipium est une notion incomparablement plus rigoureuse, car, en définitive, dans la juridiction civile où il est seulement exact de parler de droit, la vindicatio en tant qu'acte créateur de

droit n'est plus qu'une survivance et les vindiciae une condition temporaire de la chose litigieuse.

On exprime actuellement cette condition conformément à l'état réel des choses, en disant que dicere vindicias signifie attribuer provisoirement la possession de la chose litigieuse en attendant le jugement. Nous rencontrons encore dans les textes dare vindicias. Tite-Live emploie l'une ou l'autre expression, Arnobe et Asconius disent dare vindicias. Il n'y a pas de bonnes raisons pour dire que l'une des expressions soit plus technique que l'autre. Nous ne trouvons pas addicere vindicias. Mais si l'on remarque qu'au fond, l'attribution de la possession provisoire n'en est pas moins une attribution, c'est-à-dire une addictio, il faut ici encore en accuser le hasard et la pénurie de nos sources plutôt qu'une volonté de ne pas employer une expression non convenable. Nous dirons donc à titre de conjecture vraisemblable que la formule primitive devait être aussi : do dico addico".

Car, si nous examinons les choses non pas au point de vue de la revendication du droit classique et de ses règles de fond, mais en leur qualité de manifestations rituelles, nous constatons que l'acte rituel se termine toujours de la même manière. De même que l'action n'a pu commencer sans être ouverte par l'autorisation du prêteur, elle ne peut s'achever sans son approbation, sans qu'il ait confirmé le résultat qu'elle a obtenu. Cette confirmation lui est donnée sous la forme rituelle des tria verba. Au point de vue du rite, il n'y a pas de différence entre l'addictio qui était définitive, parce que la vindicatio n'a pas été contredite, et celle qui n'est que provisoire parce que le sacramentum doit être jugé par le juge. La différence s'est manifestée seulement dans l'ordre de la juridiction civile à cause de la transformation du sacramentum en prétexte à juger. Quand il fournissait la décision, comme nous l'avons dit, en exprimant la volonté divine, Dicere vindicias était vraiment la conclusion définitive du rite, le point final posé par le magistrat ou mieux, le prêtre. Et l'addictio était également dicere vindicias, c'est-à-dire la reconnaissance de l'effet produit par l'action dans l'objet de la vindicatio.

§ 3 - Fari et auctoritas.

Les résultats que nous avons atteints nous permettent de déterminer de façon beaucoup plus satisfaisante qu'on ne l'avait fait jusqu'ici le sens de chacun des trois verba *do*, *dico*, *addico*. Dans l'expression *dare actionem*, le mot *do* paraît avoir été employé seul. En l'absence de tout autre témoignage, étant donné que l'expression s'est transmise et a subsisté à travers toute la littérature juridique, il serait téméraire d'affirmer le contraire. Nous avons vu les raisons, preuves formelles mêlées de conjectures, montrant que pour ce qui est de la conclusion de l'action, elle résultait d'une formule rituelle qui mettait dans la bouche du prêteur les trois mots accolés "*do dico, addico*". Ces répétitions sont fréquentes dans les formules juridiques. *Do lego*, dit la formule du legs par vindicationem (Gaius 2.198) *Ita do, ita lego, ita testor* (Gaius 2.104) dit la nuncupatio du testament *per aes et libram*. On pourrait en citer d'autres. Mais dans le droit sacré, elles sont une règle pour ainsi dire générale et absolue. Or, est-il nécessaire au point où nous en sommes d'ajouter à la preuve apportée par le mot *fari* appliqué au prononcé de cette formule, les autres développements que nous avons faits sur ce thème, tendant à montrer que cette formule est née dans le droit sacré ? Nous nous contenterons de choisir parmi les formules du droit sacré celle qui est employée lors de la dédicace d'un temple ou d'un autel, parce qu'elle est avec la nôtre dans un saisissant rapport. Le magistrat dit, pour dédier un autel à Jupiter, à Salona d'après une inscription (C.I.L. III 1933) : "*Hanc tibi aram Jupiter optime maxime, do dico, dedicoque*".

La littérature moderne s'efforce avec un très médiocre succès, de distinguer les cas où auraient été employés séparément chacun de ces verbes. Il est beaucoup plus utile et plus profitable de rechercher le sens de chacun dans l'ensemble dont ils font partie et de déterminer la signification générale de cette formule. Les auteurs sont parvenus à définir de façon nette le sens de *dare*. Ils ont été moins heureux pour *dicere* et *addicere* et ils sont

au fond incapables d'en indiquer la différence et la raison pour laquelle d'après leur système, on aurait employé l'un plutôt que l'autre dans un cas déterminé.

