

2589
380
RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1940-1941

380
DIPLOME D'ÉTUDES SUPÉRIEURES
DROIT PRIVÉ

REPETITIONS ECRITES

DE

DROIT ROMAIN
approfondi

rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation

de

M. NOAILLES

Professeur à la Faculté de Droit de Paris



DOCTORAT

“ LES COURS DE DROIT ”

RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES

PRÉPARATION A L'EXAMEN ÉCRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)

— PARIS —



9876

D R O I T R O M A I N

A P P R O N D I.

Intérêt du cours de D.R. approfondi. Sa place particulière dans l'enseignement.

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 méthode historique.

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 fut-ce qu'une année, si l'on veut être un homme vraiment cultivé.

Cela est indispensable non seulement à celui

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.

L'étude des textes et l'esprit qui doit y présider.

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'importe 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 documentation.

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 529-534, 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 interpolations.

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'établissement et la

Le premier travail de la méthode historique, c'est donc l'établissement et la critique du texte. C'est

critique des textes. Connaissances qu'elles exigent.

un travail lent et difficile. Il nécessite des connaissances très étendues et des connaissances de toute 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 original, 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 des 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 des 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 ils 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.

ner 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 à 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 tout les branches de la connaissance plus ou moins bien déguisé par la rigueur et la clarté apparentes des principes généraux qui ne sont au fond que des conjectures. en est 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.

Le titre et le
sujet du Cours.
Son origine.

Nous allons maintenant aborder le sujet du cours de cette année. Sur les programmes de la Faculté il est intitulé : les origines de la juridiction civile dans le très ancien droit romain. Mais le véritable titre qui mieux que celui-là, peut indiquer l'intérêt du sujet, semble être : Du droit sacré au Droit civil - Essai sur l'origine de la juridiction civile à Rome.

Au fond c'est la même chose, mais ce titre indique mieux quel va être l'intérêt de ces explications. Et ce sera semble-t-il le titre définitif du volume imprimé qui dès l'année prochaine, va succéder à ce cours de Doctorat.

En effet, l'immense avantage de ces cours de Doctorat sur les cours de Licence, c'est qu'ils peuvent servir non seulement de matière d'enseignement, mais aussi de moyens d'études personnelles pour le professeur qui veut les professer comme il convient. C'est donc, un avantage pour le professeur d'abord. Grâce à la liberté qu'il a de choisir son sujet, il peut traiter des questions qui sont l'objet principal de ses études personnelles. C'est aussi un avantage pour les étudiants, parce qu'ils peuvent trouver dans un cours de cette espèce un exemple appliqué de la recherche historique, ils peuvent ainsi saisir sur le vif les procédés grâce auxquels s'élabore la science historique; nous espérons montrer dans le cours de cette année, comment on peut reprendre l'examen de questions fondamentales dans le Droit romain qui depuis longtemps sont incessamment étudiées par des générations d'historiens et dont l'intérêt de nouveauté n'est pas le moins du monde épuisé.

La Bruyère a écrit "Tout a été dit". Eh! bien dans le cours de cette année nous verrons que tout n'a pas été dit, même dans les sujets qui paraissent très connus et cela parce que, grâce à un examen attentif et plus poussé, sans que des documents nouveaux aient renouvelé le sujet, on peut en refaisant cet examen à la lumière d'hypothèses nouvelles, renouveler le sujet ancien.

L'origine de cette étude a été le désir que j'avais depuis longtemps d'étudier le monument le plus ancien et le plus illustre du Droit romain: la loi des XII Tables.

Pendant bien des années, j'avais hésité devant la difficulté et l'incertitude d'un pareil sujet. En 1937 j'ai voulu y consacrer un Cours qui malheureusement, a été

interrompu par la maladie. J'ai repris ce Cours en 1938-1939 et je l'ai poussé plus loin. Je n'avais au début que le dessein d'étudier les XII Tables d'une façon générale sans idées préconçues, et c'est ainsi en effet que l'historien doit se lancer dans une étude, sans avoir un système parce que son système est en général détruit, démoli par les constatations qu'il fait au cours de son étude.

Mais la partie principale de cette Loi, celle à laquelle le législateur a attribué le plus d'importance nous verrons pourquoi - c'est la réglementation de la procédure, c'est-à-dire l'organisation de la juridiction civile, l'organisation de l'arbitrage par le chef de la Cité, des difficultés qui peuvent naître entre les citoyens.

En étudiant les actions de la loi, car c'est ainsi que s'appelle la plus ancienne des procédures des Romains, je suis peu à peu arrivé à la conclusion que leur nature originaires et primitive était différente de celle qu'on leur accorde généralement, et que l'on pouvait sur leur formation faire une hypothèse beaucoup moins élémentaire que les hypothèses qui ont été faites jusqu'ici, hypothèse nouvelle qui nous permettrait de pénétrer le mystère de leur origine d'une façon beaucoup plus profonde qu'on ne l'avait fait jusqu'ici. C'est donc ce système, mis au point par plusieurs années d'études que je présenterai cette année dans la forme définitive que je pense lui donner.

La tendance de notre hypothèse explicative se révèle déjà dans le titre : " Du Droit sacré au Droit civil". La caractéristique des actions de la loi, c'est leur formalisme, ce qui leur donne leur nature la plus frappante, c'est que ce sont des actes formalistes. Le fond du procès, c'est-à-dire la détermination du point de Droit à juger, et le jugement sont précédés dans les Actions de la Loi par un cérémonial de paroles et de gestes qui constitue proprement et spécifiquement l'action de la Loi. Ce cérémonial, c'est la partie la plus originale, la partie la plus pittoresque de l'action, c'est la partie de l'action qui donne au vieux Droit romain sa physionomie caractéristique. C'est aussi la partie la plus mystérieuse de la procédure, parce que son but et son utilité n'apparaissent pas aux yeux dès le début : pour juger il faut un juge, c'est incontestable, mais il n'est peut-être pas nécessaire de faire une série de gestes, de prononcer une série de paroles qui, tout compte fait, sont mystérieuses et dont le sens n'apparaît pas immédiatement. C'est la raison de ce cérémonial que les auteurs ont cherché toujours à découvrir. Ils se sont épuisés à en rechercher la signification.

Les formes principales de ce cérémonial, que nous aurons à étudier dans tout le cours de cette année, sont : la vindictio, la manus injectio, la mancipatio et enfin le sacramentum. Voilà les formes dont l'amalgame et l'opposition paraissent former tout le scénario du Droit romain primitif. Ce sont ces formes qu'il s'agit d'expliquer dans le cours de cette année.

Tout le monde est d'avis, en Droit romain, que ces formes si singulières marquent la persistance dans le Droit historique, c'est-à-dire dans le Droit que nous connaissons par des documents certains - d'un état antérieur, différent, dont il s'agit de découvrir la nature par hypothèse, puisque nous sommes obligés de l'induire de l'état postérieur que seul nous connaissons.

On voit ainsi cette méthode d'induction qui consiste à étudier soigneusement dans le détail le plus précis le fait que nous connaissons, à savoir la procédure des actions de la Loi, pour déduire par hypothèse et par induction l'état qui a précédé cette procédure, état à proprement parler préhistorique puisque nous n'avons plus de documents directs qui nous permettent de dire quel état il a été - ce qui en aurait fait un état historique.

L'hypothèse explicative qui est universellement admise par les auteurs de Droit romain jusqu'à présent c'est, nous le verrons, ce que l'on appelle le système de la justice privée. C'est, depuis Ihering, le nom qui lui a été donné. Ihering est un des grands auteurs qui ont fait faire un pas décisif dans l'histoire du Droit romain, il a donné à cette hypothèse le nom de système de Justice privée (selbsthilfe) - le secours personnel, la justice que l'on se rend à soi-même. On pense que les formes des actions apportent la preuve que la juridiction civile, c'est-à-dire l'arbitrage par le chef de la Cité, le roi au début, puis le consul et le préteur, on pense que cette juridiction civile n'était pas l'état originaire. Avant que le magistrat ait pris en mains la justice, avant qu'il ait imposé sa juridiction, les citoyens, d'après cette hypothèse, se faisaient justice à eux-mêmes par leur propre force, comme ils le pouvaient et quand ils le pouvaient. Le combat pour le droit n'était pas une métaphore, mais était une réalité matérielle, un combat effectif entre les membres de la Cité, par la force des poings ou des armes. Voilà l'hypothèse qui fait sortir le Droit de la violence. Mais, pour distinguer cette violence juridique de la violence injustifiée, celui qui voulait se faire justice à lui-même employait des formes dans son action de force et cet acte de force, parce qu'il était précédé de paroles et de gestes indiquant son but,

n'était plus seulement une violence matérielle et brutale - elle était toujours brutale puisqu'il s'agissait de se battre - mais c'était une violence juridique pour la conquête de son Droit.

Ce cérémonial des actions de la Loi conserve la trace de ces formes de la violence. Ce cérémonial ne sert plus à la "vis", à la violence, mais il la figure, il est le simulacre de la violence, simulacre qui sert à la fois à la justifier et à fonder l'intervention du juge. Cette violence simulée est le moyen adroit que les parties auraient pris pour forcer le chef de la Cité, qui veut éviter le trouble à intervenir et à trancher par sa juridiction, par conséquent par arbitrage, la difficulté qui autrefois était réglée par la force des poings.

Voilà l'hypothèse. Nous y reviendrons longuement dans le cours de cette année. Mais, à la lumière de cette hypothèse, pense-t-on, les formes étonnantes des actions de la Loi reprennent leur signification primitive, elles peuvent être éclairées par une explication.

Voilà le système sur lequel repose actuellement toute l'interprétation des actions de la Loi.

Inexactitude de l'hypothèse généralement admise. Influence du matérialisme historique.

Il m'a semblé que ce système était insuffisant et-disons le mot- qu'il était mauvais. Nous nous rendons compte de son caractère mauvais en nous apercevant, dans le cours de cette étude, qu'il a obscurci la signification de toutes ces paroles et de tous ces gestes par une explication trop simple, par une explication qui croyait apercevoir la réalité des faits et qui, en réalité, les a déformés.

Nous avons pensé qu'on pouvait y substituer une hypothèse bien meilleure, qui rend mieux compte des particularités de ces actions et les explique plus profondément.

Le système de M. Noailles et ses deux idées fondamentales.

Notre système est basé sur l'examen attentif et minutieux, sur l'examen littéral des paroles des actions et il a deux bases fondamentales que nous indiquons tout de suite pour qu'on ne les perde pas de vue pendant tout le cours de ces explications:

I) Fondement de la force du cérémonial non sur la force matérielle mais sur la force rituelle.

I) Nous reconnaissons dans le cérémonial de l'action de la loi ce que nous avons appelé : une manifestation rituelle.

En accomplissant cette action, l'auteur de la vindictio, de la manus injectio ou de la mancipatio accomplit un rite déterminé d'avance de la façon la plus complète et la plus précise, dans des formulaires mis à la disposition de ceux qui veulent accomplir un de ces actes. L'efficacité du rite est subordonnée à l'observation rigoureuse de ce formulaire qui doit être suivi trait pour trait, sans qu'une virgule soit omise, sans qu'un mot soit changé. C'est parce qu'il est ainsi sui-

vi rigoureusement qu'il produit son effet juridique. Celui qui veut faire triompher son droit fait donc appel à la force, mais non pas à la force matérielle, à la force de ses poings qui peut être d'ailleurs n'ont pas de force. Telle est la première difficulté, première contradiction interne de ce fondement du Droit sur la violence : le droit est fondé sur la force des poings de celui qui a un droit, s'il n'a pas de force dans ses poings, comment va-t-il pouvoir faire triompher son droit ? Comment les hommes ont-ils pu arriver à cette notion de justice en partant de la notion de force matérielle ? Et comment ont-ils pu admettre - nous reprendrons cette idée longuement - qu'un créancier par exemple, qui est un vieillard affaibli puisse contraindre son débiteur qui est un jeune homme vigoureux à lui payer ce qu'il lui doit s'il est obligé de faire appel à la force de ses poings ?

On peut voir par exemple dans le Manuel de Girard, que lorsque le créancier veut amener son débiteur devant le magistrat, il l'amène comme il le peut, en le traînant au besoin de force. Sans doute ; mais s'il n'a pas la force, comment va-t-il faire ?

Voilà la première réponse : cette force du cérémonial, ce n'est pas une force matérielle, c'est une force rituelle ; il est fait appel à la force spirituelle du rite.

Voilà le point de départ. Celui sur qui on fait manus injectio, ne est pas par la violence que l'on peut le conduire devant le magistrat, c'est parce qu'il est contraint par le rite, c'est parce qu'on a prononcé les paroles qu'il faut en faisant les gestes qu'il faut qu'il ne peut pas résister et que ceux qui sont autour de lui, les assistants, ses amis, non seulement ne peuvent pas résister, mais doivent apporter leur aide, doivent être, comme le dit la loi, les auctores de celui qui le fait venir devant le tribunal.

Voilà donc la première vraie base essentielle de notre système, ce cérémonial est constitué par des formes rituelles, des formes par lesquelles on fait appel à la force du rite, à la force sacrée des paroles rituelles.

C'est un point de départ que tous les historiens modernes du Droit romain seront très disposés à accepter, car il ne heurte aucun principe traditionnel et il est très conforme aux idées qui se répandent de plus en plus dans les études modernes du Droit romain.

Le fondement religieux de la manifestation rituelle.

2) Voici maintenant la seconde base qui, celle-là, est plus nouvelle que la première, le fondement que nous voulons donner à la manifestation rituelle, la raison profonde qui explique son efficacité, c'est qu'elle est acte de la religion.

Nous pensons que la manifestation rituelle était avant tout un acte religieux, avant que les actions de la loi aient été laïcisées. Avant cette laïcisation la manifestation rituelle avait pour but de faire apparaître le Droit dans ce qui était conforme à la volonté des dieux. Le Droit, c'est ce qui est conforme à la volonté des dieux de la Cité et le rite est le moyen qui est donné aux hommes de découvrir cette volonté, de la faire se manifester, le rite organise les modes grâce auxquels cette volonté peut se manifester. La force rituelle on le voit repose essentiellement sur l'autorité des dieux.

Voilà l'hypothèse à laquelle nous conduit l'examen minutieux des rites des actions de la loi, elle nous est fournie par de multiples indices - seulement des indices, car si c'étaient des témoignages formels, ce ne serait pas une hypothèse, que nous rassemblerons avant d'arriver à ce qui fait le point terminal de cette explication et l'explication de tout le cérémonial, avant d'arriver au sacramentum proprement dit.

Fustel de Coulanges a montré l'importance de la religion dans tous les aspects de la vie antique. La religion, dans les temps antiques, n'est pas cantonnée comme elle l'est dans les temps modernes, dans le domaine de la vie morale, de la vie intérieure des individus. Les croyances religieuses des Romains, comme celles de tous les peuples anciens, sont dominées par cette idée que les dieux interviennent continuellement dans tous les actes de la vie publique et de la vie privée; les dieux sont les auteurs de tous les phénomènes publics et privés de la vie, ce sont eux qui aident les hommes, ou qui les empêchent - ils les empêchent autant qu'ils les aident - ce sont les dieux qui approuvent et qui condamnent les actes de la vie.

Ils ne sont pas encore arrivés à cette notion de loi naturelle qui est notre notion moderne, loi naturelle dont le déroulement n'est pas le fait d'une volonté individuelle, nous dirons même de caprices individuels soit d'un dieu soit d'un homme, mais est dû à des causes naturelles.

Aussi, avant d'accomplir un acte quelconque, le Romain ancien s'assure-t-il, d'abord, avant tout, que cet acte est conforme à la volonté des dieux. Il le fait d'abord dans tous les actes de la vie publique, ceci a persisté jusqu'aux derniers siècles de la République, qu'on fasse la réunion des Comices, que l'on prépare le vote des lois, que l'on cherche à élire les magistrats, tous ces actes doivent être obligatoirement précédés par une prise d'auspices qui est faite par le magistrat qui a le droit d'auspice, et la vo-

lonté des dieux est interprétée, à l'aide de signes que nous étudierons, par les experts qui s'appellent les augures, qui disent quelle est la volonté des dieux, si elle est favorable ou défavorable.

Ce sont là les auspices domi, qui sont prises à Rome même, mais les auspices sont aussi prises avant toute déclaration de guerre, avant tout engagement de bataille, ce sont les auspices militiae, Avant d'engager la bataille le Consul, le général en chef, se demande si les dieux lui permettent d'engager la bataille, et il prend les auspices pour le savoir.- De même dans la vie privée, il n'y a pas un seul acte, même le plus journalier que l'on fasse sans avoir demandé aux dieux s'ils y sont favorables. L'acte pour lequel cette demande a persisté le plus longtemps, c'est le mariage. Au début de la journée du mariage, les deux époux commencent par prendre les auspices pour savoir si les dieux consentent à leur mariage. De même, pour cultiver son champ, le pieux Romain ne pousse pas sa charrue avant de savoir par des signes si les dieux sont favorables à la culture ce jour-là .

Le moyen de connaître la volonté des dieux, c'est d'une façon générale, la prise d'auspices et le sacrifice; ce sont les deux instruments donnés aux hommes pour correspondre d'une manière sûre avec les dieux.

L'origine divine du droit.

D'autre part, tous les historiens, historiens anciens ou historiens modernes reconnaissent que d'après les idées romaines, le Droit, comme tout le reste dans la Cité, est d'origine divine. Le droit primitif ne se différencie pas du droit sacré, il n'est qu'une partie du droit religieux, le fas - ce nom a été conservé au droit religieux après la séparation d'avec le droit laïque aux règles religieuses proprement dites - fas veut dire ce qu'il est permis par les dieux de faire; nefas veut dire ce qu'il est défendu par les dieux de faire.

En effet le droit romain, beaucoup plus tôt et plus complètement que la plupart des Droits antiques, s'est laïcisé. C'est encore un phénomène spécifiquement romain. Chez tous les peuples antiques le droit pendant longtemps, presque jusqu'à la fin, est resté essentiellement sur des fondements religieux; à Rome, il s'est laïcisé. Cette laïcisation est un fait accompli dès l'époque des XII Tables et, à notre avis, par les XII Tables elles-mêmes. Dans ses sources et dans ses applications, le Droit est désormais considéré comme suivant des règles purement humaines, comme étant l'émanation de la volonté des hommes, dans un domaine rationnel. Mais les Romains n'ont jamais perdu le souvenir de l'origine religieuse de leur Droit et ce droit a naturellement conservé de nombreuses traces de cette

origine.

Nous ferons une application précise de cette idée générale. Jusqu'ici les juristes ont, en quelque sorte, salué cette idée que le droit venait de la religion, mais ils ne s'en sont jamais servi dans le cours de leurs explications. Les juristes ont été en général de purs rationalistes et ils ont toujours l'illusion que dès le début des règles juridiques ce rationalisme a régné. Cette idée se complique encore du fait que les historiens du Droit, comme les historiens en général, pendant tout le XIXème siècle, ont été imprégnés de l'idée de matérialisme historique, qu'ils se sont toujours attachés à un fondement purement logique, purement rationnel du droit tiré de faits matériels.

La recherche du caractère religieux des L.A. dans leur phase originaire et le problème de l'importance des XII T. et de l'utilité de cette codification. L'Etat théocratique de la période royale.

Nous rechercherons par conséquent, dans les actions de la loi, toutes les traces qui nous permettront de conclure que, dans leur fonctionnement primitif, originaire, elles étaient une émanation du droit sacré, qu'elles étaient purement et simplement un mode de consultation des dieux. Cette découverte nous amène à penser que, dans cette phase primitive de leur histoire, dans la phase religieuse, elles formaient déjà un système juridique, très différent sans doute de ce qu'il est devenu dans le système définitif, mais un système déjà, et même un système assez complet. Déjà cette organisation religieuse du droit rendait possible un état de civilisation assez avancé où les droits de chacun étaient reconnus et respectés, étaient défendus de la façon que nous essaierons de découvrir.

Cette vue alors nous permet de résoudre un problème qui était resté jusqu'ici sans solution satisfaisante. Ce problème nous ramène au XII Tables puisqu'il s'agit de déterminer l'importance historique de ces XII Tables dans le droit romain et l'utilité de cette codification au moment où elle a été faite.

Les auteurs anciens, ici encore, sont unanimes dans leur appréciation : la loi des XII Tables, disent-ils, a été la source de tout le droit. Voici par exemple Tite-Live qui dit, dans son histoire, livre III, ch. 34, § 6 : "Quae nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatiq[ue] juris". Cette loi des XII Tables qui aujourd'hui encore, dans cet immense amas de lois entassées les unes sur les autres, est la source de tout le droit public et privé". De même, dans le détail des actions que nous aurons à connaître, les sources juridiques romaines attribuent expressément à la loi des XII Tables la création des plus anciennes actions.

Les actions de la loi, c'est-à-dire les modes généraux de plaider, sont, nous dit Gaius, au nombre de cinq : le sacramentum, la manus injectio, la pignoris

capio, la *judicis postulatio*, et la *legis actio per condictionem*. De ces cinq actions, les quatre premières sont la création de la loi des XII Tables, d'après les textes, et la dernière, la *legis actio per condictionem*, a été créée par deux lois postérieures, les lois *Silia et Calpurnia*.