A vrai dire, la formule étant née dans le droit sacré, sa signification originale doit être recherchée dans le droit sacré. C'est là seulement qu'elle prend toute sa valeur. Continué par tradition dans le droit civil, elle y perd son relief, avant que les mots changent isolément de signification. C'est donc en fonction du droit sacré que nous allons l'étudier.

Dare dans le droit classique a le sens technique de transférer la propriété. Ce n'est pas sa valeur originale. Le sens primitif a été dégagé par des études relativement récentes, depuis celle de Wlassak *Zeit der Sav. Stift.* XXXI, 1910, p. 206. Gaius, 2.193 nous donne la formule certaine, — ment très ancienne du *legs per vindicationem* : *Titio hominem Stichum do lego*. — Je donne, le lègue, à Titius l'esclave Stichus". Il nous explique ensuite que ce mot est l'équivalent de *sumito* ou de *sibi habeto* ou de *capito* ; qu'il prenne, qu'il s'empare, qu'il saisisse. Ulpien, *Regulae* 24;3, fait la même assimilation : *Per vindicationem his verbis legamus Ro lego, capito, sumito, sibi habeto* — je donne, je lègue, qu'il saisisse, qu'il prenne, qu'il s'empare." Toutes les applications du mot *dare* que nous avons étudiées sont dans une totale concordance. Le *legs per vindicationem* permet de faire une vindication. Il permet de capere par l'acte rituel. Le *mancipio* dans par son *do* permet de capere par la mancipation, *mancipio accipere*. — Le magistrat à son tour permet de capere par son *do*, dans la formule où il donne l'action. Il ratifie, il confirme cette *captio* dans sa formule finale, *do dico, addico*. L'analyse des deux autres verbes va nous apprendre sous quelle autorité, en vertu de quel pouvoir, il a donné cette autorisation, et elle a été consacrée. Dans toutes ces formules, comme le disent Ernout et Meillet, le mot *dare* s'oppose à *capere*.

En se plaçant au point de vue purement juridique, et rationnel, les auteurs modernes ne sont pas arrivés à distinguer *dicare* d'*addicere*. Ce n'est que tout dernièrement qu'un auteur récent, Döll, dans un article de la *Revue de Savigny* de 1937, a eu l'idée de considérer les *tria verba* comme étant réunis en une seule formule unique. Mais il n'a pas tiré parti de cette découverte pour éclairer le sens de ces mots.

Comme ses devanciers, il les a traités comme s'ils étaient indépendants. On s'attache alors aux hasards de la transmission. Nous avons vu que le verbe *addicere* est spécialement employé pour caractériser l'*addictio* du prêteur dans l'*in jure cessio*, l'affranchissement et l'adoption ainsi que dans l'*addictio* du *judicatus*. Il est aussi secondairement employé avec *dare*, pour l'expression *dare judicem*, tandis qu'au contraire, c'est le verbe *dicere* qui est usité avec secondairement, *dare*, pour *dicere vindicias*. Mais il est impossible de déterminer avec quelque précision la différence que le droit civil a pu faire entre *dare* et *addicere rem* ou *dare* et *addicere judicem*, et *dare* et *dicere vindicias*.

Nous considérons que la distinction doit être faite dans l'état originaire de la formule, lorsqu'elle était une formule sacrée. C'est en effet au moment de sa création que chacun de ces verbes avait leur valeur propre dans l'ensemble où ils étaient réunis. C'est pas tradition et à l'état de survivance que la formule a été conservée par le droit civil. Sa signification véritable est dans l'acte rituel du droit sacré. Elle accompagne un acte rituel de mainmise, un acte par lequel l'intéressé adjure par l'intermédiaire, du rite, la puissance divine de reconnaître et de consacrer le droit qu'il a créé. Cette création s'accomplit et par les gestes et par les paroles. Les gestes sont des gestes faits avec l'instrument de la puissance, la main, et ils établissent cette puissance par une saisie, l'acte de *capere*. C'est la face matérielle de l'acte. Mais à côté, et même au-dessus de cet acte physique, il y a un acte spirituel destiné à rendre complète l'emprise sur la chose, à la dominer non seulement dans son corpus, mais aussi dans son élément spirituel, dans son *anima*. Les verba sont les instruments efficaces de cette entreprise. Les peuples primitifs ont toujours considéré qu'il y avait dans les mots et dans le langage qui les prononce une force mystérieuse, une vertu agissante. Prendre la chose avec la main, et en même temps prononcer son nom dans une formule rituelle, c'est s'emparer de la totalité d'une res, corps et âme; elle appartient à qui a valablement agi. *Dicere*, les philologues nous l'attestent, est un mot qui avec ses composés appartient aussi bien à la langue de la religion que du droit. Il

signifie, disent Ernout et Meillet, montrer, faire connaître par la parole, désigner dire. Par ces deux verbes, dare et dicere, le prêteur atteste que l'action est efficacement accomplie et qu'elle est réalisée sur la totalité de la res, aussi bien sur son élément matériel que sur sa nature spirituelle et que lui-même la consacre sur ces deux plans.

X Reste enfin, addicere. Dans la langue du droit civil la valeur sacrée de dicere s'est en quelque sorte diluée dans une signification extrêmement générale et l'efficacité mystérieuse de la parole s'est évanouie. Addicere, au contraire, a évolué mais a conservé un sens très précis. Il désigne techniquement le pouvoir du magistrat d'attribuer, d'adjuger la propriété ou la possession. D'où une discussion éternellement renaissante entre auteurs juridiques sur la question de savoir qui dans l'in jure cessio, l'affranchissement et l'adoption transfère le droit : est-ce la vindicatio de la partie, est-ce l'addictio du magistrat ? Je remarque que la question paraît tranchée pour les vindiciae et aucun auteur moderne ne s'aviserait de croire que la vindicta ainsi reconnue par le prêteur est, elle aussi, un élément de création du droit quel qu'il soit. Notre analyse nous paraît mettre en lumière le véritable caractère de la vindicatio. C'est l'acte rituel tout entier qui est l'acte créateur, et il serait vain de vouloir distinguer entre ses éléments qui sont tous essentiels au même titre. L'autorisation d'agir, l'actio, la confirmation de l'actio par les tria verba sont les trois colonnes de l'acte. Faute de l'une d'elles, il s'écroule, la coopération des trois le rend efficace.

Le sens premier de addicere a été dégagé par Wlassak Zeit .d. Sav. Stift. 28. 1907. p. 91. Il signifie reconnaître, approuver. Festus donne ce sens p. 13 : "Addicere est propiye idem dicere et approbare dicendo. - Addicere est proprement dire la même chose et approuver en disant". Mais la nature de cette approbation s'éclaire d'une manière véritablement merveilleuse si nous examinons l'emploi du mot dans la langue religieuse. Le sens sacré d'addicere est comme un clou d'or qui fixe la notion et affermit définitivement la conviction, si elle était encore hésitante. Addicere est un mot de la langue des augures. Lorsque l'augure examine les oiseaux suivant la méthode qui lui

est fournie par la science des auspices, l'auguration si les oiseaux donnent les signes favorables, on exprime cette approbation à l'aide du verbe addicere "Aves Addicunt". La répétition de cette formule sous des formes variées dans toute la littérature romaine assure son caractère technique. Tite Live, 1.31. 3 "neque mutari neque novum constitui, nisi aves addixissent posse . - On ne peut rien changer, rien constituer de nouveau à moins que les oiseaux n'aient approuvé par leur addictio".

Dans la science augurale, l'addictio des oiseaux est la réponse donnée par le dieu à la demande qui lui a été adressée en même temps que le sacrifice lui a été offert. La réponse du dieu, l'expression de la volonté divine, telle est la signification primitive incluse dans le mot addicere. Ainsi, au début de cette étude sur le rôle du magistrat dans l'action de la loi, le terme général qui qualifie le pouvoir en vertu duquel il agit, imperium auspiciumque, nous a entraînés vers les auspices. En concluant cette étude, nous y sommes impérieusement ramenés par le mot qui exprime par excellence la partie décisive de ce rôle. Ce mot est emprunté à la langue des auspices et éclaire d'un rayon sacré la nature de l'addictio. Non seulement elle est une conclusion, mais elle est la conclusion parce que cette conclusion est conforme à la volonté divine.

J'ai plaisir à signaler ce rapprochement si caractéristique entre l'addictio des oiseaux et l'addictio du prêteur, car c'est en lisant l'étude de Wlassak où ce rapprochement est fait, sans qu'on en tire une conclusion si précise que j'ai pressenti pour la première fois que le jus civile n'était dans son origine qu'un rameau détaché, du droit des augures. Certes, ce rameau est devenu un arbre puissant et indépendant. Mais de multiples racines jusqu'ici cachées l'attachent encore, comme nous venons de le voir, à la souche primitive.

Nous venons de voir comment d'un bout à l'autre de l'action le magistrat la domine. Au début, il l'autorise, à la fin, il la consacre. C'est son approbation qui la rend efficace. Elle est placée sous son auctoritas. La définition que nous avons donnée de l'auctoritas convient très exactement pour rendre compte de la position du magistrat. Or, ce mot lui est appliqué par les textes. Des nombreux textes qui parlent de l'auctoritas praetoris, je

n'en détacherai qu'un : Gaius Ins. IV.139. A propos des interdits, Gaius dit que le préteur interpose son auctoritas pour amener la fin des procès. Auctoritatem suam finiendis controversis interponet. C'est le terme même qui désigne l'intervention de l'auctoritas du tuteur : auctoritatis interpositio.