Voyons maintenant les actions au sens concret du mot, c'est-à-dire l'action particulière qui a été créée pour sanctionner un droit déterminé. Les plus anciennes de ces actions du droit civil, comme par exemple l'action de *modo agri*, l'action *familiae erciscundae*, etc., sont présentées par les sources comme étant établies par la loi des XII Tables, de même que l'usucapion, la mancipation.

Voilà des faits historiques. Or ces faits ne peuvent pas être compris dans le système aujourd'hui communément admis par les auteurs juridiques, dans le système de la justice privée. Si l'on admet en effet que les actions de la loi ont directement succédé au combat, à la lutte matérielle, si ces actions ne peuvent être considérées que comme la stylisation d'un combat à coup de poing ou même avec une lance ou un bâton, il est impossible de penser que ces actions datent de la loi des XII Tables. On connaît en effet la date traditionnelle de la loi des XII Tables. Or avant cette date il y avait déjà une longue histoire de Rome, histoire de la période royale, où la Cité a déjà une grande importance, où il y a déjà un Etat romain assez puissant. Il est inconcevable que cet Etat ait pu vivre et fonder des règles de société si tout le droit civil dépendait encore de la force des poings du titulaire du droit, s'il n'existait, dans cet état primitif du droit, avant les actions de la loi, qu'une lutte matérielle.

Par suite, malgré les énonciations formelles de l'histoire que les actions de la loi - et le nom l'indique aussi - ont été établies par la loi des XII Tables, les mêmes auteurs qui n'hésitent pas à admettre que la loi des XII Tables est la première loi civile romaine, ne peuvent pas accepter que l'origine de ce Droit civil se trouve dans la Loi des XII Tables. D'après eux les énonciations de la tradition historique ne peuvent pas être prises au sérieux, et la procédure des actions de la loi existait bien avant la loi des XII Tables.

Notre hypothèse nous permet de nous rendre compte que le droit fondé sur la juridiction civile, c'est-à-dire sur l'arbitrage du magistrat de la Cité entendu a été précédé d'un droit religieux dont les règles étaient différentes, mais dont les formes ont été léguées

au droit civil. Le droit a pu régir alors une société déjà avancée dans la civilisation, où l'Etat était déjà organisé. Mais cet Etat était un Etat théocratique, un Etat basé sur la religion, c'est la période royale.

Cette hypothèse nous permettra de mieux comprendre l'importance historique de la loi des XII Tables et le but réel de cette loi.

La laïcisation du droit et de la Cité. Problème soulevé après la disparition du roi par la nomination du roi, le rex sacrorum.

A la chute des rois, l'Etat a été laïcisé, c'est un fait que tout le monde admet: le Roi était en même temps le grand-prêtre, le chef de la religion romaine et plus encore, il était le représentant du dieu de la Cité, il était l'émanation de ce dieu, il avait un caractère sacré qui dominait tout le reste de sa nature; c'est de ce caractère sacré qu'il tirait le fondement de tout son pouvoir. Le Roi a été supprimé et remplacé par des chefs laïques élus tous les ans, les Consuls; Ceux-ci ont hérité des pouvoirs du Roi, sauf du sacerdoce; ce fait se place dans la chronologie traditionnelle de Rome en 244 ab. U.C. (510 av. J.C.)

La transformation du droit après la laïcisation de l'Etat, par la loi des XII Tables.

La loi des XII Tables a été portée 60 ans après cette laïcisation de l'Etat, en 305 ab. U.C. (449 av. J.C.). Cette loi nous paraît avoir tiré pour le droit la conséquence de la laïcisation de l'Etat, elle a transformé le droit en écartant sa base religieuse, en le laïcisant lui aussi. Par cette transformation, la loi des XII Tables a été la créatrice du jus civile, du droit civil, elle a jeté les bases rationnelles de ce droit, elle a fait qu'à partir de ce moment les situations juridiques sont jugées en elles-mêmes par l'examen rationnel des faits, et non pas par leur correspondance avec la volonté prétendue et demandée du dieu de la Cité.

Voilà cette vue que nous essaierons de démontrer dans le cours de cette année, et qui nous permet d'accepter pleinement les données de la tradition d'après laquelle le droit a pour origine la volonté des dieux, et encore cette autre tradition historique, aussi certaine, que la loi des XII Tables est la source de tout le Droit civil.

Plan du cours.

Plan du cours.

Chapitre I.- Histoire traditionnelle des XII Tables.

Chapitre II -Controverses sur l'authenticité des XII Tables.

Chapitre III -Les XII Tables dans l'histoire, leur but et leur caractère.

Chapitre IV- Vindicare.

Chapitre V- Vindicta.

Chapitre VI- Mamum injicere.

Chapitre VII . Vindex.

Chapitre VIII - Adsertor libertatis.

Chapitre IX - Manu capere.

Chapitre X - Sacrari et sacramentum.

Chapitre XI - Auctoritas.

Chapitre I.

L'HISTOIRE TRADITIONNELLE DE LA LOI

DES XII TABLES

D'APRES LES HISTORIENS ROMAINS.

Mais, avant de commencer cette étude des historiens romains il convient de dire quelques mots de l'état actuel de la loi des XII Tables.

Perte du texte
des XII Tables.

Le point de départ de toutes nos difficultés, la raison de l'incertitude dans laquelle se trouvent les historiens sur tous les points, même les plus importants de l'histoire des XII Tables - c'est que le texte lui-même de la loi ne nous a pas été conservé. Aussi tout est sujet à discussion, dans cette histoire, même l'existence de la loi.

Que le texte ait été perdu, c'est un hasard de l'histoire. Aucun document ni épigraphique, ni littéraire ne nous l'a conservé. Le contraire aurait parfaitement pu arriver. La loi des XII Tables, pendant des siècles, a été très probablement gravée sur des tables de bronze, elle a été étudiée dans des commentaires successifs de juristes romains, par conséquent, soit directement - le bronze comme le marbre est une matière impérissable - soit indirectement par la littérature, nous aurions pu la connaître, et nous connaissons d'autres lois qui sont beaucoup moins importantes que celle - là. Ainsi nous avons la loi fondamentale des Babyloniens, la loi d'Amourabi inscrite sur des tables de pierre, conservées au Louvre. De même pour les Grecs, la loi de la Cité grecque de Gortyne nous a été conservée encore dans les inscriptions. Au contraire pour la Loi des XII Tables nous ne pouvons la connaître que par quelques restes défigurés, insignifiants, par les citations qui en ont été faites dans les auteurs latins que nous avons conservés.

Reconstitution
de la L. des

La reconstitution du texte de la loi fut l'oeuvre des juristes et des historiens depuis le début

XII Tables
d'après les
citations qui
nous sont parve-
nues.

de la Renaissance jusqu'à nos jours. Les savants ont patiemment dépouillé toute la littérature latine pour relever avec soin tous les passages où la loi des XII Tables était citée, où une disposition de la loi était visée, ou mieux encore, où des paroles mêmes de la loi des XII Tables étaient rapportées par l'auteur. Ce travail collectif s'est peu à peu complété jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle où on a considéré que, sauf hasard, on savait tout ce que les auteurs avaient dit sur la loi, au moins les auteurs que nous possédons.

Extraits prove-
nant de juris-
consultes, prin-
cipalement
Gaius.

Ces extraits de la loi des XII Tables ont été trouvés chez les jurisconsultes classiques d'abord, et surtout dans les extraits de ces jurisconsultes classiques par Justinien au Digeste.

Le jurisconsulte classique qui nous a donné le plus de restes des XII Tables est Gaius. Son manuel des Institutes en effet est le seul ouvrage complet des jurisconsultes classiques que nous possédons encore en dehors du Digeste, ensuite les compilateurs de Justinien ont utilisé parmi les ouvrages qui sont entrés dans la composition du Digeste un Commentaire des XII Tables fait par Gaius. Pourquoi Gaius ? Peut-être parce que c'est le dernier des jurisconsultes qui ait fait un commentaire sur la loi des XII Tables. Le Commentaire de Gaius fournit environ 18 citations au Digeste. Or ces extraits ne correspondent qu'à une très minime partie de l'ouvrage de Gaius, car d'après le titre et le nombre des livres qui nous sont donnés, il devait y avoir environ 1800 passages de même importance que les 18 donnés, un centième de l'oeuvre nous est conservé ainsi par le Digeste. Puis les Institutes citent 8 fois environ les XII Tables, ce qui nous fait 26 citations.

Viennent ensuite des citations de Paul et d'Ulpien en beaucoup plus petit nombre : une dizaine pour Paul et une quinzaine pour Ulpien. Les autres jurisconsultes ne nous fournissent que très peu de citations : Justinien nous donne au Digeste (I,2,2) un extrait de l'Enchiridion juris, du Manuel de Droit de Pomponius; le début de ce manuel est l'histoire des XII Tables. Par ailleurs, il cite 4 ou 5 fois les XII Tables.

Nous ne trouvons plus ensuite que deux extraits des XII Tables, par Triphynus et par Marcianus. Voilà pour les jurisconsultes.

Grammairiens et
philologues.

Pour les grammairiens et les philologues, le butin est plus riche. Mais il faut déjà noter que ce sont les grammairiens du dernier siècle avant J.C. et du premier siècle après lui, de la période classique par conséquent, qui citent les XII Tables. Ce sont des

citations bien tardives. Ni Plaute, ni Caton l'Ancien ne nous disent un mot des XII Tables. Des citations qui sont faites plusieurs siècles après la date présumée de la loi (305 ab. U.C. 449 avant J.C. par conséquent cinq siècles avant les citations) constituent évidemment une chose étrange, C'est sur cette étrangeté que se basent principalement les auteurs modernes qui contestent l'authenticité de la loi des XII Tables en prétendant que cette loi est une invention de la dernière période de la République.

Quoi qu'il en soit, le premier auteur qui cite la loi des XII Tables est Varron, contemporain de Cicéron bien qu'un peu plus âgé que lui, Cicéron a vécu de l'an 106 avant J.C. à l'an 43, donc sensiblement dans le dernier siècle avant J.C. Varron cite deux fois la loi des XII Tables.

Cicéron au contraire est celui qui nous a conservé le plus de citations de la loi, Cicéron est l'auteur précieux par excellence pour le Droit romain, Cicéron est un grand orateur qui est en possession de l'admiration universelle depuis sa mort, dont on a toujours conservé les ouvrages et qui était un auteur très fécond; par conséquent, de tous les auteurs anciens Cicéron est celui dont on a les restes les plus abondants; il a beaucoup parlé de Droit et c'est un auteur tout à fait précieux pour nous. Cicéron cite une trentaine de fois la loi des XII Tables. Après lui nous trouvons Festus, un grammairien du IVème siècle après J.C. qui nous conserve 18 citations de la loi des XII Tables. Festus est un auteur relativement assez moderne, postérieur à la période classique, mais son ouvrage, que nous aurons à utiliser "De verborum significatione", de la Signification des mots, est l'abrégé d'un ouvrage d'un grammairien de l'époque d'Auguste, Valérius Flaccus, et l'autorité de Festus vient surtout de l'autorité de Valérius Flaccus; quand Festus nous dit quelque chose, ce n'est pas lui qu'il faut croire, c'est Valerius Flaccus.

De même Aulu-Gelle, auteur grec du IIème siècle, a écrit un recueil d'érudition assez indigeste qui s'appelle "les Nuits attiques". Dans les Nuits attiques, il nous donne quantité de renseignements, environ 18 citations, et lorsqu'il cite la loi des XII Tables - là encore nous aurons largement l'occasion d'en reparler - ce n'est pas l'autorité d'Aulu-Gelle qui est en cause, mais c'est l'autorité du jurisconsulte classique qu'il cite, de Sextus Caecilius Africanus.

Les autres auteurs sont beaucoup moins abondants que ces trois-là. Pline l'Ancien, dans son Histoire Naturelle, Quintilien, Priscien, Sénèque, Macrobe, Nonnius, nous donnent aussi quelques références à la loi

des XII Tables.

historiens.

Quant aux historiens proprement dits, Denys d'Halicarnasse et Tite-Live nous racontent longuement l'histoire de la loi des XII Tables, c'est eux que nous aurons à étudier pour connaître cette histoire, mais ils ne citent guère plus d'une ou deux fois les dispositions proprement dites de la loi.

Les citations des grammairiens sont plus précieuses que les citations des juristes, parce que les juristes citaient les dispositions de la loi sans s'inquiéter de la loi elle-même. Au contraire, les grammairiens s'intéressent à la loi plus qu'à ses dispositions, et ils nous citent souvent les paroles mêmes de la loi; ce sont ces paroles qui les intéressent parce que, pour eux, la loi des XII Tables est un texte archaïque qu'il est intéressant d'indiquer et de discuter. Mais voilà la rançon: puisqu'ils s'intéressent surtout aux paroles de la loi, leurs citations sont, la plupart du temps, incomplètes. Ce n'est pas la disposition qui les intéresse, c'est un mot, parce qu'il a vieilli, parce qu'il est obscur, et ils ne nous citent que ce mot, ou tout au moins ils ne citent que ce qui est indispensable de la phrase pour connaître le mot.

ordre arbitrai-
des frag-
ments dans la
constitution
des Textes de
Girard et les
fragments de
Gaius.

Il faut encore ajouter que l'ordre dans lequel sont mis les extraits est un ordre tout arbitraire, puisque nous n'avons plus la loi, nous ne savons donc pas dans quel ordre ces dispositions étaient mises. Les modernes supposent, avec quelque vraisemblance d'ailleurs, que Gaius dans son Commentaire des XII Tables, a suivi l'ordre de la loi, et par conséquent ils ont essayé, comme ils ont pu, de mettre ces dispositions dans l'ordre des commentaires de Gaius. Mais, si on réfléchit un instant que nous connaissons un centième du Commentaire de Gaius, on peut se rendre compte de l'importance des trous qu'il y a entre les différentes citations précises que nous avons du Commentaire de Gaius.

Le résultat de cette reconstitution on le trouvera dans les Textes de Droit romain de Girard, 6ème édition 1937, p. 12 à 13. Ce sont ces textes que nous aurons à examiner et c'est dans ces textes du Droit romain que nous trouverons la totalité de la littérature juridique romaine conservée en dehors du Digeste, conservée et reconstituée comme par exemple la loi des XII Tables. Dans cet ouvrage, suivant l'usage de ces textes, les paroles mêmes de la loi sont signalées parce qu'elles sont imprimées en lettres capitales, en lettres ordinaires, ce sont les citations des auteurs, et en note se trouvent les sources, l'indication de tous les auteurs dont proviennent ces fragments.

ne Riccobono "Fontes juris romani ante-justiniani et dans ce qui a été le modèle des éditions françaises et italienne, l'édition allemande de Bruns "Fontes juris romani antiqui", dont les notes sont plus détaillées que les notes de Girard et, à ce point de vue, elles sont plus intéressantes à consulter.

Mais il convient de poser déjà cette première règle absolument impérative : lorsqu'on a besoin d'étudier une disposition de la loi des XII Tables, comme toute disposition qu'on a sous les yeux dans les extraits, il est absolument essentiel de se reporter à l'ouvrage d'où elle sort.

Ces trois recueils ont pour base un travail plus ancien, qui est le travail original, l'ouvrage de Schoell, *I. gis duodecim Tabularum Reliquiae* (Leipzig 1867).

Chapitre II

HISTOIRE TRADITIONNELLE DES XII TABLES.

Les récits des historiens sur la confection des XII Tables.

Plusieurs historiens de l'Histoire romaine nous donnent le récit des événements qui accompagnent la législation des XII Tables. Voici ces auteurs : Cicéron : *De Republica*, 2, 36, 37. Puis ce sont les historiens de l'époque d'Auguste, les historiens grecs Diodore de Sicile (12, 23, 26), Denys d'Halicarnasse (10, 1-60); un historien romain, Tite-Live (3, 9-57). Nous trouvons encore un jurisconsulte du II^e siècle : Pomponius (D. I, 2, 2, 4, 24) et enfin un historien byzantin du XII^e siècle ap. J.C. : Zonaras (7, 18).

L'époque à laquelle ont écrit ces historiens importe peu. Ce qui est beaucoup plus important, c'est de se rendre compte des sources dont ils se sont servis. Une étude très approfondie et très critique de ces historiens a été faite par Taubler. *Untersuchungen Zur Geschichte des Decemvirats und der Zwölf-Tafeln* (Berlin, 1921).

Etude de Taubler sur les textes. Nécessité de tenir compte de leurs divergences et

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

ver des différents détails de l'histoire dans chaque auteur. Ce relevé permet de noter :

1°- Que certains auteurs ont des détails qui ne figurent pas dans les autres;

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

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

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

Hypothèses explicatives proposées par Taubler.

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

I- Fond historique fourni par les Annales entouré par les historiens de légendes explicatives de dates différentes.

1°- Il admet qu'il y a un certain fond historique dans l'histoire des XII Tables et que ce fond historique, les historiens latins n'ont pu le trouver que dans les Annales des Pontifes.

Les "Annales Maximi" et les Commentaires pontificum sont les premières sources de l'Histoire romaine. Tous les ans, dit Cicéron, le Pontife Maximus, chef du collège des Pontifes dresse un inventaire des événements de l'année. Il inscrit le nom des consuls et un petit résumé très court de ce qui s'est passé de remarquable dans l'année. Il inscrit cela sur des tables de lois affichées à l'entrée de la Regia. Cet usage de l'"album" est établi depuis l'origine du collège des Pontifes jusqu'au temps de Publius Mucius Scaevola consul en 621 ab U.C., 133 av.J.C. puis Pontifex Maximus. Après lui on ne continue plus, les oeuvres historiques telles que les livres de Caton l'Ancien de Licinius Macer et d'autres rendant cet affichage inutile.

A côté de cet album affiché, on trouve les commentarii pontificum, ceux-ci tenus secrets, rédigés par les pontifes et contenant le calendrier, la liste des consuls et des notices sur les événements de l'année.

Voilà le fond sur lequel a travaillé l'imagination des historiens. Ce fond historique, en effet, trop sec,

trop dénué de vie pour pouvoir être repris tel quel par les historiens dans une histoire littéraire, a été développé et retravaillé plus ou moins librement par les historiens des différentes époques, et, comme toujours, dans ces historiens on peut retrouver la trace des préoccupations qui sont de leur temps, et non pas du temps qu'ils racontent.

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

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

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

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

Les trois étapes d'historiens qui ont travaillé sur le fond historique.

Le récit de Diodore de Sicile.

par hasard devant la boutique d'un boucher, saisit un couteau sur l'étal et en frappa mortellement sa fille, pour lui éviter le déshonneur.

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

L'année suivante, les consuls terminèrent la rédaction des lois interrompue par la sédition. Les decenvirs avaient rédigé dix des lois que l'on appelle par la suite les XII Tables, car deux autres Tables furent ajoutées par les Consuls. Le Code achevé, les consuls le firent graver sur douze tables d'airain qui furent clouées aux rostrs placés à l'entrée du Sénat.

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

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

Le récit de
Cicéron.

Le récit de Cicéron n'est pas essentiellement différent de celui de Diodore. Les modifications que l'on y trouve sont surtout des modifications explicatives.

Addition de certains détails explicatifs.

On sent déjà dans les sources de Cicéron le souci d'expliquer certains détails, la nomenclature des Annales des Pontifes se transforme en un récit historique, coordonné.

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

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

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

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

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

Dans les explications de Cicéron, on voit poindre la préoccupation de légitimer le pouvoir des decemvirs, de différencier et de juger l'œuvre des pre-

miers et des seconds, toutes préoccupations qui ne remontent pas plus haut que l'époque des Gracques. La source de Cicéron, c'est l'Histoire de Polybe, que nous ne possédons plus.

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

2° - Zonaras et Pomponius.

Amplification du récit
Préoccupation de légitimer la situation des decemvirs.

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

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

Zonaras, lui, dit qu'à côté des deux consuls qui sont nommés cette année comme les autres, avec une puissance extraordinaire, on va ajouter huit hommes; huit autres, et tous les dix ont la même puissance et ils exercent à tour de rôle leur emploi.

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

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

De même, au point de vue de l'exercice du pouvoir des decemvirs Zonaras trouve une explication que l'on va retrouver chez les nouveaux auteurs; ils exercent à tour de rôle, chacun un jour, le pouvoir, et l'exer-

ce du pouvoir est symbolisé pour chacun des decemvirs parce que c'est celui qui exerce le pouvoir qui a les douze licteurs, avec leurs faisceaux.

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

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

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

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

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

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

Cette première histoire paraît être le modèle de

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

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

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

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

Mais l'histoire prend un tout autre développement, le père et la jeune fille ont des noms; c'est Virginius et c'est Virginia. Il y a un fiancé : Icilius, ce sont des plébéiens, et voilà maintenant la chose principale : l'histoire de Virginia entre dans le cycle de l'histoire de la lutte entre plébéiens et patriciens.

Avant de tuer sa fille, Virginius va devant le tribunal des decemvirs et il y joue le rôle de vindex libertatis. Voilà encore une nouveauté : l'histoire de Virginia est devenue à cette époque, un exemple des procès de liberté, tels que les décrit la procédure romaine, qui a précisément été réglée par la loi des XII Tables.

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

Son oeuvre n'est pas un récit historique, c'est un exposé de droit. Par conséquent, il coupe assez li-

brement dans ses sources et il intercale des développements juridiques. Dans l'ensemble il représente la même tradition que Zonaras, mais il est plus près des sources anciennes et de Cicéron. Ce qui lui est particulier c'est qu'il va chercher à concilier deux traditions contradictoires sur la législation des Romains.

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

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

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

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

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

C'est le fondement raisonnable, L'idée qui domi-

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

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

Le § 24 parle maintenant des décemvirs et il dit : lorsqu'on se décida à faire des lois, le peuple ordonna que tous les magistrats abdiqueraient. On créa des décemvirs pour une année. Mais, après ce temps, ils cherchèrent à prolonger leur juridiction. Ils maltraitèrent le peuple, ils ne voulaient point céder la place aux autres magistrats, afin de s'emparer pour toujours, eux et leurs héritiers, de la République. Leur pouvoir était à ce point tyrannique l'année se sépara du reste du peuple.

On dit que le commencement de la sédition vint d'un certain Virginus. Appius Claudius, l'un des décemvirs (on le nomme maintenant) épris d'amour pour la fille de Virginus suscita un homme qui la revendiqua comme esclave devant lui et contre le droit qu'il avait établi lui-même dans la loi des XII Tables, il l'adjudgea à cet homme comme esclave. Virginus, indigné de voir qu'on s'écartait du droit ancien et pensant que l'honneur de sa fille était préférable à sa vie, saisit un couteau à l'étal d'un boucher et tua sa fille, et tout couvert de sang il se réfugia auprès de ses collègues soldats. Les soldats quittèrent leurs chefs, se retirèrent du Mont Algide sur le mont Aventin. Toute la plèbe qui était restée dans la ville se joignit à l'armée sur le mont Aventin. Mais ajouta-t-il purement et simplement, quelques auteurs de la sédition étant mis à mort, tout rentra dans l'ordre.

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

Ce qui place son histoire sur le même terrain que celle de Zonaras, c'est le changement dans l'histoire de Virginie. Ce n'est plus, comme dans Cicéron

et dans Diodore de Sicile, un coup de force contre une jeune fille quelconque, même une jeune fille patricienne, un rapt perpétré par un sycophante. Il supprime complètement le sycophante, la première partie de l'histoire, le rapt est abandonné. On fait maintenant entrer cette histoire dans les luttes des plébéiens et des patriciens. Virginus est un plébéien.

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

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

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

Chez Pomponius, le caractère de conflit entre patriciens et plébéiens de la loi des XII Tables commence à peine à apparaître. L'histoire de Virginus est plutôt une histoire de procès de liberté. La cause de la loi, pour Pomponius, c'est de sortir des incertitudes du droit coutumier.

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

Nous arrivons alors à la dernière des traditions. 3ème tradition classique, celle des historiens de l'époque des Gracques, l'histoire des XII Tables garde un caractère de grande sécheresse. C'est un résumé squelettique qui a conservé encore un peu de la physionomie que cette histoire avait dans les Annales maximi. Les explications que l'on y ajoute ont encore, sauf dans Zonaras, ce caractère anonyme qui révèle le manque d'imagination des historiens romains.

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

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

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

sociales des Romains.

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

Aussi bien dans Denys d'Halicarnasse que dans Tite-Live, le récit des événements de 303/451, de l'année des XII Tables, est précédé du récit des longues luttes des plébéiens et des patriciens, les plébéiens luttant pour obtenir l'égalité civile. Les plébéiens qui augmentent en nombre à Rome, et en importance, sont citoyens depuis que les réformes des centuries, attribuées à Servius Tullius, les ont assujettis au service militaire et à l'impôt. En compensation on leur donne le droit de voter, par conséquent on en fait des citoyens. Mais toutes les charges par conséquent toute l'influence (les magistratures et la justice) sont réservées aux seuls patriciens.

En 261/494, à la suite de la première sécession sur le Mont Sacré, qui a été provoquée par la rigueur des condamnations prononcées par les juges patriciens contre les débiteurs, les plébéiens ont fait mine de quitter la communauté de Rome et de fonder une autre cité. Quelquefois on les fait se retirer sur le mont Aventin - c'est une des collines proches de Rome que les plébéiens ont particulièrement habitée. Quelquefois sur le Mont Sacré. Dans le cours de l'histoire de Rome on répète cette sécession plusieurs fois.

A la suite de cette sécession, on leur donne des tribuns, quatre d'abord, puis ensuite dix, et les tribuns ce sont les chefs de la plèbe, ce sont eux qui la protègent contre les magistrats patriciens, c'est une magistrature essentiellement révolutionnaire et qui le reste longtemps. Le tribun n'a aucun droit d'administration, mais il a le droit d'arrêter tout l'administration par son veto contre tout acte d'un magistrat patricien. Il empêche la vie de la cité de suivre son cours.

Dans les années qui précèdent l'année 303, il y a des troubles constants dans la cité, disent les historiens, par suite de la proposition d'une loi faite continuellement par les tribuns, en particulier Terentilius Arsa, loi tendant à limiter l'autorité des

consuls. Les consuls résistent naturellement et les luttes intérieures sont entremêlées de luttes avec les voisins, les Eques, les Volsques et les Sabins. Les deux partis, dans la ville, profitent alternativement de ces guerres. Pour arrêter les propositions des tribuns les consuls, lorsque le péril extérieur menace, lèvent l'armée et détournent les citoyens de l'idée de continuer leurs luttes intérieures, mais les tribuns profitent aussi de ce que les consuls sont obligés de lever l'armée pour obtenir d'eux des concessions en les menaçant de leur droit de veto.

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

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

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

Caractère révolutionnaire de la nomination des Xvirs.

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

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

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

La première année se passe d'une façon admirable. Tous les décevirs et en particulier Appius Claudius sont les amis du peuple. Ils ne font que des choses

équitables et le plus équitable de tous dans la justice, le plus ami du peuple, c'est encore Appius Claudius. Ils préparent les lois avec l'équité la plus complète et au milieu de l'admiration universelle de tout le peuple. Ils suivent rigoureusement les règles constitutionnelles. Ils consultent le peuple et suivent son avis en ce qui concerne les lois à faire.

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

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

Le personnage
d'Appius Clau-
dius. Transfor-
mation dans
l'attitude des
décemvirs.

La nouveauté de la tradition représentée par ces deux historiens, c'est le personnage d'Appius Claudius. Cicéron et Zonaras avaient indiqué le changement qui s'était produit dans l'état d'esprit des décemvirs entre la première et la seconde année. La première année ils sont équitables et populaires la seconde année ce sont des tyrans odieux, mais c'étaient les décemvirs en général. Dans Tite-Live et dans Denys d'Halicarnasse, cette opposition est renforcée, et elle est personnifiée dans Appius Claudius. Elle est même personnifiée avec le moins de vraisemblance possible : pendant la première année, Appius Claudius est celui des décemvirs qui a la conduite la plus démocratique, qui propose les lois les plus populaires, qui juge avec le plus d'équité et qui, par son attitude bienveillante et dénuée de morgue, acquiert la plus grande popularité dans la cité. Puis, tout à la fin de la première année, son attitude change entièrement. Il fait des intrigues pour empêcher d'autres candidats pour la nomination de nouveaux décemvirs et il est véritablement un candidat à la tyrannie, car s'il est l'ennemi le plus avéré de la plèbe, il n'est pas l'ami des patriciens. Par ses intrigues, il écarte tous les autres candidats, aussi bien patriciens que plébéiens.

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

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

On ne peut plus compter sur l'appui du peuple, puisque la provocation est suspendue, on ne peut pas compter sur l'appui des décemvirs, les uns contre les autres, puisqu'ils sont d'accord pour que l'intercession soit impossible. Ils respectent encore un peu les patriciens, mais l'arbitraire et la cruauté s'exercent contre les faibles et dans leurs jugements le fauteur remplace le droit. Les patriciens quittent en foule la ville pour se réfugier dans leurs maisons de campagne. Bientôt on ne respecte plus les personnes, les verges frappent, les têtes tombent et la confiscation suit le supplice.

Dans le cours de l'année, les décemvirs rédigent encore deux lois, mais ils ne les présentent pas à la sanction du peuple, car ce sont des lois odieuses et ils ne les font pas voter car ils ne veulent pas réunir les comices.

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

Mais le péril de la cité est dénoué par les guerres extérieures : Les Eques et les Sabins attaquent les Romains. Les plébéiens refusent de s'enrôler. Les décemvirs embarrassés veulent réunir le Sénat, les plébéiens regardent alors, disent les historiens, du côté des sénateurs, en pensant que c'est de leur côté qu'ils vont trouver une aide et la libération de la République, car si les sénateurs refusent de se laisser réunir par les décemvirs cela prouvera que leur magistrature est usurpée et qu'ils n'ont qu'à s'en aller. Les sénateurs n'ont pas ce courage. Peu nombreux d'abord, puis à peu près tous, ils viennent à Rome, se réunissent et attaquent violemment d'ailleurs les décemvirs. Ils votent l'enrôlement. Les armées romaines se laissent enrôler, mais elles sont battues honteusement à Eretum et au Mont Algidé par les Eques et par les Sabins. C'est à ce péril de la République que s'ajoute encore le péril intérieur, par l'histoire de Virginie.

Cette histoire de Virginie, dans nos deux historiens s'est enrichie de beaucoup de détails. Les uns sont seulement pittoresques, destinés à donner plus de vie au récit, mais les autres ont un but politique, ils tendent, comme tout ce qu'il y a de nouveau dans

l'histoire de la législation, à montrer l'opposition des plébéiens et des patriciens. Ce n'est plus le récit anonyme d'un coup de force pur et simple de l'un des décenvirs qui aposte un sycophante pour enlever une jeune fille pauvre, que son père tue parce qu'il ne peut s'opposer à cet enlèvement. Dans les historiens de l'époque d'Auguste tous les acteurs du drame sont nommés : le décenvir, c'est Appius Claudius, il envoie son client qu'il charge de jouer le rôle de demandeur au procès, réclamer la jeune fille comme esclave. Ce client s'appelle Marcus Claudius. Le père porte le nom de Virginius, mais ce n'est plus un plébéien parmi les autres, c'est un des premiers centurions de l'armée qui est nommé à Algidé; c'est un de ceux qui ont participé le plus activement aux luttes sociales des années précédentes, et c'est parce qu'il est aux armées que l'attentat est facilité. Comme soldat et comme citoyen plébéien, c'est un nom connu. La jeune fille, Virginia, est décrite élevée sévèrement à la manière romaine, elle est dans tout l'éclat de sa beauté. Appius Claudius la voit tandis qu'elle se rend à l'école et sa beauté allume dans le cœur du décenvir une passion coupable (*Appius Claudius virginis plebeiae stuprandae libido cepit* : un amour coupable de la jeune fille qu'il veut souiller a saisi Appius Claudius). Sur la route de l'école, le client Marcus Claudius s'empare d'elle et s'écrie qu'elle est son esclave. Virginia est fiancée à Icilius. Celui-ci encore a un rôle politique de premier plan. C'est lui qui, quelques années avant, 298/456, a fait porter une loi permettant de bâtir l'Aventin. L'Aventin est occupé par les plébéiens. Cette loi Icilia est celle qui aurait fondé la propriété divisée par étage, dont après la guerre de 1914, et pour les mêmes raisons économiques, il y a eu de multiples applications. Icilius est un descendant d'un des premiers tribuns de 261/493.

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

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

Il semble encore que derrière la lutte entre patriciens et plébéiens le côté juridique de l'histoire de Virginie soit un peu oublié. Denys d'Halicarnasse et Tite-Live cherchent moins que les historiens de

l'époque des Gracques à en faire un véritable procès de liberté, sur le modèle de la procédure des vindiciae, réglée par la loi des XII Tables. Avec d'autres couleurs, et pour d'autres raisons, ils reviennent, en quelque sorte, à la violence, qui avait été, vous le rappelez, la première explication de l'épisode de Virginie : c'est un coup de force patricien, la première revendication faite par le client, Marcus Claudius, décemvir. Le père ne peut pas défendre sa fille, parce qu'il est à l'armée. Icilius, le fiancé, prononce un discours politique, pour obtenir la remise de l'affaire.

Elle est accordée, quoique de mauvaise volonté, par Appius Claudius, qui cède devant les cris de la multitude. Le demandeur insiste pour qu'on lui fournisse caution de représenter la jeune fille au moment où le procès s'engagera. Toute la multitude lève la main et se déclare prête à répondre comme caution pour Icilius pour la représentation de la jeune fille. Nous sommes loin de la première histoire où, devant l'attentat du sycophante, le père de la jeune fille trouve personne pour le défendre.

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

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

L'affichage des XII Tables.

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

Le sens de l'évolution générale des traditions d'après

En vous montrant les points principaux de cette démonstration, j'ai négligé beaucoup de détails importants, qui servent à assurer et à préciser les conclusions générales, mais j'ai cherché surtout à vous

les sources.
Le fond primitif
et les explica-
tions des his-
toriens.

montrer comment, d'après les sources on peut apercevoir le sens général de l'évolution de ces traditions.

Il semble bien, et c'est le point de vue auquel nous nous rallions, qu'il y a un noyau primitif historique et que ce noyau primitif historique a tous les traits d'un récit des Annales, notant sèchement le fait que dans les deux années 303/45I, il y a eu des décevirs legibus scribundis, que l'oeuvre des decenvirs de la deuxième année n'a pas été achevée.

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

L'explication
sentimentale de
l'histoire de
Virginia sur le
modèle de l'ex-
plication de la
chute de la
royauté.
Différence des
luttres auxquelles
elles cor-
respondent.
Caractère arti-
ficiel de l'his-
toire de Virgi-
nia.

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

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

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

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

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

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

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

Vous remarquerez que la discrimination entre ces deux suites de d c mviros est faite sans aucune preuve. La seule preuve que l'on donne du caractère inique de la loi de la deuxième année, c'est la défense de mariage entre patriciens et plébéiens. Il n'est pas douteux que cette défense de mariage ne provient pas d'une législation spéciale et inique des d c mviros, elle dépend de la conception même que les Romains avaient des groupes et de l'absence de *conubium* entre ces groupes. Ce qui a été la nouveauté, c'est précisément la loi *Canuleja* permettant le mariage entre les groupes. Il n'y a pas une autre preuve de l'iniquité de ces lois et il nous est impossible de trouver dans le contenu des deux dernières tables aucune disposition qui paraîtrait correspondre aux lois iniques soi-disant rédigées par les derniers d c mviros. Les Romains ne paraissent aucunement frappés par l'in vraisemblance qu'il y a à ce que, après le triomphe de la révolte, la ruine des d c mviros, les deux consuls populaires n'aient pas hésité à promulguer et à afficher ensemble toutes les lois, les lois équitables

Explications
complémentaires
ajoutées par la
tradition. L'op-
position entre
les deux séries
de d c mviros.

avec les lois soit disant iniques.

La distinction entre les décemvirs des diverses années est d'abord anonyme. Cicéron, Pomponius et Zonaras nous disent que ce sont tous les décemvirs sans distinction qui sont les premiers populaires et les seconds des tyrans. L'explication est d'autant plus invraisemblable que précisément pour cette deuxième année certains historiens relèvent qu'aux décemvirs patriciens de la première année on a ajouté quelques plébéiens et que ce fut un grand triomphe de la plèbe.

Les essais
d'explication
constitution-
nelle des pou-
voirs des
Xvirs.

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

Déjà dans ce deuxième état de la tradition commence à poindre la version définitive de la lutte des patriciens et des plébéiens. Vous vous rappelez que pour Diodore, la jeune fille est une patricienne. Dans Pomponius, très incidemment, Virginus peut être considéré comme un plébéien. Dans Zonaras, sa qualité de plébéien s'affirme davantage. C'est dans la tradition dernière, dans Denys d'Halicarnasse et Tite-Live que cette explication envahit tout le récit et le transforme tout entier, sous ce jour nouveau. En même temps tous les acteurs du drame sont dotés d'une individualité qui est dominée par la personne d'Appius Claudius, avec l'invraisemblance de son changement total entre la première et la seconde année.

Chapitre III.

CONTROVERSE SUR L'AUTHENTICITE DES

XII TABLES.

L'opinion
traditionnelle
de l'historicité
des XII
Tables.

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

C'est une hypothèse qui est plausible, qui a pour elle un certain nombre de raisons sérieuses, qui la rend vraisemblable. C'est l'hypothèse traditionnelle, mais ce n'est qu'une hypothèse, car ces annales des Pontifes non seulement nous ne les possédons plus, mais même les Romains ne les possédaient plus pour l'époque qui correspond aux XII Tables. On est en général d'avis qu'elles ont dû être détruites dans l'incendie de Rome par les Gaulois.

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

Opinion opposée
voyant dans les
prétendues XII
Tables une falsification
d'une
époque postérieure.

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

Lambert et la
théorie de l'inauthenticité
des XII Tables.
Discussions

Le sceptique le plus radical est le professeur Edouard Lambert, de Lyon. Il a soutenu en 1902, et avec talent, la thèse de l'inauthenticité des XII Tables, dans une série d'articles vigoureux. Ses attaques provoquèrent une véritable levée de boucliers, ou plutôt levée de plumes. La querelle fut vive, et le champion le plus intrépide de l'authenticité, en même temps

qu'elle a soulevées; utilité de ces discussions.

que le plus qualifié, fut P.F. Girard, qui entendit maintenir toutes les positions de l'opinion traditionnelle sur le caractère de certitude de l'histoire des XII Tables.

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

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

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

Je n'alourdirai pas notre cours de l'énumération de l'importante littérature de la controverse. Vous pourrez la trouver réunie dans les deux études les plus récentes qui aient été faites sur les XII Tables. La plus récente est celle de 1933 : Berger : "Les XII Tables" au mot "Tabulae" dans la Realencyclopädie de Pauly Wissowa. L'autre étude est de 1926, elle a été faite par un juriste italien Pietro de Francisci : Storia del Diritto Romano Tome I, 1926, chap. 9 § I : Il decemvirato legislativo e la legge delle XII tavole, p.193 et les notes qui contiennent une abondante littérature. Je me contenterai de citer ceux des travaux que nous étudierons spécialement.

La plupart des auteurs ont toujours accepté com-

me une chose certaine et hors de discussion l'historicité de la législation décenvirale, mais la controverse de 1902 a rappelé qu'il y avait déjà des précédents dans l'attaque.

Les premières
attaques contre
l'historicité
des XII Tables.

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

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

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

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

Ettore Pais est un historien plus qu'un juriste. Il est revenu à plusieurs reprises sur la question des XII Tables, une première fois dans sa *Storia di Roma* (T.I, 1898, p. 598 à 604), puis Tome II, 1898, p. 546 à 670; puis dans sa *Storia di Roma*, 1905, p. 205 à 301, et enfin dans des Etudes séparées, *Recherche sulla storia del diritto pubblico di Roma*, Tome I, 1915, p.I à 179. Il résume sa doctrine dans l'ouvrage français : Ettore Pais et Bayet, *Histoire Romaine*, 1926, Tome I, p.106. Il a souvent repris la question et modifié quelque peu ses conclusions. Voici rapidement quels sont ses arguments et quel est son système.

Il invoque trois ordres d'arguments :

a) contradiction
de la tradi-
tion.

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

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

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

b) Caractère disparate de la législation.

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

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

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

Il est frappé naturellement, lui aussi, de ce que d'après la tradition, la loi des XII Tables aurait été faite pour égaliser le droit entre patriciens et plébéiens, et que la loi ne parle ni des plébéiens, ni des patriciens, qu'elle ne présente à aucun degré la physionomie que l'on voudrait lui donner. Mais ici encore je dirai simplement qu'il vaudrait mieux tirer des conclusions contre les prétendus mobiles de la loi des XII Tables, qu'une conclusion trop radicale contre son historicité.

c) Rapports entre le récit de la législation des XII Tables et celui de la publication du *Jus flavianum*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Par ailleurs, il admet l'historicité des décemvirs de 304, il admet qu'ils ont pu exister, mais il pense qu'ils n'ont pas promulgué, comme on l'a dit, la législation tout entière des XII Tables, telle qu'on se la représente. Cette législation s'est constituée peu à peu pendant le cours de ces 150 années de la République, elle a pu se constituer d'une façon officielle, mais par une série de lois particulières. C'est cette législation qui aurait été recueillie par Cneius Flavius et attribuée ensuite faussement à une oeuvre législative à laquelle on aurait donné une date déterminée, la date de 303 ab. U.C.

Voilà le système dans ses grandes lignes. Je n'entreprendrai pas la critique de ce système. Je dirai simplement que son inconvénient principal est d'être bâti sur de simples hypothèses. Il est inutile de remplacer par de nouvelles hypothèses, moins fondées, des hypothèses qui ont pour elles tout au moins d'être traditionnelles. Ici encore ce que je ferai remarquer, c'est que les critiques fondées de Ettore Pais sont dirigées plutôt contre les récits traditionnels contre les mobiles que l'on donne à la loi des XII Tables, contre cette lutte des plébéiens et des patriciens qu'il ne reconnaît pas dans la loi des XII Tables, plutôt que contre le fond même du récit.