; Chapitre XIII

NUNCUPARE . NOMEN CAPERE

Le sacrementum, dans les chapitres précédents, nous a apporté une première preuve du caractère sacré primitif des manifestations rituelles, car il nous a paru être le témoin, dans la procédure des actions de la loi, d'un acte sacré plus ancien, d'une consecratio et d'un sacrifice. La découverte de sa véritable nature nous a révélé la signification complète de la manifestation rituelle, le procédé par lequel elle atteignait son but, dire le droit, c'est-à-dire la volonté divine, et montrer la justice.

Nous irons plus loin encore dans ce chapitre. Nous étudierons les termes techniques que qualifie l'action dans les actions de la loi, le lege agere. Nous constaterons alors l'identité des termes et des formes dans les actes du droit sacré. Ce parallèle, non seulement permettra de constater cette identité, mais aura le grand avantage d'éclairer et de préciser les conceptions fondamentales qui servent de structure à nos actions.

Pour ce chapitre, il me faudrait entreprendre des recherches personnelles dans ce domaine nouveau et encore inexploré. Le temps nous manque, aussi

bien pour les leçons que pour les recherches. Ce chapitre ne sera donc qu'un schéma de démonstration, et je tiens à dire que la synthèse que vous y trouverez n'est à mon point de vue, qu'une synthèse provisoire. Elle a besoin, par des études plus approfondies, d'être précisée, assurée, et peut-être aussi lui arrivera-t-il d'être modifiée.

Les rites que nous avons décrits dans le cours de l'année sont composés de gestes et de paroles.

Les paroles sont des verba certa, c'est-à-dire des phrases établies d'avance et qui doivent être prononcées rigoureusement telles qu'elles ont été connues et réglées dans les formulaires. Le terme technique qui qualifie l'acte de les prononcer, est *nuncupare*, *nuncupatio*.

§ 1 - La *nuncupatio* dans la mancipation et dans la vindicatio.

Les hasards de la transmission des textes ne nous donnent de la *nuncupatio* qu'une idée incomplète, il se trouve en fait que dans le droit civil, les textes n'emploient le mot *nuncupatio* que pour mancipation et dans la mancipation, pour les déclarations de l'aliénateur. Gaius, *Institutes* 2.104, Ulpien (*Regulae* 20,9) disent expressément que la déclaration par laquelle le testateur annonce son testament dans le testament par aces et libram après la mancipation *familiae* et appelé *nuncupatio*, la *nuncupatio testamenti*. D'autre part, Cicéron (*de officiis* III,16,65) dit des déclarations de l'aliénateur qui sont faites avant que l'acquéreur ne fasse la mancipation qui sont faites avant que l'acquéreur ne fasse la mancipation et qui déterminent la condition de l'objet qui va être acquis sont appelées *leges Mancipii*. Elles font nous l'avons vu, une partie beaucoup plus essentielle de la mancipation qu'on ne le pense d'habitude. Nous en avons marqué la place prépondérante.

Le fait qu'il n'est parlé expressément de *nuncupatio* que dans ces deux cas, pour le testament et pour les *leges Mancipii*, c'est-à-dire pour les déclarations faites par le testateur et par le vendeur a amené quelques auteurs modernes à restreindre de façon arbitraire la règle, des XII Tables : "*Cum nexum faciet Mancipiumque ute lingua nuncupassit, ita jus esto*". L'explication que Girard avait donnée de cette loi ayant été ruinée, on pense communément qu'elle avait été faite pour valider les *leges Mancipii*. Quelques auteurs en concluent que le mot *nuncupatio* ne s'applique qu'à ces déclarations, par conséquent, qu'aux paroles de l'aliénateur.

Cette limitation est sans fondement. Nous avons montré que la loi avait une portée plus large. Elle valide non seulement les déclarations particulières

du vendeur qu'on appelle *leges Mancipii*, mais les deux déclarations principales de la mancipation, celle du vendeur qui donne, celle de l'acquéreur qui prend. Toutes ces déclarations sont des *nuncupationes*.

Mais nous allons encore plus loin, nous avons vu que la formule principale de la mancipation a été empruntée directement à la *vindicatio*. Nous avons dit aussi que la formule de la *vindicatio* "jus feci sicut vindictam inposui" postulait l'existence pour la vindicta d'une règle semblable à celle de la mancipation : "Cum vindictam faciet, uti lingua nuncupasset ita jus esto".

Nous pouvons donc conclure avec certitude que le prononcé des *verba certa* de la *vindicatio* est une *nuncupatio*. Nous pouvons encore élargir la notion et affirmer que, dans la *manus injectio* également la formule nous conserve une *nuncupatio*.

Cette extension est rigoureusement conforme au fond des choses et au sens du mot *nuncupatio* : "Nuncupare dit Gaius, 2.104 est *palam nominare*". Varron, I.6.60 donne la même explication : prononcer le nom, désigner par son nom, proclamer, mais l'étymologie nous fournit une précision beaucoup plus précieuse encore : *Nomen capere*, prendre le *nomen*. Nous l'utiliserons lorsque nous aurons étudiée la *nuncupatio* dans le droit sacré.

§ 2 - La *nuncupatio* dans le droit sacré.

La *nuncupatio* du droit sacré a laissé des traces plus nombreuses dans la littérature. Beaucoup de textes parlent des *vota nuncupata*, de la *nuncupatio votorum*. Les *vota* sont des interpellations solennelles adressées aux dieux par les particuliers ou par les magistrats du peuple romain. Ce sont des vœux, des promesses, ou des offrandes adressées aux dieux en échange d'une faveur demandée ou obtenue; Cette *nuncupatio* délimite exactement celui ou ceux à qui elle est demandée. Par exemple, le début d'une formule donnée par Macrobe Saturnale, III. 9.6.13 *Dis pater, Vejovis, manes, sive vos quo alio nomine nominare fas est. Jupiter, manes,* ou de quelques noms qu'il est permis de vous nommer." Elle précise ensuite l'objet de la requête et la promesse faite aux dieux, et pour qui elle est faite. Cette *nuncupatio* est aussi appelée *legum dictio*. C'est

en effet la *lex dicta* qui détermine le domaine du *votum* : la *nuncupatio* est prononcée dans des fêtes religieuses de toutes sortes, plus particulièrement dans les actes du culte faits au Capitole, avant le départ d'un haut magistrat pour l'armée, et dans la dédicace des temples. Cet acte religieux est toujours accompagné de prise d'auspices. Ils sont faits *auspicato*.

Nous rencontrons enfin le même acte de *nuncupatio* dans la procédure spéciale par laquelle débute la prise d'auspices. Servius ad *Avneid* III. 89. *Legum dictio autem est cum condicio ipsius augurii certa nuncupatione verborum dicitur* - On dit qu'il y a *legum dictio* lorsque les conditions de l'auguration sont montrées par la *nuncupatio* certa des paroles.

Dans toutes ces *nuncupationes* nous retrouvons les éléments caractéristiques de nos manifestations rituelles; les *verba certa*, qui précisent, l'objet de l'action et le geste de la main qui saisit, Macrobe, *Saturnales* ; III.9.6.13, donne deux formules de *vota* : 1°) le *votum* qui est fait lorsqu'

une ville est assiégée et que le chef de l'armée adjure les dieux de la ville de lui retirer leur protection et leur promet des temples à Rome.

L'auteur ajoute : "*In eadem verba hosteas fieri oportet auctoritatem que videri extorum ut ea promittant futura*. - En même temps qu'on prononce ces paroles, il faut que des victimes soient immolées et que l'*auctoritas* des entrailles montre qu'elles promettent que ces choses seront. 2°) Macrobe donne aussi le *votum* par lequel le dictateur ou l'imperator peut dévouer à Jupiter et aux Mêmes l'armée ennemie pour qu'elle soit en déroute et privée de la lumière du ciel et son armée pour qu'elle soit conservée. *Illes legibus eos.... do devovero*. -

Sous ces conditions, je les donne, je les vous. L'auteur ajoute que quand il prononce le nom de Tellus, la Déesse Terre, déesse souterraine, il touche la terre avec les mains, quand il prononce le nom de Jupiter, dieu ouranien, il lève les mains vers le ciel.

Enfin, nous possédons plusieurs inscriptions dans lesquelles nous sont données des formules de dédicace de temples ou d'autels. Voici par exemple : C.L.I.1933; dédicace d'un autel de Jupiter à Salona. La dédicace est faite par le haut magistrat de la ville, consul à Rome, *duumvir* dans une ville de province, assisté des *pontifex maximus*. L'inscription dit

dans les parties qui nous intéressent : Gaius Domitius Valens duumvir jure dicundo praeunte Caio Julio Saverio pontifice legem dixit in ea verba quae infra script sunt :—"....; Hisce legibus hisce regionibus, sic, uti dixi, hanc tibi aram, Jupiter optime maxime, do, dico, dedico. Caius Domitius Valens Duumvir préposé à la juridiction, Caius Julius Sévère, pontife l'assistant, dit la loi de la dédicace dans ces paroles qui sont écrites ci-dessous".... sous ces conditions et dans ces limites ainsi, comme je l'ai dit, je te donne, je te montre, je te dédie cet autel Jupiter, très excellent et très grand".

En même temps qu'il prononçait ces verba certe le magistrat saisissait les montants de la porte du temple qu'il dédiait à la divinité. Servius Georg. III.16. Nam qui templum dicabat postem tenens dare se dicebat numini - Car celui qui dédiait un temple, tenant les montants, disait qu'il le donnait à la divinité". Postem tenens, est l'expression répétée par plusieurs autres sources. Vous reconnaissez la définition répétée plusieurs fois par Gaius, Rem tenens.