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

Le système de Lambert est beaucoup plus radical contre l'authenticité de la loi. Il n'y voit pas une oeuvre législative qui se serait étendue dans le temps, au lieu d'être concentrée à un moment. Sa critique est aussi plus juridique, plus solidement étayée, et enfin elle va plus loin. Il est d'ailleurs assez curieux de constater que ces deux ennemis des XII Tables

sont en complet désaccord et qu'aucun n'accepte le système de l'autre. Ils ont écrit et réécrit l'un sur l'autre et ils n'ont pas caché que le système du voisin était dangereux et peu solide.

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

Edouard Lambert réunit dans son premier article les raisons que l'on a de douter des XII Tables. Il voit ces raisons I° - dans le fait que nous avons signalé que les XII Tables ne sont citées dans la littérature latine que tardivement. Elles auraient été faites en 303 av. J.C. au commencement du IV^e siècle av. J.C., et ce sont les contemporains de Cicéron, dans la dernière période du dernier siècle av. J.C. (Varron le premier) qui commencent à citer la loi des XII Tables. Ni Plaute, ni Caton l'Ancien n'en parlent. Etant donné ce silence des sources de cette période, on doit dire d'après Lambert, en bonne critique, que la croyance à l'existence de la loi des XII Tables ne remonte pas plus haut que Varron et Cicéron. Caton n'en parla pas, il faut croire qu'il ne la connaissait pas.

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

Arguments de

M. Lambert.

1- Silence des sources anciennes sur les XII Tables.

2- L'inauthenticité des *Leges Regiae* explique la loi des XII Tables.

bles?

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

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

0- Le caractère disparate des dispositions des XII Tables exclut leur existence dans une loi unique.

3°- Comme Ettore Pais, Lambert critique le fond des XII Tables. D'après lui cette loi contient des dispositions qui sont tellement disparates, qui représentent des civilisations tellement différentes, qu'elles n'ont pas pu coexister dans une même loi. Par exemple, la loi du talion, qui est appliquée dans les cas d'injures les plus graves représente une civilisation extrêmement primitive, tandis que les règles d'édilité qui se trouvent dans la loi des XII Tables représentent une civilisation beaucoup plus moderne. Ceci peut faire douter non seulement de l'existence originaire du recueil, mais de cette unité originaire et de sa nature législative.

0- Le style des XII Tables n'est pas un style législatif.

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

Ces lois, autant que nous pouvons en juger par les fragments que nous connaissons, sont rédigées d'une tout autre façon, elles sont extrêmement verbeuses, on répète indéfiniment les mêmes choses, comme si on craignait qu'on ne les ait pas comprises, elles sont rédigées d'une façon cauteleuse, prudente. Et comme dit Lambert, cette loi des XII Tables n'a pas le style de la législation, mais a plutôt le style du prophète ou du rédacteur par axiomes d'un droit coutumier. Lambert cherche encore à prouver que les mots qui nous ont été transmis par les citations, que la langue elle-même est certainement moins ancienne que la date prétendue de la loi des XII Tables.

5°. Comme les tenants de la tradition attachent une grande importance à la concordance qui existe entre les témoignages des historiens qui tous mettent la rédaction des XII Tables en l'année 303/451 et les fastes capitolins, ces tables de marbre qui existent encore à Rome et qui donnent la liste des consuls où les décevirs sont placés à une date qui correspond à 303 et interrompent la liste régulière des consuls, Lambert réunit toutes les objections, toutes les difficultés qui pourraient faire admettre que ces fastes, pour l'époque ancienne, sont des reconstitutions légendaires, et par conséquent ne fournissent aucune preuve.

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

centvirs, qui sont adjoints au général vainqueur et qui sont nommés tantôt par le peuple, tantôt par le Sénat.

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

Pas plus que les decenvirs n'ont existé, les fragments qui nous sont parvenus sous le nom de loi des XII Tables ne sont tirés d'un code de lois rédigé par des commissaires. Cette oeuvre, en réalité, était une compilation de brocards juridiques, une compilation de maximes de jurisprudence, qui sont certainement très anciennes, mais qui sont d'une antiquité inégale. C'est ce qui explique alors les contrastes. Il est très probable qu'ils ont été tirés de recueils plus petits, qui ont circulé dans le monde romain. Ces petites compilations ont été écrites pendant plusieurs siècles, c'est un travail anonyme, ils ont été probablement créés et réunis en un corps unique au début du II^e siècle av. J.C. Mais peut-être en connaissons-nous l'auteur. (On voit combien il y a ici de peut-être). C'est peut-être un jurisconsulte qui s'appelle Sextus Aelius, ou, pour le nommer de son nom complet, Sextus Aelius Poetus Catus, qui a été consul en 566 Ab.U.C. 198 av. J.C. Pourquoi ce Sextus Aelius Poetus Catus aurait-il été l'auteur des XII Tables ? Pomponius (D.I, 2, 2, 38) dans son histoire des sources, nous raconte que ce jurisconsulte, qui est parmi les plus anciens, a composé un recueil d'actions que l'on appelle le Jus Aelianum, parce que l'autre recueil d'actions, le Jus Flavianum de Cneius Flavius était devenu incomplet. Depuis le moment où il l'avait écrit, la procédure avait évolué, on avait créé de nouvelles actions, de nouvelles manières de plaider Lambert pense que l'auteur du Jus Flavianum n'a rien à voir avec les XII Tables, c'est une publication antérieure.

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

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

La deuxième partie, l'interpretatio, n'est pas, comme on pourrait le croire à première vue par le nom le commentaire de la loi, l'interprétation de la loi

des XII Tables. Suivant le langage habituel des juriconsultes romains, cette *interpretatio*, ce sont les règles nouvelles, c'est ce qu'on appelle aussi le *jus civile*, c'est le développement postérieur de la loi des XII Tables par l'interprétation des juriconsultes. Sextus Aelius donne, dans cette deuxième partie, un commentaire de cette *interpretatio*, comme il a donné dans la première partie le commentaire de la loi des XII Tables.

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

Voilà suivant l'opinion commune, comme on doit comprendre les *tripertita*. Lambert, lui, les comprend autrement. Il conjecture que Sextus Aelius Pœtus Cæsus a réuni, sous le titre de XII Tables, les brocards de droit ancien, les maximes juridiques qui avaient cours de son temps. Il en aurait composé un ouvrage, c'est lui qui l'a composé le premier et, pour lui donner plus d'autorité, il l'aurait appelé d'un nom exceptionnel : les XII Tables. Il aurait imaginé cette fraude d'une loi votée et inscrite sur douze tables, c'est lui qui en serait responsable, ou peut-être les auteurs postérieurs par suite d'une méprise. Autour de cette œuvre d'imagination, les historiens auraient bâti tout ce système de légende destiné à conférer à la loi des XII Tables son authenticité.

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

faudrait, pour accepter cette thèse, penser que les contemporains de Sextus Aelius Poetus Catus, qui sont déjà des Romains civilisés, auraient accepté, les yeux fermés, n'importe quelle légende à propos d'une source considérée comme la base de tout le droit. Puisque nous sommes dans les suppositions, les suppositions doivent être au moins vraisemblables.

Voilà, exposé très rapidement le système de Lambert. Dans les autres articles, et spécialement dans les *Mélanges Appleton*, il appelle à son secours des arguments tirés du droit comparé. Il dit que chez les Germains la législation a été beaucoup plus ancienne. On lui a répondu que chez les Grecs, à la même époque, le désir d'une législation positive s'est produit, que chez les Syriens une législation beaucoup plus ancienne existe et que de celle-là on a des preuves certaines.

Ces articles soulevèrent une vive émotion parmi les Romanistes. De tous les côtés les plumes se lèvent pour une défense des XII Tables. Une réponse au sujet de la langue et du style est faite par Michel Bréal (*Journal des Savants*, 1902 p. 599), un jurisconsulte suisse, Erman, répond dans la *Revue de Savigny Zeit. der Sav. Stiftung* (1902, p. 450) : un professeur français Gaston May, répond dans la *Revue des Etudes anciennes* (1902, T/IV, p. 201) "De la question de l'authenticité des XII Tables"; un autre jurisconsulte, Appleton, répond dans la *Revue générale du Droit*, de 1902 à 1903 "Nature et antiquité des *Leges duodecim tabularum*". Ils répondent bien tous aux différentes objections de Lambert et ils font une critique modérée de ses hypothèses un peu aventurées.

Mais la riposte la plus vive, la défense la plus massive des traditions, a été faite par P.F. Girard, dans la *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger* (1902, p. 381 et *Mélanges de droit romain*, T. I, 1912, p. 1 et ss.). Le grand maître de l'histoire à ce moment, Mommsen, dit que cet article de Girard a été "un excellent sauvetage des XII Tables, combattues et malmenées par notre chère jeunesse, plus zélée que réfléchie".

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

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

Les défenseurs
de l'authenti-
cité des XII
Tables.
l'article de
P. F. Girard.

que dans la forme ancienne.

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

Voici sa conclusion: "Nous croyons avoir établi que, dans l'état présent de nos connaissances, la doctrine qui considère les fragments que nous possédons sous ce nom (sous le nom de loi des XII Tables) comme venant du code rédigé par les décevirs, au début du IV^e siècle ab.U.C. a pour elle toutes les raisons par lesquelles se détermine la vérité scientifique. Cela ne signifie pas que, comme pour tout autre document, la connaissance que nous avons de celui-ci ne puisse plus être plus ou moins modifiée. Ceux qui aborderont ces recherches avec suffisamment de savoir et de sagacité, y trouveront certainement la matière, sinon de révélations brillantes, du moins de communications instructives et utiles à la science. Etablir avec beaucoup de peine un point de détail en apparence intéressant pour les seuls hommes de métier, ce n'est pas aussi sensationnel que de découvrir au bout de deux mille ans que les XII Tables ont été faites par Sextus Aelius, mais il y a entre les deux espèces de travaux la même différence qu'entre les beaux récits de Tite-Live et de Denys d'Halicarnasse et les sèches énumérations de titres et de noms des fastes authentiques, celle du vrai et du faux. Les premiers travaux sont des fantaisies brillantes dont l'élimination est le préliminaire de toute recherche historique sérieuse, les seconds tendent à fournir quelques-unes de ces vérités modestes qui, une fois bien établies, ne peuvent plus être contestées et servent à leur tour de point d'appui solide pour les recherches nouvelles."

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

Il n'y a à cette unanimité qu'une ou deux exceptions, notamment Bavière (Studi Perozzi, 1925 : Contributi critici alla storia delle Lex XII Tabularum) Pacchiotti (Corso di Storia del Diritto romano, Tome I, 2^{ème} éd.

p. 79 et ss.). Pour des raisons différentes, ces auteurs sont les seuls qui rejettent, avec Ettore Pais et Lambert l'authenticité de la loi. Tous les autres, avec des nuances, admettent que les *decemviri legibus scribundis* sont une réalité historique, ainsi que la loi des XII Tables.

Chapitre IV.

LES XII TABLES DANS L'HISTOIRE.

Nous avons vu l'histoire traditionnelle des XII Tables d'après les sources. Nous avons examiné les controverses modernes sur l'authenticité de la législation décenvirale, il nous faut maintenant conclure. Nous avons à déterminer ce qu'il peut y avoir de véritablement historique dans cette histoire où la vérité et la légende sont si intimement liées. Ce chapitre comportera deux paragraphes.

§ I - Evénements historiques de la législation décenvirale.

§ 2 - But et caractère de la loi.

§ I - Evénements historiques.

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

I° - Ambassade. - On peut classer dans le domaine de la légende les récits d'après lesquels les Romains, avant de faire établir la loi par les décemvirs auraient envoyé des ambassadeurs en Grèce pour connaître les lois grecques et les rapporter à Rome. Ceci est indiqué par Pomponius, Tite-Live et Denys d'Halicarnasse. Pomponius (D.I,2,2,3) dit très inexactement : "On décida de créer des décemvirs par lesquels les lois seraient demandées dans les cités grecques et par lesquels la cité serait fondée sur les lois. Tite-Live et Denys d'Halicarnasse donnent plus de détails concordants. Pour eux, avant de nommer les décemvirs, on charge des légats d'aller en mission à Athènes pour interroger les célèbres lois de Solon et les institutions des autres cités grecques. Denys d'Halicarnasse dit qu'ils allèrent aussi dans les villes de la Grande Grèce, c'est-à-dire de l'Italie du sud. On voit tout de suite que cet envoi d'ambassadeurs n'ap-

partient pas aux traditions primitives. Ni Diodore de Sicile, ni Cicéron, ni Zonaras ne nous en parlent et les auteurs modernes, même les partisans les plus déterminés de l'historicité de la législation abandonnent cette histoire de l'ambassade en Grèce. Elle est contredite par une énonciation de Polybe dans son Histoire Romaine. Nous n'avons malheureusement pas l'ensemble de cette histoire. Sur 40 livres, il en reste cinq et ces cinq livres ne sont pas sur cette période de l'histoire de Rome. Cela est dommage car Polybe est le plus remarquable des historiens anciens de Rome; il est très supérieur à Tite-Live et à Denys d'Halicarnasse. Polybe nous dit (II, 12), que, en 525 ab.U.C. (229 av. J.C.), donc 75 ans après les XII Tables, on envoya en Grèce trois ambassadeurs dont il donne les noms. Ce fut, dit-il, la première relation entre les Romains et les peuples de la Grèce au moyen d'une ambassade. Polybe ignorait donc l'histoire de l'ambassade en Grèce pour les XII Tables: ce fut une addition postérieure à cet auteur qui vivait au II^e siècle av. J.C., et est plus ancien que Cicéron.

Traces d'influences grecques dans les XII T. et comment elles s'expliquent.

Cette histoire est une anticipation qui fait partie des légendes du II^e siècle ayant pour but de rattacher les Romains aux Grecs, rattachement qui flatte l'amour-propre des premiers annalistes grecs. Elle a aussi un autre but, elle sert à expliquer quelques traces que les historiens et les jurisconsultes ont cru relever de l'influence grecque dans la loi.

Voici les trois exemples: Table VII-2, citée par Gaius (D. X, I, 13). Gaius dit que dans l'action *finium regundorum* il y a une disposition prise à l'exemple de la loi de Solon. Table VIII, 27, citée par Gaius (D. 47, 22, 4) à propos des pactes entre associés, Gaius dit encore que la mesure semble avoir été prise dans les lois de Solon. Table X, I) à propos du luxe dans les funérailles, Cicéron: *De legibus* (II, 23, 38): les autres choses qui sont dans les XII Tables sur la diminution des dépenses et des lamentations funéraires sont prises presque toutes dans les lois de Solon. Ce sont des traces légères. Cette influence cantonnée à des points de détail ne correspond pas à l'idée d'un droit copié sur les lois grecques et de lois rapportées de Grèce. Tout le monde est d'avis que le droit des XII Tables est spécifiquement romain, qu'il n'a rien d'une législation étrangère. Les Grecs et les Romains sont des peuples de même origine ethnique et de souche indo-européenne. On peut donc noter de nombreux traits de ressemblance entre leurs civilisations. Il peut se faire même qu'il y ait eu entre eux des influences directes. De même que les Etrusques ont donné aux Romains l'organisation de la cité et la reli-

gion d'Etat, les villes grecques de l'Italie du sud ont pu influencer par des rapports directs la civilisation romaine; mais il n'est pas nécessaire pour expliquer ces diverses influences de supposer une ambassade officiellement envoyée aux villes grecques.

2°- Décemvirs.- Ce qui paraît le plus historique dans l'histoire traditionnelle des XII Tables, c'est l'histoire de l'existence des Décemvirs.

Coincidence
des Fastes Ca-
pitolins et des
historiens sur
la date des
faits et sur
les noms.

Les Fastes Capitolins et les historiens sont d'accord pour interrompre la série des consuls annuels en 303 ab.U.C. -451 av. J.C., et en 304/450. Ces années-là, les consuls sont remplacés par des décemviri consulari imperio legibus scribundis. Les décemvirs avaient le pouvoir consulaire pour écrire les lois. Les listes de ces décemvirs nous sont données dans la première année. Tite-Live et les Fastes sont d'accord sur dix noms : Appius Claudius, Titus Genutius, Publius Sestius, Spurius Veturius, Caius Julius, Aulus Manlius, Publius Sulpicius, Publius Curatius, Titus Romilius, Spurius Postinius. Entre Tite-Live et les Fastes il n'y a que deux différences : la Table III étant brisée, les quatre derniers noms manquent dans les Fastes, mais il n'y a pas de raison de croire la fin différente. La deuxième différence est dans un prénom. Tite-Live dit : Lucius Veturius au lieu de Spurius Veturius.

La liste de Diodore est un peu différente. Il appelle Appius Claudius, Popullius Claudius Regillanius. Puis il y a des changements de prénoms. Au lieu de Publius Sulpicius, il dit Caius Sulpicius, et il appelle Publius Curatius, Calvinius.

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

Dans la deuxième année, les différences sont plus importantes, les Fastes Capitolins sont encore moins complets. Des trois tables de marbre qui, à côté l'une de l'autre, donnaient le nom des décemvirs, la Table II est brisée à l'endroit où l'on arrive aux décemvirs de la deuxième année, et la Table III a disparu. Il n'y a donc que les deux premiers noms: Appius Claudius et Cornélius Maluginencis.

Tite-Live et Denys d'Halicarnasse sont d'accord sur les dix noms : Appius Claudius et Marcus Cornélius Maluginencis, Marcus Sergius, Mucius Minutius, Quintus Fabius Vibulanus, Quintus Paetilius; Titus Antonius Merenda, Kaeso Duilius, Spurius Oppius Cornicen, Mucius Rabuleius.

Diodore ne donne que sept noms de décemvirs; les

trois manquants sont : Quintus Fabius Vibulanus, Titius Antonius Merenda et Kaeso Duilius. Parmi les sept nommés, il dit Marcus Servius au lieu de Caius Servius, et, à la place de Spurius Oppius Cornicen, il dit Spurius Veturius, qui sont des décevirs de l'année précédente. D'après tous les historiens, les premiers décevirs étaient tous patriciens. Or, il y a des noms qui sont des noms plébéiens, par exemple Genutius. Pour la deuxième année, Tite-Live dit qu'ils étaient tous patriciens, tandis que Denys en compte trois plébéiens : Pastellius, Oppius Cornucen, Duilius.

Les adversaires de l'authenticité attachent une grande importance à ces variations. Ils réunissent toutes les raisons de douter de l'authenticité des Fastes Capitolins. Ces Fastes sont en effet une source récente puisque c'est Auguste qui en a ordonné la rédaction. Il y a eu des intercalations et des falsifications intéressées pour créer des ancêtres à des familles républicaines puissantes de la fin de la République. Mais les partisans de l'authenticité mettent en relief les concordances, plus importantes que les différences. Ces différences peuvent s'expliquer, en effet, comme nous allons le voir, et ils attachent le plus grand prix à ce que les historiens et les Fastes Capitolins en soient arrivés à coïncider à la fois pour la date des événements et pour l'ensemble de la liste. Ces coïncidences et même les différences sont des preuves qu'ils remontent à une source commune et que les listes ne sont pas des inventions intéressées. Les Fastes Capitolins sont des tables de marbre officiellement gravées à l'époque d'Auguste pour tâcher de fixer le calendrier et la chronologie des Romains. Elles ont été scellées sur les murs de la Regia, petit édifice sur le Forum qu'on disait avoir été la résidence primitive des rois, et qui servait de demeure au Rex sacrorum; c'est là qu'on les a trouvées dans les fouilles du Forum. Ces Tables sont actuellement exposées sur les murs du Capitole qui est le palais de la municipalité romaine. La liste des consuls, depuis la fondation de la République jusqu'à l'an XXII ap. J.C. date probable de leur composition est énumérée dans ces Fastes. Le rédacteur de ces tables est vraisemblablement Verrius Flaccus. Pour faire sa liste, il a utilisé les livres de Varron, et Varron à son tour avait pour source les Annales Maximi. Les Annales Maximi ont été composées par Publius Mucius Scaevola, Pontifex maximus en l'an 163 av. J.C., soit 319 ans après les XII Tables. Cette œuvre à son tour avait été tirée des Annales des Pontifes, des tables de bois où tous les ans le Pontifex maximus inscrivait et publiait

Les noms des consuls et les événements de l'année, l'autre source était les *Commentarii pontificum*, ouvrage de même genre, mais tenu secret, dans lesquels les Pontifes inscrivaient le calendrier de l'année, les listes des consuls et les événements.

Dans tous ces ouvrages il y a eu des falsifications, des intercalations de noms et de prénoms, personne ne le nie. Cichorius, dans une oeuvre intitulée *De Fastis consiliaribus antiquissimis* (1886) montre, d'après les inscriptions anciennes, que les prénoms des personnages officiels n'apparaissent dans les actes publics qu'au II^e siècle av. J.C. Auparavant, seul leur nom figurait. Ceci explique les variations de prénoms. De plus, on a introduit de fausses filiations. Les familles puissantes de la fin de la République ont voulu se donner des ancêtres par intercalation dans ces listes de personnages apocryphes qui en ont remplacé d'autres. Par exemple, en 445/509, on a intercalé, pour les débuts de la République, le célèbre et mythique Junius Brutus, pour donner un ancêtre aux Brutus qui deviennent une famille consulaire à Rome. Il en est de même pour la famille des Volumnii, des Minutii, des Sempronii et des Genucii. On peut apporter la preuve de l'interpolation de ces noms. Elle aurait été faite dans les Fastes eux-mêmes au début du III^e siècle av. J.C. en l'honneur de personnages consulaires, Lucius Minucius, consul en 447/307, Publius Sempronius, consul en 450/304 et Lucius Genucius consul en 450/304. Mais, sauf ces intercalations et sans doute quelques autres encore, les listes des Fastes et les listes des historiens coïncident assez exactement. Cette coïncidence paraît former une autorité historique suffisante pour que l'on puisse dire d'une façon générale que ces noms ont été puisés dans les documents contemporains. Une autre cause de difficultés de notre histoire est la destruction certaine du registre des Pontifes en 365 ab. J.C. 389 av. J.C., 80 ans après la loi des XII Tables. C'est à cette date que les Gaulois ont conquis la ville de Rome et ont incendié la plus grande partie de la ville, notamment le Capitole et le Forum où était conservé le registre des Pontifes. Tite-Live (VI,1) au début du Livre, dit qu'il a raconté comme il a pu ce qui précède, parce que les documents sur cette période ne sont ni nombreux, ni certains. Les choses étaient trop obscures à cause de leur ancienneté, pour plusieurs raisons et en particulier celle-ci : parce que ce qui était dit dans les Commentaires des Pontifes et dans les autres monuments publics et privés ayant été brûlé avec la ville, pour la plupart ne nous est plus rapporté.

Il ajoute que les Pontifes assitôt leur retour

à Rome se sont préoccupés de reconstituer ces archives détruites. Une preuve de l'ancienneté des listes nous est fournie par ce que l'on appelle le rotacisme : à partir du II^e siècle, dans les noms romains, la lettre S primitive est remplacée par un R. Par exemple, Papisius est devenu Papirius. Dans les listes aussi bien des Fastes Capitolins que des historiens, les noms antérieurs au III^e siècle sont écrits avec un S. Si ces listes étaient nouvelles, l'S aurait disparu. Une autre preuve est fournie par la présence des noms de familles éteintes. Il y a des familles patriciennes primitives dont le souvenir était perdu parce que, depuis longtemps, elles avaient disparu. Or des faussaires n'auraient pas inventé ces noms.

Parmi les décenvirs, il y en a trois, Remilius consul en 299/455, Curatius consul en 501/453, Sestius consul en 302/452, tous les trois furent décenvirs en 503/452. En somme, malgré quelques divergences, la tradition est si ferme et si concordante dans son ensemble que les historiens modernes sont en général d'accord qu'il n'y a pas lieu de douter de la magistrature et de sa date.

Incertitudes sur la nature constitutionnelle de la loi des XII Tables. Vraisemblance en faveur de son caractère de Lex data.

3^e.- Lex data.- Il est plus difficile d'avoir une opinion ferme sur la forme constitutionnelle de la loi des XII Tables et sur sa véritable nature. Était-elle une lex rogata, c'est-à-dire présentée à l'assemblée du peuple par les magistrats et régulièrement votée par le peuple ? N'était-elle pas plutôt une lex data, c'est-à-dire composée par le magistrat en vertu des pouvoirs extraordinaires qui lui étaient conférés pour écrire la loi, et donnée par lui au peuple sans que celui-ci ait à voter ? Ni Diodore de Sicile, ni Cicéron, ni Pomponius ne disent de quelle sorte était la loi. Au contraire, Tite-Live et Denys d'Halicarnasse sont remplis de détails sur le vote des Comices. Ils sont d'accord pour dire que les dix premières Tables furent rédigées par les décenvirs avec les plus grands soucis de rester d'accord avec le peuple. Les décenvirs font discuter le projet par le Sénat; ils l'affichent sur des tables provisoires sur le Forum pour que chacun puisse en prendre connaissance et faire ses observations. Puis ils convoquent les Comices centuriates et font voter pour l'ensemble des dix premières tables. L'unanimité, l'enthousiasme du peuple contrastent avec les récits de la deuxième année: les mauvais décenvirs rédigent les deux tables, mais ils laissent passer la date de convocation des Comices sans rien dire. Tite-Live explique pourquoi : si ces lois elles-mêmes avaient été portées devant les Comices curiates, la République n'aurait plus eu besoin de magistrats.

Il résulte du récit de Tite-Live que ce sont les consuls de l'année suivante qui font voter les deux dernières lois. Le récit de Tite-Live est nettement tendancieux; les détails accumulés sont là pour faire ressortir la différence entre les décevirs des deux années.

D'autre part, et ceci est le plus important, il est peu probable que la compétence législative des centuries était limitée à l'époque de la loi. Herzog (*Über die Glaubwürdigkeit der aus der römischen Republik ueberlieferten Gesetze war*, Tübingen, 1881) pense que cette compétence est très postérieure. Les débuts de leur autorité législative sont obscurs. Il se peut que l'attribution des XII Tables à cette compétence a été la manière de rendre la compétence plus ancienne et plus générale. Il semble préférable de croire que la loi des XII Tables a été une *lex data*. On insiste toujours sur les pouvoirs extraordinaires des décevirs *legibus scribundis*. Ces pouvoirs extraordinaires ne se comprendraient guère s'ils avaient été donnés seulement pour faire voter régulièrement une loi, comme l'auraient fait les magistrats ordinaires. De plus, dans les temps historiques que nous connaissons, toutes les fois qu'il s'agissait de faire voter une loi constitutionnelle d'une cité, on employait régulièrement le procédé de la *lex data*. Toutes les fois qu'après la conquête une province ou une cité était reçue dans la communauté de l'Empire Romain, on nommait des magistrats avec des pouvoirs spéciaux, que l'on appelait *decenviri sacris faciendis* qui, à côté du général vainqueur, sont chargés d'organiser le statut de la cité, c'est-à-dire de rédiger la loi constitutionnelle de cette nouvelle cité romaine. Nous en avons un exemple dans la loi de Bantia, rédigée en osque et en latin. Il nous paraît donc peu probable que la loi des XII Tables ait été une *lex rogata*, il nous paraît, au contraire, qu'elle ait été une *lex data*.

Unanimité
des auteurs sur
le fait de l'affichage, incertitude sur l'endroit de celui-ci.

4° - Affichage - La question de l'affichage de la loi des XII Tables n'est pas non plus sans difficultés. Sur le fait même que la loi a été affichée après avoir été portée, il semble qu'on peut être d'accord. Les auteurs anciens l'affirment tous, mais ils donnent des détails différents. Il semble donc que la tradition de l'affichage est sûre, mais qu'à l'époque où ils écrivaient, ils ne savaient plus rien des détails de cet affichage. Diodore : "Le Code de législation étant achevé, les consuls le firent graver sur 12 Tables d'airain qui furent clouées aux rostres qui étaient placés à l'entrée du palais du Sénat. Pompénius : "Ils placèrent ces lois écrites sur des tables

d'ivoire devant les rostrès pour qu'on puisse mieux s'en rendre compte". Denys d'Halicarnasse : "Les lois confirmées par le consentement unanime de tous, les décenvirs les firent graver sur des tables d'airain et les exposèrent aussitôt dans l'endroit le plus apparent de la place publique où elles pouvaient être vues de tout le monde". Enfin Tite-Live : "Avant de quitter la ville, les décenvirs affichèrent en public les lois décenvirales dont le nom est XII Tables, gravées sur l'airain".

On voit que, sauf le fait de l'affichage les auteurs diffèrent même sur la matière des tables. Évidemment, personne n'accepte comme le dit Pomponius qu'il s'agisse de tables d'ivoire. Scalliger corrige *tabulas eboreas* en *tabulas roboreas*, tables de bois. Comme l'Édit du préteur, les *Annales Maximi* étaient écrites sur des tables de bois. Les historiens modernes discutent longuement de cette possibilité pour les XII Tables. Néanmoins, la majorité tranche pour des tables de bronze, comme le disent les autres sources. Le lieu d'affichage était un lieu public, Diodore dit les rostrès; il s'agit évidemment des colonnes rostrales. Elles étaient placées dans le *comitium* devant le Sénat et non pas à l'emplacement actuel des rostrès devant la tribune des orateurs sur le Forum, qui date de l'époque Sylla. Seulement les colonnes rostrales sont plus récentes que la loi des XII Tables. Elles furent élevées en 338-416 par le consul Duilius pour commémorer une victoire navale sur la flotte des habitants d'Antium.

Il semble donc qu'on ne savait plus bien où elles avaient été affichées pas plus qu'on ne connaissait la matière sur laquelle elles ont été écrites. Elles avaient dû périr en effet, dans l'incendie de Rome par les Gaulois en 387-367. "Après l'incendie, dit Tite-Live, les consuls ordonnèrent de rechercher les traités et les lois qui subsistaient : les lois des XII Tables, et quelques lois royales. Les unes furent répandues dans le public, mais ce qui touchait aux choses religieuses fut tenu secret par les pontifes qui voulaient garder la multitude dans leur dépendance par le frein du secret".

On remarquera que ce texte n'est pas très clair et ne parle pas d'un nouvel affichage. Tite-Live dit: *Editae* et non pas *propositae* ou *publicatae*. Les partisans les plus intransigeants de l'historicité voudraient tirer de ce texte que les lois ont été réaffichées. Au fond, il n'y a aucun témoignage formel de cet affichage, tandis qu'au contraire, de très nombreuses preuves nous sont données, par exemple, de l'affichage de l'Édit devant les Rostres, mais aucun

témoignage n'y joint les XII Tables, il n'y en a aucune trace archéologique sur le Forum. D'autre part, nous l'avons dit, les historiens paraissent n'en plus rien savoir directement.

Nous pouvons être sûrs pourtant que la connaissance des XII Tables a été très largement diffusée dans le monde romain. Tout le monde connaissait par coeur, au moins jusqu'à l'époque de Cicéron, le texte de la loi. Cicéron nous dit que dans sa jeunesse il la récitait, comme tous ses contemporains. Il est vrai qu'il ajoute que cet usage s'est perdu (*De Legibus* II-2,3,59). *Nostis quas sequuntur: dicebamus enim pueri duodecim ut carmen necessarium quas jam nemo discit. Tu sais ce qui suit. Nous apprenions en effet, enfants, comme un chant nécessaire, ces douze tables, que maintenant personne n'apprend plus*".

Le texte primitif paraît donc s'être transmis par la voie orale, puis dans les Commentaires des jurisconsultes. On comprend pourquoi il s'est altéré, car c'était une loi en vigueur qu'on cherchait à connaître, non pas par curiosité archéologique mais pour son utilité présente. Les jurisconsultes ne se préoccupent pas du texte originare mais du dernier commentaire de son prédécesseur; aussi est-il continuellement modernisé. Les préoccupations grammaticales des grammairiens ne remontent qu'aux derniers temps de la République. Nous avons conservé quelques traces du latin primitif, par exemple quelques restes des chants des Frères Arvales et quelques inscriptions anciennes; ce latin ne ressemble en rien à celui que nous appelons, nous, le latin des XII Tables; il est infiniment plus incompréhensible et cela explique probablement pourquoi on ne s'est plus préoccupé de le garder affiché. Ce qui intéresse les Romains, c'est la loi modernisée à chaque génération, ce n'est pas la langue primitive dans laquelle elle a été écrite.

La loi des XII Tables ne nous a probablement été transmise que par les commentaires qui en ont été faits. Elle sert de base aux premiers ouvrages de Droit civil existant, le *jus Flavianum*, qui fut écrit environ 150 ans après la législation décemvirale par le scribe Cneius Flavius, qui aurait volé le livre de son patron Appius Claudius, *pontifex maximus*, pour le donner au public, et enlever aux pontifes le monopole du Droit civil. Ce livre donnait les formules des actions. Pour le récompenser, le peuple le nomma édile curule en 450-304. Nous ne connaissons plus que le titre de son oeuvre, le *Jus Flavianum*.

Après lui, le plus ancien commentaire proprement

La diffusion de la connaissance des XII Tables.
Transmission orale du texte.

Commentaires sur les XII Tables.

dit est de Sextus Aelius Poetius Catus, édile en 554-200, consul en 568-198 et censeur en 560-194. Son livre est appelé les *Tripertita*. Après lui, il y a eu peut-être un Commentaire de Servius Sulpicius contemporain de Cicéron. Labéon en a composé sûrement un autre, car il est cité à plusieurs reprises par Aulu Gelle comme ayant écrit un Commentaire des XII Tables. Après lui, nous ne trouvons plus de certain que les Commentaires de Caius. Mais tous les jurisconsultes, lorsqu'ils ont écrit leurs livres de Jus Civile ont cité et utilisé les XII Tables.

§ 2 - But et caractères de la loi.

Le but de la codification d'après les historiens.

A quelle occasion les Romains ont-ils eu le dessein de légiférer ? Quelles sont les causes qui les ont amenés à cette codification du Droit civil ? Par suite, quelle est la nature de la loi ?

Première explication : Les XII Tables auraient eu pour but d'établir l'égalité de droit entre plébéiens et patriciens.

Si nous cherchons dans les historiens les conceptions des Romains à ce sujet, nous trouvons indiqués deux sortes de mobiles à la législation. Pour les uns, elle a pour but d'établir l'égalité des droits entre tous les citoyens, pour les autres, la loi est issue du désir de substituer le droit écrit au droit coutumier. Examinons le premier mobile: Les Romains auraient voulu mettre fin à l'inégalité des conditions entre les deux classes de citoyens, les patriciens et les plébéiens. Ils auraient voulu donner le même droit civil à tous et, par le fait même de la législation, supprimer ou tout au moins réduire le privilège des magistrats patriciens chargés d'appliquer la loi. Ce mobile est indiqué dans 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 droits". Tite-Live insiste davantage; le même mobile est répété à de multiples endroits de son Histoire (Livre III, ch. 31,7;- ch.34.3; - Ch.56, 9,- ch.61,5 - et ch. 67,9). Il répète à tous ces endroits que la loi a cherché à établir l'égalité des droits (*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 il juge ainsi la législation : "Les décemvirs 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 lorsqu'il se défend, après sa chute, contre les accusations qui furent intentées contre lui par Virginius 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, Horatius et Valerius, lorsqu'ils font les levées militaires disent : " Montrez que l'établissement de l'égalité entre les citoyens n'a pas diminué votre courage, ces lois étant égalisées". Enfin les patriciens se plaignent en disant : Sous prétexte d'égaliser les lois, nous avons souffert la suppression de nos droits.

Nous avons dit que, considérée sous cet angle, la loi des XII Tables devient un des éléments des luttes sociales, des luttes entre patriciens et plébéiens; nous avons dit aussi que la présentation des XII Tables sous ce jour appartient à la période la plus récente de la tradition; elle n'apparaît que dans Denys d'Halicarnasse et dans Tite-Live, surtout dans Tite-Live.

Cette conception est la principale pierre d'achoppement qui fit douter de l'historicité de la loi, car c'est surtout en se fondant sur les contradictions et les invraisemblances qu'elle introduit dans le récit, que les adversaires modernes attaquent la loi des XII Tables, non seulement Ettore Pais et Edouard Lambert, mais plus spécialement encore Baviera. Non seulement cette perspective fausse l'histoire des décevirs, mais en fait, nous ne la retrouvons pas dans ce que nous connaissons de la loi. Cette loi, soi-disant destinée à régler le détail de l'égalisation des deux ordres, ne les nomme jamais; c'est un curieux paradoxe. La seule fois où les patriciens et les plébéiens seraient nommés, ce serait précisément parce que la loi aurait consacré leur inégalité la plus forte : la défense de se marier entre eux. Ici encore nous avons fait remarquer que, considérer la loi comme ayant établi entre patriciens et plébéiens la défense de mariage, c'est une fausse perspective; tout ce qu'elle a pu faire, ce n'est pas de porter une règle positive, mais de laisser la prohibition subsister. Personne ne doute, en effet, qu'avant la loi des XII Tables, les patriciens et les plébéiens n'avaient pas encore le droit de se marier entre eux; la disposition nouvelle, c'est la loi Canuleia qui l'a établie quelques années après la loi des XII Tables; c'est la liberté des mariages mixtes. - De même, la loi des XII Tables n'a pas aboli le monopole des magistrats patriciens : par conséquent, comme on l'a dit, elle aurait été une faillite complète si tel avait été son but. Il est donc assez étrange que les auteurs

modernes continuent pour la plupart, à admettre et à répéter cette explication historique de la loi. Ils l'acceptent dans son sens général, bien que reconnaissant sa faiblesse dans le détail, et bien qu'ils avouent que sur ce point les arguments des adversaires sont au contraire solides.

Pour nous, nous n'hésitons pas à la rejeter et à donner raison à ceux qui la combattent. La lutte des patriciens et des plébéiens doit être écartée de l'histoire des XII Tables, c'est une fausse explication du fait historique; ce n'est pas d'ailleurs un exemple ignoré de la même erreur. A mon avis, à peu près tous les épisodes des premières dizaines d'années de la République ont été ainsi faussement colorés par les historiens romains; ils sont présentés par eux comme représentant ces luttes sociales qui, en réalité, sont beaucoup plus nouvelles. D'une façon générale, on peut dire que les nombreuses hypothèses qui dans nos manuels tendent à expliquer les institutions juridiques primitives par cet antagonisme des patriciens et des plébéiens mériteraient d'être révisées. La plupart du temps, ce sont des hypothèses complètement arbitraires données sans aucun commencement de preuve et sans support dans les textes. Elles sont extrêmement commodes par leur facilité, mais le plus souvent elles sont inutiles et elles n'ont pas fait progresser le moins du monde les études dans les matières où elles ont été lancées. Le cas le plus typique est celui du mariage. Depuis Niebuhr, l'hypothèse la plus répandue est que la *confarreatio* est le mariage des patriciens, et la *coemptio* et l'*usus*, le mariage des plébéiens. Cette hypothèse est au fond très arbitraire et n'a servi qu'à obscurcir la question difficile des rapports entre ces trois modes d'acquisition de la manus.

Reste la deuxième explication : la loi des XII Tables aurait été portée pour transformer le droit coutumier en droit écrit. Son but aurait été la rédaction et la codification du droit en vigueur. C'est dans les auteurs anciens l'explication la plus ancienne. Elle est donnée par Pomponius, sans qu'il y mélange les plébéiens et les patriciens (Dig. I, 2, 3.): "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 positive.... Pour que cette situation prenne fin, on décida avec le consentement de tous, de créer des décevirs par l'intermédiaire de qui les lois seraient demandées aux cités grecques, et la cité serait fondée sur les lois". Tous les historiens donnent cette raison, y compris les représentants de la

tradition nouvelle, Denys d'Halicarnasse et Tite-Live.

Denys, après avoir dit que les Romains ne vivaient pas à cette époque sous l'égalité des droits, ajoute "et les droits n'étaient pas encore établis sur la loi écrite". Tite-Live (L.III, ch. 32.- 6) dit que les tribuns insistèrent pour que l'on commençât à écrire les lois: "Initium legum scribendarum". Il dit, au livre III, ch. 34,6, que les décenvirs ont été créés pour fonder le droit, ad condenda jura creati. L'expression de Tite-Live va plus loin que celle que nous avons citée, il ne s'agit pas seulement d'écrire le droit, mais de créer le droit. C'est une expression analogue à celle que nous avons déjà citée et où il dit que la loi des XII Tables est la source de tout le droit public et privé : Fons omnis juris publici privatiue.

Diodore nomme les décenvirs : ceux qui écrivent les lois, les "nomographes". Cicéron, De Republica (II,60), dit que les décenvirs sont ceux qui sont chargés d'écrire les lois. Ces indications sont confirmées par les Fastes Capitolins qui donnent aux magistrats de 303, le titre de Decenviri consulari imperio legibus scribundis, ce qui a été abrégé en decenviri legibus scribundis. Ainsi l'examen des sources montre que les plus nombreuses et les plus anciennes sont muettes sur l'explication patricio-plébéienne, mais qu'elles parlent de droit écrit, de codification de la législation, de la transformation du droit coutumier incertain en une législation écrite.

Faut-il s'en tenir à cette notion formelle et extérieure ? C'est ce que font la plupart des auteurs. Les sources, il est vrai, n'en disent pas plus. Peut-on concevoir que les Romains aient voulu faire une codification purement formelle, une sorte de codification réglementaire de leur droit ? Ils n'auraient eu, en somme, pour but qu'une rédaction des coutumes sans modification du droit au fond, comme l'a été en un certain temps la rédaction de nos coutumes au XV^e et au XVI^e 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. C'est bien le point de vue auquel s'arrête le dernier auteur qui ait écrit sur les XII Tables, Berger, dans son article de la Réal - Encyclopédie de Pauly-Wissowa.

On ne peut se défendre de trouver ce point de vue un peu étroit et on donnerait volontiers raison à Edouard Lambert lorsqu'il essaye de prouver, à l'aide du droit comparé, que cette préoccupation de clarifier

le droit, de le fixer en une loi écrite, si cette fixation n'a pas été amenée involontairement par une raison plus profonde, n'est pas une préoccupation de peuple primitif. C'est en effet une idée savante et artificielle qui représente un moment plus avancé de la science du droit; c'est, par exemple, le moment où une civilisation inférieure se rencontre avec une civilisation supérieure. C'est ce qui s'est passé pour les coutumes barbares lorsqu'elles se sont rencontrées avec le droit romain, après les invasions. Cette rencontre a donné l'occasion de la codification du Bréviaire d'Alaric et du Code des Visigoths. C'est aussi la préoccupation qui, dans une certaine mesure a guidé les rédacteurs de notre Code civil, et surtout les précédents du Code civil, l'essai de codification du chancelier d'Aguesseau au XVIII^e siècle.