Les formules et les cérémonies de prises d'auspices nous sont données dans une inscription trouvée dans la ville de Gubbio en Ombrie (Ignvium), qu'on appelle les tables Eugubines. Ces tables et leur contenu nous donnent de précieuses lumières sur la cérémonie de la prise d'auspices. Elles mériteraient une étude spéciale que nous ne pouvons plus faire. Rappelons seulement le texte de Servius sur l'Enéide III.8.9. : "Il y a legum dictio lorsque les conditions de la prise d'auspices elles-mêmes sont dites dans une nuncupatio déterminée de paroles".

Les Tables Eugubines nous montrent qu'avant l'examen des auspices, du vol des oiseaux, il y a deux déclarations solennelles, la première de l'augure déterminent les conditions de cet examen, "Tu observes l'épervier à droite, la corneille à droite, la pie à gauche, les oiseaux volant de gauche et les oiseaux chantant de gauche étant favorables". La seconde est une déclaration de l'auspiciant qui répète : "J'observe l'épervier à droite, la corneille à droite la pie à gauche, les oiseaux volant de gauche et les oiseaux chantant de gauche étant favorables pour moi, pour le peuple, iguvien dans ce temple déterminé.

Les auteurs, avec quelque peut d'incohérence, voient dans la première déclaration, une manière

d'enchaîner la liberté du dieu et de l'obliger à conformer les présages qu'il envoyait aux conditions solennellement énoncées par l'augure. Bouché-Eclercq dit même qu'il y a une véritable stipulation entre l'augure et la divinité. A cette opinion se superpose une seconde qui implique pourtant une certaine contradiction, d'après laquelle ces deux déclarations sont une demande et une réponse, et représentent une véritable stipulation entre l'augure et l'auspiciant. L'augure fait promettre à l'auspiciant de prendre les auspices dans telle condition, et l'auspiciant le promet.

Pour ma part, je serais disposé à croire que ce sont deux déclarations unilatérales, comme celle de l'aliénateur et de l'acquéreur dans la mancipation. Il ne s'agit pas d'engagement pris l'un à l'égard de l'autre. N'oublions pas que ces déclarations sont appelées des *leges dictae*. L'augure fixe la *lex* de l'auguration. Il détermine et il limite les conditions dans lesquelles on demande à la volonté des dieux de se manifester, Et l'auspiciant déclare qu'il accomplit son action dans les conditions déterminées. Le champ dans lequel se manifestera la volonté divine étant rigoureusement délimité, à elle de se faire connaître. En somme, les déclarations me paraissent aiguillées vers le dieu que l'on consulte. Elles ne sont pas des conventions entre les deux parties, pas davantage elles ne sont de même nature que celles de nos actions de la loi. Il y a un parallélisme rigoureux à établir entre les nuncupationes de l'augure et de l'auspiciant, et les nuncupationes du *mancipio* dans et du *mancipio accipiens*. Le *mancipio* dans donne la *lex* de la nuncupatio; le *mancipio accipiens* l'accomplit.

Le même parallélisme se manifeste entre ces mêmes nuncupationes et celles du magistrat et des auteurs de la vindicatio, et de la contravindicatio. Le fait que ces deux actes s'opposent au lieu de se compléter ne change rien à l'affaire. Dans aucun de ces cas, nous ne voyons un échange de stipulations et de promesses. Aucun ne promet quoi que ce soit à l'autre. Chacun fait une déclaration unilatérale. L'un dit la *lex* de l'acte rituel, l'autre ou les autres l'accomplissent. Le but de ces nuncupationes est le même : délimiter rigoureusement le champ dans lequel doit se manifester la volonté divine, le *jus*. Elles sont des affirmations.

La difficulté est que le texte des tables Eu-

gubines étant en ombrien la traduction latine donnée par l'éditeur (Michel Breal, les Tables eugubines, Paris, 1875) est peut-être tendancieuse lorsqu'elle dit du premier (de l'augure) *Stipulor ut observes, etc.,* et du second (de l'auspiciant) *Adsertor ita spondeto.* Un examen par un linguiste du texte lui-même serait nécessaire.

Il nous est impossible d'insister davantage. Le texte ombrien paraît dire *stiplo, anstiplatu.* Ce n'est sans doute pas la même chose. Ce n'est pas *spondesne* ? *sponde.* Ernout dit que stipuler peut s'expliquer par : je dresse, j'affermis. La présence du mot dans ce texte ne suffit pas pour qu'on affirme qu'il y a une stipulation là où matériellement les deux déclarations qui sont rapportées n'ont la forme ni d'une réponse, ni d'une promesse.