D'autre part, si, quittant l'histoire externe des XII Tables et l'énoncé des opinions que les historiens ont eues d'elle, pour examiner ses dispositions et la façon dont elles nous sont présentées, il semble qu'il ne s'agit pas d'une simple rédaction des coutumes ou d'une codification purement formelle. Ces dispositions nous sont présentées comme des créations de la loi. Il ne s'agit pas encore bien entendu de les étudier déjà; pour le moment, nous nous bornerons à trois ordres de remarques.

Nous rencontrons d'abord les très célèbres dispositions que nous aurons l'occasion d'étudier plus longuement, au moins pour ce qui est de la première: "cum nexum mancipiumque faciet uti lingua nuncupassit, ita jus esto, lorsqu'on fera le nexum et le mancipium, comme la langue l'aura dit, ainsi est le droit;—"Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto"; Comme on lèguera sur la pecunia et la tutela de son bien, ainsi est le droit". "Nexi mancipii que forti sanatique idem jus esto". Si courtes que soient ces règles, si simple que paraisse à première vue leur traduction, elles n'en sont pas moins très obscures et très difficiles à interpréter. Elles ont suscité, tout au moins la première, une innombrable littérature, et les auteurs se sont épuisés à découvrir, sans y parvenir, où était la disposition légale, quel avait été le but de la loi en édictant la règle.

Nous aurons l'occasion d'appliquer à plusieurs reprises un principe de méthode qui nous paraît rigoureux dans l'interprétation de ces textes anciens et mystérieux. Dans l'embarras où nous sommes sur le sens à leur attribuer, nous nous attacherons avant tout à leur sens littéral. La signification du texte nous paraîtra résulter en premier lieu d'un rigoureux

mot à mot. Or, ici pour apprécier où est la disposition légale, il nous faut rechercher quels sont les mots qui ont un sens impératif, ce que la loi commande voilà la disposition nouvelle, voilà ce que la loi entend créer.

Le résultat de cette règle apparaît ici nettement: la disposition législative, c'est *ita jus esto*; le but de la loi, la création qu'elle a voulu faire, c'est de décider que la situation visée, quelle qu'elle soit, devient du droit. Tel est le sens littéral certain. A nous maintenant de trouver comment il peut s'expliquer, quelle est la valeur de cette déclaration et quel est le caractère de nouveauté que l'on peut trouver à déclarer que cette situation est du droit. Nous dirons qu'il s'agit de la création du jus.

les legis ac-
tiones.

La deuxième remarque nous est fournie par les actions de la loi. Nous avons vu que d'après Gaius, elles sont au nombre de cinq (Gaius, Inst. IV, 12). *Lege autem agebatur modis quinque : sacramento, per judicis postulationem, per conditionem, per manus injectionem, per pignoris capionem*. Il dit du sacramentum qu'il a été organisé par la loi des XII Tables (G. IV, 14) "*Nam ita lege duodecim tabularum cautum erat*". Il en est de même de la manus injectio (G. IV, 21): "*veluti judicati lege duodecim tabularum*" et de la pignoris capio; (IV, 28) "*lege autem introducta est pignoris capio veluti lege duodecim tabularum*".

Le passage des Institutes où était décrite la *judicis postulatio* est complètement illisible; mais le papyrus du Caire nous a restitué une partie de ses explications (IV, 17, a): *Per judicis postulationem agebatur si qua ae re ut ita ageretur lex jussisset sicuti lex duodecim tabularum de eo quod ex stipulatione petitur*. - On agissait par la demande de juge si quelque loi avait ordonné à propos de la chose qu'on agit ainsi. Par exemple, la loi des XII Tables, pour juger ce qui est demandé par la stipulation. Seule la *legis actio per conditionem* est une fondation postérieure (IV, 19): "*Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Julia certae pecuniae, lege vero 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 maintenant que de l'avis de tous, 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 toutes ces actions de *legis actiones* en rattache la création à la loi des XII Tables.

Voici maintenant notre troisième remarque :

W. Kunkel, dans un article très intéressant paru en 1939 dans les *Mélanges Koschaker*, dresse la liste des plus anciennes actions de droit civil. Ce sont les actions dont l'intentio est in jus, c'est-à-dire comportent un oportere sans l'addition ex fide bona. Il veut montrer que toutes ces actions qui sont, comme nous le répétons, les plus anciennes du droit romain, doivent toutes leur existence à une loi; le prêteur n'aurait pas pu les créer sans une permission de la loi. Cette liste donne seize actions. De ces seize, douze doivent leur existence à la loi des XII Tables, d'après les énonciations de nos sources: actio quae pluviae arcendae, auctoritatis, de modo agri, de pastu pecoris, de pauperie, de tigno juncto, ex stipulatu, ex testamento, familiae erciscundae, finium regundorum, furti nec manifesti, rationibus distraendis. Les cinq autres proviennent de lois postérieures aux XII Tables: Actio certae creditae pecuniae (loi Sillia) communi dividundo (loi Licinia) damni injuria dacti (loi Aquilia), depensi (loi Publilia).

L'usucapion;
les servitudes
prédiales.

Nous pourrions allonger cette liste des créations des XII Tables, nous nous bornerons à dire que l'usucapion, cette institution qui est le fondement de la propriété, est aussi rattachée par les jurisconsultes à la loi des XII Tables. Gaius, II, 42: Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege duodecim tabularum cautum est. L'usucapion des choses mobilières est accomplie par une année, mais l'usucapion du fonds et des bâtiments par deux ans. Et il en a été ainsi décidé par la loi des XII Tables¹⁰. Nous savons que la loi s'est particulièrement attachée à déterminer les servitudes sur les fonds de terre, les servitudes prédiales rustiques.

Tous ces témoignages, qu'il n'y a aucune raison valable de récuser, réunissent autour des XII Tables les institutions fondamentales du jus civile dans ce qu'il a de plus ancien. Si nous les prenons au pied de la lettre, ils donnent une force singulière aux énonciations des historiens qui disent que la loi a été portée pour que la cité fut fondée sur les lois et, plus précisément encore, à l'énonciation de Tite-Live, qui dit que la loi des XII Tables fut la source de tout le droit privé.

Le scepticisme
des auteurs mo-
dernes sur le
rôle créateur
du jus civile
attribué aux
XII Tables.

Or, tous les auteurs modernes sans exception refusent d'attacher cette signification précise aussi bien aux énonciations générales des historiens qu'aux témoignages particuliers des jurisconsultes. Ils déclarent qu'ils ne doivent pas être pris au sérieux, qu'on ne peut pas les accepter au pied de la lettre. Autrement dit, ils ne veulent pas admettre que le jus ci-

vile date des XII Tables, que les actions de la loi, malgré leur nom, malgré ce que disent les juriconsultes, aient été créées par la loi décevrale. Sur quoi se base ce scepticisme invincible ?

Nous l'avons dit, de l'avis de tous, les actions de la loi, telles que nous les connaissons, c'est-à-dire telles que nous les livre la loi des XII Tables et les Institutes de Gaius ont succédé directement à un régime antérieur qu'on qualifie du régime de justice privée, pour marquer que chacun se faisait justice à lui-même comme il le pouvait et suivant ses forces, par le combat matériel. Autant dire qu'elles ont directement succédé dans leur état actuel, à un régime anarchique qui dénote une incapacité à peu près totale de la puissance publique à faire respecter l'ordre dans la cité. Cet état dénote un moment où la Cité n'est pas encore organisée. Or, telle n'est pas la situation de Rome à la date où l'histoire traditionnelle place la loi des XII Tables, 304 de Rome fondée. Le régime des rois étrusques a fait déjà de Rome une grande cité, les conquêtes qui placèrent Rome à la tête de l'Italie, puis du monde antique, ont déjà commencé, du moins pour les voisins immédiats. La constitution républicaine fonctionne depuis plus de 50 ans; la puissance des magistrats est grande; en un mot, la structure de la cité a déjà reçu l'organisation définitive qui lui permettra de devenir la souveraine des nations. Il est impossible de penser que le droit n'existe pas encore et que les Romains n'ont connu avant la loi des XII Tables que le régime anarchique de la justice privée. Aussi, malgré les témoignages que j'ai énumérés, les auteurs sont unanimement d'avis que la juridiction civile existait longtemps avant la loi des XII Tables, que les actions de la loi, malgré leur nom, étaient déjà en usage bien avant elle et qu'enfin la loi décevrale n'a pas eu ce rôle créateur de jus civile que lui donnent les auteurs anciens et que nous cherchons à lui restituer. Dans le tome I, seul paru, de son ouvrage sur l'Histoire de l'organisation judiciaire des Romains, P.F. Girard consacre un premier chapitre de 45 pages à étudier la juridiction royale, comme étant une partie intégrante de la juridiction civile. L'inconvénient de ce refus d'accepter la tradition est l'obscurité et la confusion qui règnent alors dans les idées sur le rôle et l'utilité véritable de la loi. La question est en quelque sorte dissociée dans nos études. Les historiens la traitent d'une façon générale et superficiellement, parlant de la loi, les juriconsultes la laissent sans solution et l'esquivent lorsqu'ils étu-

dient les institutions découlant de la loi.

Caractère légendaire de nos informations sur la période royale. Le caractère religieux de la personnalité du roi. Caractère démocratique du gouvernement dans cette période.

On pourrait s'étonner que sur une question si essentielle on puisse à ce point différer d'opinion, qu'un auteur éminent comme l'était Girard puisse trouver la matière de tout un chapitre sur la juridiction civile du roi, alors qu'un auteur qui prétend lui aussi au sérieux, affirme, comme nous le faisons, que cette juridiction civile n'existait pas. Il faut se rappeler qu'en réalité les temps historiques de Rome sur lesquels nous avons des documents directs, certains, commencent seulement après 349 de Rome fondée, après l'incendie de Rome par les Gaulois qui détruisit toutes les archives de la ville. De la période royale, sauf son existence qui paraît attestée, nous ne savons rien que de légendaire; nous ne pouvons guère la connaître que par induction en recherchant dans la période historique ce qui vraisemblablement conserve la trace de la période précédente. Il y a alors un grand danger dans lequel sont pleinement tombés les historiens anciens, et que court aussi l'historien moderne, qui est de projeter dans ce temps préhistorique les institutions de l'époque suivante. C'est ce qui a été fait, à mon avis, par les auteurs qui parlent de la juridiction civile du roi.

Le trait dominant de la personnalité du roi de l'ancienne Rome, c'est son caractère religieux. Ce caractère est personnifié en quelque sorte dans la légende, dans le second roi de Rome, Numa Pompilius. Dans le premier roi, Romulus, on a personnifié le fondateur de la cité; Numa est le fondateur de la religion. C'est un personnage sacré, en relation constante avec la divinité. Dans un bois sacré, il a des entretiens journaliers avec la nymphe Egérie qui le conseille. C'est lui qui a introduit à Rome les auspices et les augures. C'est lui qui règle le culte et le sacerdoce. Le roi est le grand-prêtre et le représentant du dieu protecteur de la cité. C'est lui qui offre aux dieux les sacrifices qui leur sont dus. Son pouvoir civil et militaire ne se différencie pas de son pouvoir religieux; c'est parce qu'il a le droit d'auspices, c'est-à-dire le droit de consulter la volonté divine et d'obtenir les signes favorables ou défavorables par lesquels cette volonté s'exprime, qu'il a l'imperium, le pouvoir de commander.

Cette relation dans son pouvoir, il l'a léguée à son successeur, le consul. La qualification la plus générale du pouvoir des consuls c'est : auspicium imperumque, l'un venant de l'autre. En somme, c'est comme interprète de la divinité qu'il a le pouvoir dans la Cité. Ce caractère sacré s'exprime dans son costume et dans les règles de sa vie. Sa vie est en-

La conquête étrusque et l'organisation de la cité.

tourées de prescriptions minutieuses et compliquées qui furent ensuite transmises au Rex sacrorum et aux Flamines de Jupiter, par qui nous les connaissons. Il garde ce caractère pendant toute sa vie, toute sa vie il est la personnification du dieu. L'état de Rome sous les Rois est celui d'un gouvernement théocratique, la volonté des dieux gouverne par l'intermédiaire du prêtre qui est le Roi.

L'évènement le plus saillant de cette période royale paraît avoir été la conquête de Rome par les Etrusques. Ce sont les Etrusques qui ont organisé la Cité romaine. Avant eux, Rome était une petite citadelle sur le Palatin, la Roma quadrata, où se trouvait aussi le temple du dieu du groupe. C'était le refuge des cultivateurs habitant la campagne autour de la colline. Sous les rois Etrusques, Rome devint une grande cité englobant dans son enceinte, avec la Roma quadrata d'autres agglomérations de peuplades voisines et autrefois indépendantes sur le Palatin et sur le Quirinal. L'enceinte de Romulus, la Roma quadrata, et l'enceinte de Servius Tullius sont encore visibles sur le sol de Rome. Ce sont les Etrusques qui ont fourni aux Romains leurs rites de fondation de villes. Le temple du dieu protecteur de la ville de Rome, Jupiter Capitolin, Jupiter Optimus Maximus a été bâti par les Tarquins. C'est donc des Etrusques que les Romains ont reçu les époux divins Jupiter et Junon, qui sont devenus les dieux protecteurs de la cité nouvelle fondée par eux après la conquête des anciennes. D'autres indices encore, notamment la science de la divination officielle par les Aruspices nous montre l'influence des Etrusques sur cette période de la vie romaine. Les Romains paraissent tenir des Etrusques l'organisation de la Cité sous une forme théocratique. Cette influence est personnifiée par les trois rois étrusques: Tarquin l'Ancien, Servius Tullius et Tarquin le Superbe, ayant succédé aux quatre rois latins: Romulus, Numa Pompilius, Ancus Martius, Tullius Hostilius.

La séparation des pouvoirs religieux et des pouvoirs civils appartenant au roi, après la chute de la royauté.

A la chute des rois, en 244-500, l'évènement fondamental qui caractérise la révolution accomplie fut la séparation des pouvoirs religieux du roi d'avec ses pouvoirs civils. L'aspect extérieur du rôle religieux du roi, l'accomplissement des sacrifices, la présidence des cérémonies religieuses et des choses sacrées reviennent à ce mannequin de roi, qui vêtu des habits royaux, habite l'ancien domicile royal, la Regia. La réalité du pouvoir religieux passe au Collège des Pontifes et à son chef, le pontifex maximus. Numa d'après la tradition est le créateur de ce collège des Pontifes et le roi était le pontifex maximus. C'est ce collège qui dirige toute la religion romaine. Il faut noter comme

Le rôle des Pontifes en matière religieuse et de droit civil.

un trait essentiel que, pendant plusieurs siècles encore, le collège des Pontifes est aussi le directeur du droit civil; c'est lui qui détient les formulaires des actions en même temps que le calendrier des jours fastes et des jours néfastes. C'est à ce collège que les plaideurs embarrassés viennent demander des consultations. Il joue dans la formation du droit primitif le rôle qui fut tenu plus tard par les jurisconsultes. On attache, en général, à ce fait incontestable que les pontifes ont été les premiers jurisprudents, la valeur d'une coïncidence. Pour nous, nous y voyons une relation plus profonde, une relation de cause à effet. Les pontifes détiennent les formulaires des actes juridiques, parce que ces actes, dans leur nature primitive étaient des actes du droit sacré, comme les sacrifices, comme les invocations aux dieux, car ils étaient eux-mêmes des invocations aux dieux.

Sécularisation de l'Etat et du droit.

Les pouvoirs civils du roi passent aux deux consuls, élus tous les ans. L'autorité des nouveaux chefs de la cité est constitutionnellement limitée avant tout par ce fait qu'ils n'héritent pas des pouvoirs religieux du roi et par cet autre fait qu'ils sont deux élus seulement pour un an. Enfin, il y a une garantie expresse de la liberté des citoyens romains dans le droit d'en appeler au peuple par la provocatio ad populum. Ceci enlève aux consuls le droit de vie et de mort sur les citoyens, au moins à l'intérieur de la ville; tandis que comme chef de l'armée à la guerre, ils reprennent ce pouvoir.

Cette limitation est marquée par le fait que les douze licteurs qui accompagnent le consul et exécutent ses ordres ne portent plus la hache au milieu de leur faisceau à la ville, domi; la hache ne reparait qu'à l'armée, militiae. Cette sécularisation de l'Etat dans sa plus haute autorité administrative a eu pour conséquence, à mon avis, la sécularisation du droit; l'une vient de l'autre.

Pour les Romains, comme pour tous les peuples anciens, le droit comme toutes les autres règles de conduite des hommes, est d'origine divine: "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 leur providence". (Cicéron : De legibus II, 8). Un peu plus haut, au paragraphe 4, il avait écrit : "Ainsi la loi véritable et primitive, ayant caractère pour ordonner et pour défendre, est la droite raison du Jupiter Suprême". Mais, tandis qu'il y a des peuples, comme les Hébreux, qui n'ont jamais distingué la loi divine de la loi humaine, d'autres comme les Grecs, où cette séparation s'est faite dans les

temps historiques, chez les Romains elle eut lieu de très bonne heure. La séparation s'est produite avant que des documents certains nous permettent de connaître de façon sûre l'histoire des Romains. Aussi certains auteurs comme Mitteis (Röm. Privatr. X I, P. 22) ont pu dire que cette distinction 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 croient qu'elle existe déjà à Rome à l'époque royale.

Religion et droit; la distinction entre l'ordre divin et l'ordre humain; son ancienneté à Rome.

Religion et droit naissent d'une pensée commune, de la pensée qu'il y a un ordre que l'on sent nécessaire et dont l'établissement 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, par la loi, et son application peut être soumise à l'examen également rationnel des autorités de la Cité. Et c'est ainsi que s'établissent l'un par l'autre le jus civile et la juridiction civile. L'ordre civil reste lié au sol réel, sous la protection de la puissance de l'Etat, mais 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.

Fas et jus, rapports entre leurs domaines; rôle complémentaire du fas en cas d'insuffisance du Jus.

Cette opposition extérieure entre ces deux mondes est caractérisée à Rome par l'emploi de ces deux mots: Fas, pour le droit divin, Jus pour le Droit civil. Mais, comme le fait remarquer Mitteis, (Röm. Privatr. X, I, p. 22), et Jors-Kunkel (Röm. Recht. p. 19; note I,) il ne faut pas considérer le domaine du fas et le domaine du jus comme deux mondes distincts et fondamentalement séparés, ayant chacun leurs règles propres. Il reste de leur idéal commun une union beaucoup plus intime. Par exemple, les règles positives du droit sacré, le droit pontifical proprement dit réglant le culte et la religion est appelé jus sacrum, jus pontificum : jus et non pas fas. Le fas, au contraire, est la sphère d'activité libre des dieux, et ce qui est permis ou ordonné par eux, à côté de ce qui est ordonné par le droit, et il n'y a pas d'opposition, car le domaine du fas est aussi celui dans lequel s'exerce le droit civil. Les deux mots sont souvent joints dans la formule : fas jus que. Virgile dans les Géorgiques (I, 269), à propos des occupations auxquelles on peut se livrer les jours de fête dit : Fas juraque sinunt :

le droit religieux et le droit humain le permettent. Servius dans son commentaire de Virgile dit sous ce vers : "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 le permettent. Car le fas a trait à la religion, le droit aux hommes.

Si fas et jus ne concordent pas toujours, c'est parce que la sanction du droit civil, l'établissement d'une règle juridique sont restés, autrefois comme aujourd'hui, en deça du désir qu'on en a. Par exemple, dans les rapports internationaux, les garanties extérieures dont la civilisation sent la nécessité sont restées de tout temps insuffisantes ou inexistantes. Aussi, dans cet ordre, le fas et non le jus a établi ses préceptes. C'est pourquoi le droit de la guerre et de la paix, le droit des étrangers et des hôtes sont restés sous la protection exclusive de la religion et du fas. Là où les lois civiles manquent, l'appel aux dieux conserve sa force, principalement au moyen de deux modes les plus caractéristiques : le serment et la malédiction.

On trouve souvent le fas invoqué par les jurisconsultes classiques à défaut de règles civiles. (Ulpien, Dig. 3,2,13,4), approuvant une donation à cause de noces qui devait rester valable d'après les conventions en cas de nullité du mariage et qui avait été reconnue comme telle par un rescrit impérial : "sed fas non est eas donationes ratas esse. Mais il n'est pas permis par les dieux que ces donations soient valables". Si donc le fas est en quelque sorte le prolongement du jus, là où fait défaut la règle positive humaine, les Romains ne concevront pas que cette règle positive, le jus, puisse valablement exister si elle était contraire à la règle idéale du fas.

Les anciens font dériver le mot fas de fari, parler, dire. Ce qui est permis ou ordonné par les dieux est exprimé par les interprètes autorisés de la volonté divine. Les interprètes sont les pontifes et par excellence, l'ancien roi de Rome qui est le représentant dans la cité du dieu.

Il y a un parallélisme curieux et instructif entre l'expression de la volonté divine fari, parler et l'expression de la loi par le magistrat jus dicere judicare. Le rapport va plus loin qu'un simple parallélisme et a provoqué un amalgame qui a toujours étonné et déconcerté les auteurs modernes. De fas dérive incontestablement fastus et dies fasti les jours fastes.

Le calendrier romain, qui a des rapports si étroits, si intimes avec la religion et dont l'établissement est une des principales prérogatives du Collège

Fari et jus dicere. Dies fasti et dies nefasti; relation entre cette distinction et l'activité judiciaire du préteur.

des pontifes, divise les jours de l'année en jours fastes et en jours néfastes. Les jours fastes sont ainsi définis 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 . Necessae est aliquo uti verbo cum lege quid peragitur. Les jours fastes sont ceux dans lesquels il est permis au préteur de prononcer toutes paroles sans s'exposer à une peine religieuse (à une offrande expiatoire). Les jours néfastes sont ceux dans lesquels il est défendu par la loi divine au préteur de prononcer les mots do dico addico". Il est nécessaire qu'il se serve de l'un de ces mots lorsque quelque action de la loi est intentée.

Ainsi le calendrier divise l'année en jours fastes et néfastes. Les jours néfastes sont ceux qui sont consacrés aux dieux et où les magistrats du peuple romain sont occupés par des cérémonies religieuses publiques ou populaires. Cette définition négative en fonction du droit religieux est déjà un peu étonnante et on s'attendrait au contraire. Elle peut s'expliquer cependant par ce fait que, étant donné leur utilité pour le peuple, les pontifes se sont préoccupés d'abord de déterminer les jours fastes. Les autres sont devenus par antithèse néfastes et ce sont précisément ceux qui sont consacrés aux dieux.

Mais ce qui est beaucoup plus déconcertant, c'est la définition positive des jours fastes. Ce sont précisément ceux qui sont consacrés au jus civile! Nous verrons que dans les actions de la loi toute l'activité du préteur est circonscrite au point de vue formel dans le prononcé de l'une des trois paroles fatidiques : do, dico, addico. Par là s'expriment tous les aspects de son rôle dans la procédure des legis actiones : Ils représentent par excellence l'exercice même de sa jurisdictio de son pouvoir de jus dicere, de dire le droit. Le calendrier note soigneusement les jours où, n'étant pas absorbé par des fonctions religieuses et par des fonctions administratives, le magistrat peut se mettre à la disposition des citoyens pour régler leurs contestations d'après la loi, pour leur dire le droit. Comment se fait-il que cette activité purement civile est précisément caractérisée par un mot dérivé de fas, qui marque l'antithèse de jus.

A cette contradiction, les auteurs modernes n'ont trouvé aucune explication. Ils se sont contentés de noter la singularité, sans chercher à la justifier. L'explication nous vient pour ainsi dire sous la main. Le qualificatif de dies fasti donné aux jours judiciaires, l'explication de Varron que ces jours-là il est

permis au prêteur de fari en disant do, dico addico, ne se justifieraient-ils pas si cette activité, avant d'être devenue la juridiction civile du magistrat, avait commencé à s'exercer dans les mêmes formes à titre de droit sacré dans le domaine du fas. Ce serait à cette époque antérieure au jus civile, à la loi, que le calendrier aurait fixé ces appellations. Il aurait pu dire en toute exactitude que les jours où le roi exprime le droit sacré, le fas, sont des jours fastes. Cette appellation aurait subsisté dans le calendrier comme une persistance historique après la transformation du droit.

Le mot Jus;
Etymologie;
caractère sa-
cré du mot
non accompa-
gné de civile.

Mais il y a mieux encore. 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 jus civile. Mais le mot jus dégagé de civile a-t-il de par sa racine toujours eu le but d'exprimer ce caractère laïque du droit? L'étymologie nous enseigne précisément le contraire et nous montre avec la plus grande certitude qu'il avait un caractère sacré. J'emprunte cette démonstration à Bréal : l'Origine du mot désignant le droit et la loi en latin (N.R.H. VII, 1883 p. 603 et s.).

Jus, en ancien latin jous, a conservé son sens religieux dans le composé juro jusjurandum. Le serment est un acte religieux par lequel on prend à témoin la divinité de la vérité d'une attestation et on s'expose à sa vengeance en cas de faux serment. Le serment sert dans la jurisprudence romaine; c'est le dernier moyen employé quand les règles du droit civil ne peuvent plus jouer et sont inefficaces. Par exemple, le serment promissoire ou le jus jurandum necessarium. Dans la loi osque de Bantia, le terme usité pour prêter serment est deivo dérivé de deivus, divus qui veut dire : prendre les dieux à témoin. En latin, le vir juratus est celui qui par son serment s'est mis entre les mains des dieux. Dans le sanscrit on trouve un substantif neutre, jous très archaïque qui s'emploie seulement dans des locutions toutes faites. Dans les Védas il est associé au mot cam qui veut dire bénédiction ; cam jos est une formule employée pour appeler sur quelqu'un le pouvoir de protection des dieux. Dans l'Avesta, on a jaes, vocable qui ne fait plus partie de la langue courante mais qui en composition avec le verbe da (faire) Jaoz dâ est une expression consacrée pour dire purifier, terme de liturgie à sens religieux. Ainsi, chez les trois peuples indo-européens de l'Italie, de la Perse et de l'Inde nous trouvons le mot jous ou jaus, identiquement le même et qui renferme

la pensée, autant qu'on en peut juger par les trois termes qui ont survécu, de volonté, 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 Chrisyppe cité par Plutarque, de Stoïciorum Repugnantes, met en rapport jus avec Jovis, qui est une forme du nom romain de Jupiter. Cette étymologie a été reprise au XVIII^e siècle par Vico, *Scienza Nuova* (Edit. Nicolin I, p. 25) et par Grotius. Elle est soutenue par quelques auteurs modernes, par exemple de Francisci (*II trasferimento della proprietà*, p. 69 et s.) Elle mettrait en rapport le droit, non pas seulement en général avec la volonté divine, mais avec la volonté du dieu protecteur de la cité romaine, Jovis, Jupiter. Le jus serait la loi donnée à la cité par Jupiter et sans doute par l'intermédiaire de son prêtre, le roi de la cité. Si séduisante que soit cette étymologie, pour notre système nous ne nous y arrêtons pas. Elle n'est pas acceptée par les philologues et les conclusions de Bréal donnent un rapport bien plus ancien, puisqu'il est antérieur à la cité des Tarquins, entre le jus et la volonté divine, le rapport nous suffit d'ailleurs tout à fait pour illuminer le problème des origines du jus et de ses rapports avec le fas.

L'origine de la juridiction civile: hypothèse la rattachant à la période où le roi disait le droit en qualité de prêtre.

On voit combien facilement et logiquement ces données générales et de l'histoire romaine et du droit romain, qui sont toutes en somme acceptées par tous les historiens, conduisent à notre hypothèse sur l'origine de la juridiction civile. Cette hypothèse en effet tend à prouver qu'avant la création du jus civile, les Romains ont connu toute une étape de civilisation où le chef de la cité, le roi, disait le droit dans les formes qui ont été utilisées plus tard par la loi, mais suivant des principes tout différents, les principes du droit sacré; le roi parlait en sa qualité de prêtre.

Apparition avec la loi des XII tables de la conception de la loi, expression de la volonté humaine.

Et nous pouvons connaître le moment où s'est opérée la transformation; c'est le moment où, après la sécularisation de la magistrature, la première loi de Rome, considérée comme l'expression de la volonté humaine et non plus divine, la loi des XII Tables, a posé le fondement rationnel du jus civile. Envisagée à ce point de vue, la loi des XII Tables est bien la source du droit civil, comme le disent les auteurs latins, et les actions de la loi, les actions civiles, sont bien et rigoureusement ses créations, comme le disent d'ailleurs très expressément les sources.

Le faisceau d'indices favorables que nous avons réunis soit en étudiant les XII Tables, soit en parlant du roi et de la magistrature, soit enfin en examinant la distinction traditionnelle du fas et du jus ne sont pas à proprement parler des preuves de notre hypothèse fondamentale. Mais ils en préparent, si l'on peut dire, le climat favorable, ils lui ouvrent la voie. Ils montrent combien, s'il est possible d'en échafauder par ailleurs les soutiens, elle s'adapte bien aux conditions générales de l'histoire romaine.

Il nous faut maintenant, par l'étude interne des actions de la loi, en dégager les véritables caractères. La méthode que nous appliquerons à cette étude, par sa rigueur justifiera des conclusions audacieuses, des hypothèses nouvelles. Elles sont audacieuses parce qu'elles ne tiendront aucun compte des routines traditionnelles de l'interprétation juridique, et qu'elles se libéreront des constructions a posteriori du droit classique. Elles seront justifiées parce qu'elles résulteront de l'interprétation minutieuse et littérale des textes que nous avons à notre disposition.

Chapitre V.

VINDICATIONES.

Recherche de la nature primitive des L.A.

Nous entrons maintenant, après le long préambule des quatre premiers chapitres d'histoire externe, dans l'étude interne des legis actiones.

Le but et la méthode de nos recherches seront de dégager à l'aide de l'hypothèse par l'analyse approfondie de la structure de ces actions, telle que nous la connaissons par les textes certains du droit historique, ce qui e dû être leur nature primitive, de faire ressusciter de l'action du droit civil que nous connaissons, la manifestation rituelle du vieux droit sacré que les formes singulières de l'action civile nous permettent de découvrir.

Les actes fondamentaux autour desquels sont construites les plus vieilles legis actiones sont au nombre de deux, la vindicatio et la manus injectio.

Etude de la vindicatio; l'acte de vindicare, règle

Nous allons étudier tout d'abord la vindicatio. La partie centrale de cette étude sera l'examen minutieux et littéral de sa formule. C'est ce qui nous livrera le secret de son origine.

d'interprétation pour en dégager le sens.

Mais auparavant, dans ce chapitre, nous aurons à préparer cette analyse en passant en revue les divers cas d'application de la vindicatio et les modifications que cette diversité impose à la formule. Ayant ainsi déterminé dans son étendue la plus générale, en quoi consiste l'acte lui-même de vindicare, nous examinerons les diverses hypothèses explicatives qui ont été tentées pour en expliquer la nature originelle. Nous dirons alors sur quelles bases repose notre propre hypothèse.

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 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 ces mots dans chacune des institutions où ils figurent comme si le sens qu'on leur donne dans une institution pouvait être indépendant et différent du sens qu'ils prennent dans une autre institution. Une explication qui vaut, par exemple, pour la vindicatio du sacramentum 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 groupe de mots caractérise la partie du vieux rituel des legis actiones la plus mystérieuse, mais aussi la plus originale; celle qui donne à l'action son relief pittoresque. En même temps c'est la partie la plus ancienne de l'action elle s'y oppose à une autre série de termes de même formation : judex, judicare, judicatus, judicatum, judicium, judicatio, etc.. Les deux séries de mots désignent des actes de procédure qui prennent leur place dans les actions de la loi. Ils désignent aussi les auteurs des actes et les objets de l'action.

Ils se présentent comme deux couches successives du terrain juridique. La plus ancienne se compose d'un cérémonial archaïque et mystérieux de paroles et de gestes. La seconde au contraire, plus moderne est l'oeuvre 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.

§ I - Vindicationes.

Les différentes sortes de vindicationes: celles qui enchaînent et celles qui libèrent.

Nous savons très exactement, grâce aux Institutes de Gaius, en quoi consiste l'action de vindicare. Il n'y a pas qu'une sorte de vindicatio, nous rencontrons cet acte dans plusieurs institutions juridiques. Il y a d'abord des vindications dans la legis actio per sacramentum. Il y a ensuite une vindicatio dans l'in jure cessio. Il y a enfin une vindicatio à faire, ordonnée par le legs per vindicationem. Dans ces trois sortes d'actes juridiques la vindication a pour but d'affirmer un droit sur une chose, une res, ou sur une personne, esclave, fils de famille, homme libre in mancipiis. 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 ces diverses applications de la vindicatio, nous verrons quel vaste domaine elle embrasse. Elle est sous ses deux aspects l'expression la plus générale qui soit de la protection de toutes les formes de pouvoirs 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.

Les trois cas d'application.

I- Vindicationes qui enchaînent.

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, qui est aussi une legis actio. De plus elle sert dans le legs per vindicationem.

I°- Vindicatio dans le sacramentum.

Description du sacramentum par Gaius. Le cérémonial de la vindicatio: testes et parces.

C'est par la description de Gaius (Inst. IV, 16) de la procédure du sacramentum que nous savons précisément en quoi consiste l'action de vindicare: "qui vindicabat festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat veluti hominem et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI ECCE TIBI VINDICTAM INPOSUI: 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 utroque vindicasset, lorsque les deux eurent fait la vindicatio, que prior vindicaverat, celui qui avait fait la vindicatio le premier.

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 *Hic 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). *Quum 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 et le témoignage de Gaius. (Gaius Inst. I,134) : *Deinde aut patre remancipatur et ab eo is qui adoptat vindicat apud praetorem filium suum esse.* Ensuite, ou bien il est remancipe au père et de celui-ci, celui qui l'adopte fait la vindicatio auprès du préteur qu'il est son fils. Ulpien (Dig. VI,1,1,2) : 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 trice simo 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 lege 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 ne revendique en ajoutant la condition. Si quelqu'un établit ainsi sa réclamation : "filium suum" - ou "in potestate ex jure romano", il ne paraît, et Pomponius est de cet avis, que le père 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 le L.A. Sacramenti.

Pour 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.

2° - 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 praetorem, is cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit : "HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO". Deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit an contravindicat: quo negante aut 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 eu fait sa vindicatio le préteur demande à celui qui cède s'il fait la contravindicatio; s'il nie ou qu'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. Source : BIU Cujas

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

cessio par l'i-
ree de procès
fictif. Criti-
que.
Explication
de K. Lévy-
Bruhl.

actio per sacramentum. Cette utilisation reposeait 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.

Le nombre des
actions de la
loi. Carac-
tère non limi-
tatif de l'é-
numération de
Gaius.

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 : "Legis autem ageretur modis quinque, sacramento, per judicis postulationem, per conditionem, per manus injectionem, per pignoris captionem. On plaideait en vertu de la loi de cinq manières, par le sacramentum, par la demande de juge, par la condition, 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 infectum* 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-même à la liste, la *manus in iectio 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 vindicant. Dans l'*in jure cessio*, la vindication 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 actes avec la *mancipatio*. La *mancipatio*, 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 matière 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 *mancipatio*. 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, toute 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) demande aut patri remancipatur et ab eo is 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 du fils 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.

3° - Le legs per vindicationem.

3- Conception primitive du legs per vindicationem. Prise de possession de la chose par le légataire dans la forme de l'in jure cessio ou par la vindicatio dans une l.a. per sacramentum.

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 jurisconsultes classiques. Le droit classique fait une nette 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'identité 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, 195) : Il est constitué par les paroles du testateur : Titio hominem Stichum do lego : Je donne et lègue 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 quelqu'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, P. 314) la formule de 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 eigennächtigen 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 bien légué, 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.

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.

ridique de propriété; acquisition automatique de la chose sanctionnée par l'action réelle en 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 Sabiniens et Proculiens qui prouve que ce transfert automatique est une construction jurisprudentielle. Pour Sabinus Cassius et les autres Sabiniens, le legs est transféré en propriété aussitôt l'adition de l'héritier accomplie. Pour Nerva, Proculus et les proculiens, 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 Proculiens.

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 sur 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 vindicatio 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.

II- Vindications 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

Les trois vindicationes de ce type.

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 vindications. 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.

1°- Vindicatio de l'adsertor libertatis.

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

Elle est exécutée dans le procès de liberté. 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 ordinaire, à la vindicatio du premier revendiquant s'oppose une contravindicatio rigoureusement semblable, comme le dit Gaius (IV I,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 (*Poemilius*, vers 905, 964, 1102. *Curculio*, vers 491, 668, 709) dans Térence (*Adelphes*, vers 119), dans Cicéron (*Pro Flacio* 40), enfin dans *Martial Epigram*, I.15,8) que l'on peut affirmer que cette définition devait correspondre à un formulaire fixe, c'est-à-dire aux paroles mêmes mises dans la bouche de l'adsertor : *Hunc ego hominem 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 ego 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)".

2°- L'affranchissement par vindicte.

Les formes de la manumissio vindicta. Confusion à cet égard. L'expli-

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

cation moderne par l'idée de procès fictif.

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 su 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 liberation. L'élimination de la fiction et de l'adsertor résout une première difficulté.

Le rôle du maître, prononciation de la formule de vindicatio 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 vindicatio : Un témoignage de Festus, résumé par Paul Diacre, nous donne la formule que prononçait le maître dans la vindicatio : Festus, V° manumitti... Manumitti servus dicebatur quum dominus ejus aut caput ejusdem servi aut aliquid membrum tenens dicebat. Hunc hominem liberum esse volo et mittebat eum e 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 de sésent

les éléments traditionnels de l'acte de maîtrise par la vindicatio. Rem tenens, dit Gaius pour l'in jure cessio (2,24) rem adprehendabat, dit-il pour le sacramentum (IV,16) et simul aliquam partim 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 vindicatio 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 vindicatio étaient faits par le maître, le manumissor et non par un compare, 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 heredum jubeo, at 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 ; 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 vindication 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 : *ei vindictam imponere*, *ei* 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 : "*Hunc ego hominem liberum esse volo* (peut-être aussi plus anciennement : *sic ut jubeo*). *Secundum suam causam sicut dixi ecce ei vindictam imposui*".

La dégradation du formalisme de l'affranchissement. Le geste du licteur substitué à celui du maître. Désir de simplification de l'opération à raison du grand nombre des affranchissements.

Nous devons maintenant examiner une dernière difficulté qui a été la source de cette confusion. Nous avons dit que dans la *vindicatio* du *sacramentum* le geste de l'auteur de la *vindicatio* 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 *vindicatio*, geste que Gaius (IV, 16) exprime par 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 Ier siècle après J.C. Nous le savons par un vers de Perse, (Satire IV, 175) : "*Hic hic quod quaerimus, hic est non in festuca, licitor 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 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 vindicte. 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 manumittendi servi capiti imponens, eundem servum in libertatem vindicabat, dicens, quaedam verba sollempnia*. 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 jurisconsultes admettent que le maître ne disant rien, l'affranchissement fut quand même valable. Dig. 40, 2, 23 (Hermogénien) : "Manumissio per lictores hodie domino tacente expediri solet et verba sollemnia, licet non dicantur, ut dicta accipiuntur. 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'Ulpian 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 du 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 Fufia 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 rendrait 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'Hermogenien a une valeur supérieure à celui de Boèce, et ce n'est pas la première fois que celui-ci est surpris en flagrant délit d'inexactitude.

Attestation
de la vindicatio
du vindex.

3°- 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: *Mi 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 devant 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 prensus 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 la manus 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 manus 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 manus injiciens. Il a pour but d'affirmer que la manus injectio a été faite sans droit, injuria. Il sera donc calqué sur lui. Voici la formule de manus injectio: *Quod tu mihi judicatus es sestertium decem milia, quando non solvistis, ob eam rem, ego tibi sestertium*

tium decem milium iudicati 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 manus injectio, il est évident que Gaius a devant les yeux les formules et qu'il les commente. Car lorsqu'il parle de la manus injectio pro iudicato et de la manus 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 manus injectio à laquelle elle doit s'opposer; manum injius. Sur le modèle de cette formule, nous proposons la restitution suivante: Quod tu huic homini injuria sestertium decem milium iudicati manum injectisti, 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.

Trait commun aux différentes sortes de vindicationes. 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

dicationes : le festucam 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 vindictio du sacramentum et dans la vindictio 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 vindictio de l'adsertor libertatis.

Gaius définit ainsi la festuca à propos du sacramentum (IV,16) : in fine: - "Festuca autem utebantur quasi hostiae loco, signo quodam iusti dominii .- 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 vindictio 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 vindictio 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 vindictio. Il s'en tient à l'élément essentiel de l'in jure cessio qui est bien le meum 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 vin-

dicans 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 différerait en aucune partie de ses formes de celle des autres vindicationes.

§ 2 - Etymologie.- Combat- Justice privée.

Questions soulevées par le rite de la vindictio.

En passant en revue les diverses vindicationes 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.

I- Etymologie.

Explications étymologiques; juristes et philologues; dissentiments entre ceux-ci.

Pour expliquer ce groupe de mots de même formation : vindicare, vindicta, vindiciae, vindex, vindicare, vindictio, 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 *Rheinischer 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, iudicium etc..., il y a jus dicere ou jus dicare. Vis veut dire force ou bien la force en exercice, c'est-à-dire la violence. Nous aurons à choisir entre les deux sens du mot. Donc, la racine étymologi-

que 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 serait les mots primitifs dans chaque série. Ils appliquent une règle générale 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 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; -vis, de même, d'un radical, vi et pour désinence, vis et vim.

Quand un mot est un composé de plusieurs termes, la forme fléchie du premier terme est étrange : judex est correct, vindex pour vimdicere 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 jurisconsultes 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 vindications 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 Attique" (16,105) : *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.

Nous n'aurons pas la prétention de juger la valeur philologique de ces hypothèses ; nous dirons seu-

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

lement 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 *vindicere* ou *vindicare*, étymologiquement a le sens de *vim dicere* ou *dicere*, 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 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* données 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 préteur 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 ils présentent les *vindications* comme des manifestations de force, tantôt comme des actes de violence symbolique ou simulée. La confusion est encore plus grande pour la *vindicatio* 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.