Cet examen du droit sacré nous permet d'apporter une lumière nouvelle sur le mécanisme de la manifestation rituelle. Nous avons dit que, étymologiquement, *nuncupare* est formé de *nomen* et de *capere*. *Capere nomen*, prendre le nom. Nous avons dit que le caractère général de toutes ces *nuncupationes*, qu'elles soient du droit sacré ou du droit civil, est de délimiter, de circonscrire. On demande au dieu de manifester sa volonté sur un objet. L'effort essentiel du formulaire est de déterminer cet objet, de le saisir. Or, on peut apprécier le rapport profond qui existe entre le geste et la parole, et la corrélation étroite qui les unit. *Rem manu capere, nomen verbis capere*, telles sont les deux pierres angulaires de cette entreprise totale. On sait l'importance mystique que les romains attachaient au *nomen* pour acquérir la maîtrise sur la res qu'ils désignaient. La première condition pour agir avec quelque efficacité sur une des forces mystérieuses de la nature, sur une puissance divine, c'était de pouvoir prononcer son nom. Si bien que pendant longtemps ils estimaient que le nom du dieu protecteur de la cité devait être caché de peur que l'on puisse, en prononçant son nom, comme il fallait, lui faire abandonner la cité. Nous avons dit que nos actions de la loi pouvaient être définies comme des rites d'appréhension. Après cet examen, l'exactitude de cette définition paraît plus rigoureuse et plus profonde. Car, non seulement, le geste est un rite de main-mise sur l'objet, sur le corpus, mais même les verba sont à leur tour un rite d'appréhension. C'est le même objet qui

est pris par les verba dans sa substance surnaturelle, dans son anima, nomen capere.

§ 3 - Augure - Auctor.

Nous avons fait observer que toutes les nuncupationes du droit sacré devaient être accompagnées de prises d'auspices. Elles ne pouvaient être faites qu'auspicato. Leur efficacité était donc subordonnée à la volonté des dieux qui disaient s'ils les acceptaient ou les refusaient. Cette volonté se manifestait dans les auspices. Servius, ad Aeneid 2.702. "Augurium est exquisita voluntas deorum par consultationes avium aut signorum. - L'augure "(le présage) est la volonté des dieux recherchée au moyen de la consultation des oiseaux ou des signes." Les auspicia et les auguria sont les présages. On dit de ceux qui consultent les dieux par le moyen de ces présages, auspicia agunt. Ils prennent les auspices, auspicia capiunt. Ce sont, soit de simples particuliers qui consultent les dieux pour leurs affaires privées, auspicia privata, ou les magistrats qui prennent les auspices publica pour le compte du peuple romain, lorsqu'il s'agit des affaires publiques. Les auspices et les augurii sont enfin les gens compétents, particuliers, auspices ou prêtres organisés en collèges, augures, qui interprètent les signes pour ceux qui prennent les auspices, et donnent la réponse du dieu.

Les nuncupationes des manifestations rituelles, vindicatio ou manus injectio sont confirmées ou infirmées avons-nous dit, par ces personnages interprètes autorisés des droits des particuliers, le vindex, l'adsertor et l'auctor. Nous avons indiqué les raisons de penser que vindex et adsertor, tout en gardant leur nature particulière, pouvaient être considérés comme des auctores. C'est la juridiction civile qui a différencié de façon plus profonde l'efficacité de leur action.

Nous réunirons ici les indices qui nous permettent un autre rapprochement, le rapprochement de l'auctor et de l'augure. Le parallélisme continue. Nous ne pouvons que résumer très rapidement les principaux de ces indices.

Nous dirons d'abord que ces deux noms sont réunis par l'étymologie. Auctor vient d'augo, j'aug-

mente. Les philologues sont unanimes sur ce point. Mais parmi les étymologies que les anciens et les modernes ont donné du nom d'augure, il en est une qui, actuellement, l'emporte dans l'opinion commune des philologues, celle qui fait venir ce nom de la même source qu'auctor, augeo, j'augmente. En quoi consiste cet accroissement fourni par l'auctor et l'augure, et à qui est-il fourni ? Une explication très répandue est donnée en fonction de l'auctoritas tutoris, dit que le tuteur augeat personam pupille : parce que d'incapable, il rend le mineur capable par son auctoritas. Cette interprétation est insuffisante, car elle ne s'applique pas à toutes les auctoritates. Par exemple, la capacité, de l'acquéreur n'est pas accrue par l'auctoritas de l'aliénateur. Ce qui est accru, c'est la valeur de l'acte qui trouve son fondement dans l'auctoritas de l'auctor. On peut dire qu'augure et auctor ont procuré un accroissement décisif à ce qui est soumis à leur approbation.

A cet indice, pour ainsi dire rationnel, nous pouvons ajouter un indice historique. Le mariage est une de ces institutions du droit civil qui a conservé le plus longtemps ses traits primitifs et où le droit sacré et le droit civil, bien loin de s'exclure, ont coexisté de tout temps et coexistent encore, même dans nos temps modernes. Pendant assez longtemps, pour que le souvenir en soit nettement conservé, la conclusion du mariage a dépendu d'une prise d'auspices où se manifestait la volonté des dieux. Les auspices étaient pris par le futur époux et la future épouse; mais ils étaient assistés par des experts, amis ou parents, qui interprétaient pour eux la volonté divine. C'étaient les auspices matrimonii. A l'époque de Caton, l'usage des auspices privés et des auspices publics subsiste encore. A l'époque de Cicéron, il est tombé en désuétude, les auspices privés avant les publics. Néanmoins, les époux continuent à être entourés d'auspices matrimonii le jour de leur mariage, qui "re omissa nomen tantum tenent, - qui la cérémonie, elle-même abolie, conserve seulement le nom". Or, les textes les appellent aussi les auctores matrimonii. Ils sont plus que des témoins, ce sont des répondants, des garants, de ce que le mariage est conforme aux mores. Ils continuent à jouer, au point de vue social, le rôle que les auspices jouaient au point de vue sacré.

Nous avons ici un exemple parfait dans un acte juridique de cette transformation qui, de l'auspice du droit sacré, a fait un auctor du droit privé.

Enfin il est un dernier trait qui complète le tableau. L'auctoritas est, avons-nous dit, la qualité de l'auctor sa prérogative de fonder l'action accomplie par une autre personne. L'augure joue exactement le même rôle dans le droit sacré; il a le privilège, en apportant l'approbation du dieu, de permettre et de justifier l'acte entrepris. Or, le terme technique qui désigne ce privilège, de droit est auctoritas. Des nombreux textes qui le disent je n'en citerai qu'un particulièrement caractéristique. Cicéron de legibus 2.31. : Praestantissimum in re publica jus est augurum cum auctoritate conjunctum. - Le droit le plus éminent dans l'Etat est lié à l'auctoritas des augures.

A ces traits, on pourrait en ajouter d'autres. Ils suffisent cependant pour montrer avec force que l'auctor est un augure sécularisé dans ces actes qui, d'après d'autres indices concordantes, prennent leur source dans le droit sacré.

Nous avons terminé le cours de cette année. On aurait pu penser à l'avance que cette antique procédure des actions de la loi avait épuisé ses secrets entre les mains de ceux qui, depuis tant de générations, l'ont étudiée dans toutes ses parties. Longtemps j'ai partagé cette conviction. Cependant, par de multiples recherches, je vous ai menés cette année, dans des chemins nouveaux de toute sorte. Le système que nous avons essayé de construire repose sur deux bases : l'étude de la vindicatio et du vindex. La vindicatio nous a permis de constater que la structure originelle des actions de la loi exclut toute production de preuve, tout examen de fait. Le vindex nous a montré l'efficacité décisive de l'acte rituel. Tout le reste est sorti de ces deux constatations, comme l'arbre de ses racines. Pour construire ce système de droit sacré qui nous paraît être la source et l'explication des formes parfois singulières de la procédure que nous connaissons, nous avons fait le plus large appel à l'hypothèse. Il n'y a pas que dans les œuvres dites d'imagination que cette faculté créatrice que Dieu a départie aux hommes, l'imagination, joue son rôle essentiel. Même dans les travaux les plus austères, l'imagination est le moteur secret qui vivifie les faits secs et dé-

colorés amassés avec patience. Elle est le sel de la vie. Trop d'historiens se défendent comme d'une tare d'avoir à l'appeler à leur secours. En réalité, chaque homme ne peut connaître par expérience personnelle qu'une part infime de la vie de son temps. Qu'il veuille rescusciter le mystère du passé ou scruter le secret de l'avenir, son imagination lui servira de guida, bon ou mauvais.

Mais, plus elle est audacieuse, plus l'imagination doit se soumettre à la stricte discipline de la méthode et de l'expérience. Pas plus dans le domaine de la politique au sens le plus élevé du mot que dans le domaine de l'histoire, elle ne doit s'égarer dans les chemins de fantaisie. Cette rigueur, nous nous sommes efforcés de l'atteindre dans la réunion des faits et dans leur interprétation. Nous avons posé comme règle qu'un texte ne pouvait pas être employé avant qu'on ait épuisé toutes les possibilités de le bien connaître. Et nous avons pensé que le moyen de lui arracher son secret était de le traiter avec la rigueur de l'interprétation littérale. A ce prix, l'imagination peut avoir toutes les audaces. Voilà la leçon que j' ai désiré vous donner en vous racontant cette histoire supposée de l'origine de la justice. Le sujet n'était pas médiocre, mais à mon point de vue, la leçon de méthode était plus importante encore. Si j'ai pu vous en faire apprécier la valeur, je n'ai pas perdu mon temps et vous avez bien employé le vôtre.

F I N

Cours terminé d'imprimer le 19 Mai 1942