La source de la confusion se trouve dans une conception du *sacramentum in rem* qui est lui aussi pres-

Opinion générale voyant dans la vindicatio et la contravindicatio du sacramentum in rem le vestige d'un combat réel entre les parties.

que unanimement professé. Cette conception repose sur la forme de la vindicatio et de la contravindicatio dans la legis actio. 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 consertum voco. Et l'autre répond : Unde tu me ex jure manu consertum 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 cette conception par M. H. Lévy.
Source : BIU Cujas

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" repu-

Bruhl.
L'interpréta-
tion de conserere
re manus et la
définition
d'Aulu-Gelle.

blié dans "Quelques problèmes du très ancien droit romain". Je ne puis que confirmer ses doutes en re- prenant l'argumentation. Comme le fait remarquer Er- nout "Dictionnaire étymologique", (V^e série), conserere manus, dans le sens d'engager la bataille est un sens dérivé. C'est par figure qu'elle est synonyme de bataille. Aulu-Gelle ne comprend plus le sens de l'ex- pression. De son temps, elle est devenue obscure. Il interroge un jurisconsulte qui lui donne une expli- cation 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 traduc- tion. Néanmoins, elle exprime ce fait incontestable que l'expression concerne bien l'acte de rem tenere, rem adprehendere 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'accu- satif 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, prendere manu, prendre avec la main. Donc, la citation de Ci- céron conserere manu paraît plus exacte, d'autant plus qu'elle est confirmée par l'expression très voi- sine qui caractérise le même geste de l'adsertor dans le procès de liberté, rem manu adsero. Le verbe expri- me 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 textuel-

le 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 jurisconsulte commente : Ennius significare volens, ait non, ut ad praetorem solitum est agi legitimis actionibus, neque ex jure manum consortum sed bello ferrum 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 Ennius 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.

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 des mots, il faudrait bien 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 contestation, 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

Argument en faveur de la traduction de vis par force. Impossibilité d'appliquer à toutes les vindicationes l'hypothèse de combat simulé.

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 vindicationes 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 vindicationes 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.

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

Trait commun expliquant la communauté de nom des vindicationes.

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

d'un combat. Elle emprunte à ce soutien son caractère équivoque. Sa trop grande simplicité, je dirai même sa trop grande apparence d'évidencé 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 Selbsthilfe, 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 beau-

coup plus important, et l'hypothèse gentilice nous permet de mieux comprendre et de mieux situer la structure si étonnante 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 ignorés 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 toute 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 vindications 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 à 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 vindicta est une cérémonie, un rite, un ensemble de verba solemnia 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 physique; 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 soit elle fut fausse, nos conclusions ne seraient pas atteintes, leur portée ne serait pas changée. Même si dans les composés 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 les 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 iniectio, puis du sacramentum nous permettra de suivre le développement de cette manifestation de force rituelle. L'examen des diverses personnes qui y coopèrent, l'auteur de l'acte rituel, ceux qui y collaborent par leur autorité : praetor vindex, adsertor auctor nous permettront d'en mesurer l'efficacité. Nous verrons comme il 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 comment par

elle se crée le droit.

Le fondement religieux de la force du rite.

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 tiré 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 ou de facere 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 du 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 $\chi\lambda\tau\alpha / \pi\delta\sigma\alpha\varsigma$ 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 vindicebat festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat, 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 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 IN 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 vindicatio 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 vindicte". 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 vindicatio, 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 vindicatio". L'autre répondait : "J'ai fait le droit comme j'ai imposé la vindicte".

Nous réservons pour plus tard l'explication de la première partie de la formule : HUNC EGO HOMINEM

MEUM ESSE AIO EX JURE QUIRITTIUM". Nous examinerons présentement la fin de la vindicatio 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 vindicatio. 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 d'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 apprehendebat 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 homine 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 sollemnia.- La vindicta est cette petite baguette que le licteur plaçait sur la tête de l'esclave "affranchi" en faisant la vindicatio pour la liberté du même esclave, et en disant des paroles solennelles". Des témoignages sensiblement analogues résultent de trois autres textes : un glose nomique en grec, un commentateur d'Horace, le Pseudo Acron et un commentateur de Perse, Cornutus, qui disent également que la vindicta est cette baguette avec laquelle le licteur 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 Vérone 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 licteur. 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 : vindicere, vindicta, vindiciae, vindex, vindicare, vindicatio. En soi, vindicta est le participe passé de vindicere, 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 vindicatio. 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 vindicatio 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 le 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 prêteur. Cette répétition à si peu d'intervalle nous impose une règle

d'interprétation. Quelle que soit la signification à laquelle nous nous arrêtons, 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 Véronne 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 sollemnia 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.

ration 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. Bechmann, *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 indiquées (Dig. VI, I, 1, 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, II 9) 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 une 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 "*meum 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 *mancipio*, 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 patria potestas, le mancipium, 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. 215): S.S.C.S.D.E. T.V. Secundum suam causam 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 quelque voisines. Or, ce serait un exemple unique. Sans aucune exception, toutes ces notae, longues ou courtes, en phrases complètes 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 MEUM 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'homo, mais de la causa de la 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 délivrent. La prétention qu'elle 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 vindictio est aussi sicut dixi. Il en résulte que la causa de la vindicta c'est la vindictio 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 provisoirement 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 vindictio et la vindicta, et même plus spécialement entre la vindicta et les paroles de la vindictio. 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 nuncupasset". 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 causa 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 dénuée 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 vindictio. Par les paroles et par les gestes il faisait une vindictio identique. Ainsi, dans la legis actio sacramenti in rem et dans cette actio seulement, à la vindictio du premier s'opposait une contravindictio rigoureusement semblable. Il n'y a pas plus de raison, étant donnée cette identité, pour que la vindictio 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 VINDICAVISTIS".

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 vindicta doit avoir

exactement le 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 interprétation. 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 parce 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, Cug "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 vindicare, 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'ajouté 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 oeuvre 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 nuncupassit, ita jus esto.- lorsqu'on fait un nexum ou un mancipium, comme

l'a proclamé la langue qu'ainsi soit le droit, - *Uti legassit 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'accueil de la loi. Il y a une étrange concordance en-

tre 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'un 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, comme pour le nexum ou 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 éclairer 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 vindicatio? 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 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 vindicatio, 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 vindicatio. Le

second plaideur, pour répondre, invoque la règle légale qui lui permet de faire cette vindicatio et qui l'a rendue efficace. La cause de sa vindicatio, c'est le jus, c'est la règle légale : "cum vindictam faciet, ut 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 vindicatio contrairement au droit, je te proveque au sacramentum". L'action de la loi soumet la vindicatio à l'examen du juge. Du coup, la vindicta 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 vindicatio, 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 vindications 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 l'on donne le nom de *judex*, et effectué par un expert choisi par lui et à qui l'on donne aussi le nom de *judex*.

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 *vindicatio* 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 *vindicatio*. Ainsi le rite ne prétend pas le moins du monde s'appuyer sur un état antérieur que la *vindicatio* 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 *vindicatio* nous amène à une dernière constatation. Elle excluait toute production de preuve dans son état originnaire. La manifestation rituelle se suffit à elle-même puisqu'elle affirme qu'elle est sa propre cause. 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 vindicte 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 vindicte 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 vindicte et dans la vindicatio du vindex. Nous en établissons 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 ce qu'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 réelle 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 originaires 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 nécessaire 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 vindictio 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 VII.

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 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 au manum 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 répéterons 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.

§ Ier : 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.

Néanmoins, nous allons constater dès le début de

Méprise commu-
ne sur la
manus inyec-
tio. Nécessi-
té de la dis-
siper.

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 justi sunt. Post deinde manus injectio esto. In jus ducito. Ni judicatum facit aut quis endo es 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 vindictio 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 *secum ducito*. Dans les deux cas il est conduit parce que avant comme après la comparation in jus il est saisi et reste saisi.

Si nous avions 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 dissolverent ad praetorem vocabantur. Ensuite, si les *judicati* ne payaient pas, ils étaient appelés devant le préteur". 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 *judicatus* est amené *apud praetorum* 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

comme 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 la 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 *Kleinéidam* (*Personal-exécution des XII Tafels*, p. 134 et suivantes), 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 docteurs 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 jacito*, 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, certes 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'exerçait en dehors du jus, c'est-à-dire hors de la présence du prêteur (extra jus paregebatur 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'écartier le témoignage de Cassilius 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) : "Leges 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 au-

teurs 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 juriconsultes 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 aient 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 préteur.

C'est donc partager l'erreur de la minorité des juriconsultes 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 préteur, 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 préteur, on ne dira donc pas que la procédure est extrajudiciaire, 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, mon 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. r. ö. Civ. 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'éclairer 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 ductionis. 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, permettant 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, iudicatus (sive damnatus) es sestertium decem milia, quando non solvistis, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati 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'accomplit. Il met la main sur son débiteur en annonçant qu'il fait mainmise. Il ne 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 iudicatus qui n'a pas payé, pour qu'il refuse de l'écouter. Que le iudicatus paie; quant à lui, il considère que l'aff-

faire 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 préteur 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. - La *manus injectio* dans l'*in jus vocatio*.

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. Ces résultats obtenus éclairent et facilitent l'étude de la *manus injectio vocati*, de cette institution qui, 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'appel en justice du débiteur que l'on veut faire juger. Elle est réglée par une disposition des XII Tables : "1. Si *in jus vocat, ito, ni it, antestamino, igitur em capito*. 2. Si *calvitur pedemve struit manum endo jacito*. - Si le créancier appelle son débiteur *in jus*, qu'il y aille. Si le débiteur ne vient pas, que le créancier prenne des témoins. S'il se retire en arrière, ou frappe du pied, (s'il cherche à se dérober) que le créancier mette la main sur lui".

Les dispositions de la loi nous sont rapportées : le numéro 1, par Porphyre, le commentateur d'Horace, Satire 1.9.16., et le N° 2 par Festus au mot *Struere*. Les sources demandent quelques corrections, et la ré-

union est artificielle, je veux dire qu'elle ne résulte pas d'un texte unique, mais d'une combinaison

moderne. Néanmoins, dans l'ensemble, la restitution ne présente ni incertitude, ni difficulté majeure, et n'est pas contestée.

Nous appliquerons une fois de plus la méthode qui nous a déjà conduit à quelques résultats. Nous demandons qu'on écarte la glose juridique et qu'on lise simplement le texte sans autre préoccupation que lui-même. L'interprétation est alors facile. L'appel en justice débute par une invitation à venir volontairement devant le magistrat. Cette invitation n'est pas encore la manifestation rituelle. De nombreux exemples de cette vocatio se trouvent dans les comédies de Plaute. Elle ne comporterait pas de verba certa. L'opinion commune des auteurs modernes interprète ainsi les données fournies par le théâtre de Plaute. Le plus souvent l'auteur dit *in jus te voco*; mais au moins aussi souvent, *ambula in jus, in jus eamus*. Il n'est pas nécessaire qu'on indique la cause de cette invitation. Dans une réplique à l'interpellé qui demande pourquoi on l'appelle *in jus*, l'autre répond, "je l'expliquerai devant le magistrat, allons." Ainsi, cet appel est le préliminaire de l'action.

Contre celui qui n'obtempère pas bénévolement, l'acte rituel est encore précédé par une prise à témoin des personnes présentes. Puis le demandeur saisit le défendeur *em capito*. Je ne crois pas que cette petite phrase mérite les discussions qui se sont élevées autour d'elle. J'y vois seulement l'un des gestes qui accompagnent la manifestation rituelle. C'est le geste que Gaius décrit dans la *vindicatio*, IV.16. : *deinde ipsam rem adprehendebat*, et dans la *manus iniectio iudicati*, IV.21. : "Et simul aliquam partem corporis ejus adprehendebat". Et la *manus iniectio* déroulait son cérémonial de paroles et de gestes que la loi désigne par son expression technique, *manum endo jacito*.

Il n'y a pas à s'arrêter, à mon avis, à ce que le texte reconstitué de la loi prévoit entre la préhension du *vocatus em capito*, et le *manum endo jacito*, l'hypothèse d'une résistance, pour considérer ces deux actes comme distincts et séparés. Nous avons dit que le N° 2, si *calvitur pedemve struit manum endo jacito*, nous a été transmis par une source (Festus) indépendante du N° 1 (Porphyre). Nous admettons sans doute que les verba de la loi sont bien tels qu'on nous le dit. Mais la composition que nous avons faite de l'ensemble n'a pas assez de force probante pour nous fournir des indications trop rigoureuses. Elle peut cependant nous suggérer l'idée que la loi, prévoyant que le *vocatus* cherchera à se dérober, décrit les gestes com-

me faits avec les deux mains, l'une qui saisit le vocatus (capere), l'autre qui se pose sur lui (manum injicere), tandis que sont prononcées les certa verba. C'est la suite des gestes clairement décrits par Gaius pour la vindicatio, avec cette différence que dans cette dernière action, l'autre main tient la fœstuca, qui n'est pas employée ici.

Il est bien caractéristique que la loi des XII Tables prévoit une résistance; celle-ci est prévue avant la manus injectio, qui est nettement présentée comme le moyen spécifique de briser la résistance. La résistance est prévue avant, non après la manus injectio. Cela prouve que la loi n'a pas jugé possible qu'on résiste à la manus injectio une fois réalisée. L'Édit du préteur, beaucoup plus tard, a pris des mesures pour réprimer une violence qui empêcherait l'appel en justice de suivre son cours. Dig. 2.7. : "ne quis cumque in jus vocabitur vi exinat. Que personne ne délivre par la violence celui qui est appelé en justice". Mais l'édit du préteur s'en est préoccupé lorsque la manus injectio est tombée en désuétude. Tant que le respect des usages anciens lui a conservé son empire, elle est le moyen de contrainte irrésistible.

La loi nous a montré que la manus injectio s'ouvre dans l'hypothèse où le défendeur invité à venir in jus n'est pas venu volontairement. Il serait facile d'accommoder les paroles d'une formule aux verba de la loi en prenant pour modèle la manus injectio iudicati: "Quod tu a me in jus vocatus es, quando non venisti, ob eam rem ego tibi vocati manum injicio. - Parce que tu as été appelé en justice par moi, puisque tu n'es pas venu, à cause de cela, je mets sur toi la main de l'appel." Cette reconstitution est sans doute assez arbitraire, car nous n'avons aucun texte mais elle est en soi satisfaisante et marque exactement les limites de l'acte.

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. En outre, le récit de Tite Live, que nous allons examiner un peu plus loin, nous fournira la preuve que, lorsqu'elle était accomplie, des paroles accompagnaient les gestes. L'opinion moderne repousse cette conception. Par une erreur singulière, elle a été prise dans cette alternative ou bien d'admettre qu'elle n'est pas autre chose que la manus injectio iudicati, ou bien qu'elle n'est qu'un simple acte matériel. Nous n'acceptons ni cette alternative ni l'objection qui en est le support secret. Comme elle ne figure pas, en effet, dans la liste

te des cinq actions de la loi de Gaius, si elle n'est pas comprise dans la legis actio per manus injectio-nem iudicati, elle ne peut pas être une action de la loi. Nous nous sommes déjà suffisamment expliqué sur la valeur de ce raisonnement; nous avons dit que dans d'autres cas, on a bien été obligé de considérer comme actions de la loi des actes qui ne figuraient pas dans cette liste des cinq. Il est contraire à toute logique de persister ici dans l'exclusion qu'on a abandonnée ailleurs.

11- 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. Ce récit a un grand intérêt pour les historiens du droit, non pas à cause de son authenticité plus ou moins grande mais parce qu'il nous fournit la description d'un procès de liberté vu par un auteur classique. La partie que nous avons à examiner ici est l'appel en justice.

Nous connaissons déjà l'histoire. Tite-Live la conçoit ainsi : Appius Claudius le decemvir s'entend avec un de ses affranchis pour qu'il provoque un soi-disant procès de liberté. Grâce à quoi l'affranchi s'emparera de Virginie, la jeune fille que son maître convoite. L'affranchi fera sur elle manus injectio comme si elle était son esclave en profitant de ce que son père n'est pas à Rome mais aux armées. Le père ne pouvant jouer le rôle d'adsertor, le magistrat qui doit être Appius Claudius lui-même, attribuera la jeune fille selon le droit, puisqu'elle ne sera pas défendue. Tel est le thème juridique posé par Tite Live, sur lequel les complices espèrent accomplir leur forfait. Ils ne méditent donc pas un simple coup de force. Ils n'ont pas le dessein de recourir à cette manus injectio que tout maître a pour saisir son esclave et l'entraîner chez lui. Si l'affranchi prétend qu'elle est esclave, il ne prétend pas qu'elle est une esclave en fuite et en révolte. C'est bien une prétention juridique qu'il veut exercer sur elle au moyen d'un procès ou d'une comédie de procès.

Aussi n'est-ce pas n'importe où, dans un endroit écarté, que l'affranchi attend la jeune fille, comme il le ferait pour répéter un coup de force. Il vient à sa rencontre sur le forum, là où se tenaient dans des boutiques, les écoles publiques et il fait sur elle manus injectio : "Virginiae veniente in forum, minister decemviri libidinis manum injecit. Serva sua natam, servamque appellans, sequi se jubebat, cunc

tantum vi abstracturum. - Le ministre de la passion du decemvir fait manus iniectio sur la jeune fille venant au forum. Déclarant que, née d'une de ses esclaves elle était son esclave, il lui ordonnait de le suivre, il emploierait la force si elle résiste". Dans ces paroles, je vois une description exacte de la manus iniectio, telle que le rite est établi par la loi. Il faut seulement songer que Tite Live n'est pas un juriste qui parle en technicien mais un auteur littéraire qui amplifie et dramatise. Il emploie cependant l'expression technique importante : manum injicere. On voit que les paroles accompagnent les gestes. Nous avons ici la preuve que nous annonçons en étudiant les XII Tables. La manifestation rituelle est toujours, avons-nous dit, causée. La cause n'est ici ni un judicatum, parce que Virginie n'est pas judicata, ni un simple vocatum, parce que l'affranchi ne prétend pas se trouver en face d'un débiteur ordinaire. Le fondement est l'affirmation que Virginie est son esclave, parce qu'il veut inventer à son sujet un procès de liberté. La manus iniectio est faite secundum suam causam : la phrase serve sus natam, servamque appellans est une transposition des paroles de la formule. Le reste est un rappel de la disposition de la loi des XII Tables. La loi commence par une invitation à suivre. Tite Live dit ee qui se jubebat. La loi prévoit que si l'interpellé cherche à ruser, on emploiera la force du rite. Tite Live dit cunctantem vi abstracturum : si tu résistes, je t'entraînerai de force. Parle-t-il autrement que la loi, compte tenu comme nous l'avons dit de la transposition littéraire.

La foule au milieu de laquelle l'affranchi accomplit volontairement la manus iniectio, s'attroupe, attirée par les clamours de la nourrice ; elle connaît la jeune fille, son père et son fiancé. Elle croit à une violence et s'apprete à protéger la victime. Mais l'affranchi aussitôt "Nihil opus esse multitudinem concitata, ait, se jure grassari non vi. Vocet puellam in jus, auctoribus qui aderant ut sequeretur. - Il dit qu'il n'est pas nécessaire à la multitude de s'attrouper, qu'il procède par la voie de droit, non par la force, qu'il appelle la jeune fille en justice, et que les personnes présentes sont les auctoribus. (c'est-à-dire non seulement les témoins mais les garants) que la jeune fille doit le suivre". Je marque plus fortement que ne le fait le texte la liaison entre toutes ces propositions et le discours de l'affranchi à la foule. Grammaticalement, seules, les deux premières se rattachent au verbe ait. Aussi

les auteurs qui ont torturé ce texte pour ne pas le comprendre, traitent-ils les deux propositions suivantes : *Vocat puellam in jus, auctoribus qui aderant ut sequeretur*, comme une reprise du récit, indépendante de la partie précédente. Ils considèrent que la première action de l'affranchi est annulée par l'intervention de la foule et que c'est une seconde action, différente de la première, qui est décrite ensuite.

Le mouvement du récit, la suite des faits imposent pourtant, à mon avis, la liaison que j'établis. L'affranchi a mis la main sur Virginie; l'attitude menaçante de la foule l'oblige, non pas à enlever la main, mais à expliquer son geste. Il explique que ce n'est pas un geste de violence mais un geste de droit. Rien ne fait supposer qu'il va annuler sa *manus injectio* et qu'il va la remplacer par une *jus vocatio* simple, par une simple invitation à le suivre bénévolement. D'autant plus que dans l'ablatif absolu, *auctoribus qui aderant ut sequeretur*, on ne peut voir autre chose que la prise à témoins des assistants, de règle dans la *manus injectio*, nous l'avons vu. Ainsi, les deux premières propositions et la quatrième étant liées nécessairement au discours de l'affranchi adressé à la foule, apporte la preuve que la seconde l'est aussi. Il n'appelle pas de nouveau la jeune fille in jus. Il dit à la foule que, s'agissant d'une affaire de droit, il l'appelle in jus.

Nous sommes alors en présence d'un témoignage qui vient corroborer celui de Sextus Caecilius. Comme le jurisconsulte qui commente pour Aulu-Gelle, la *manus injectio judicati* dans la loi des XII Tables, Tite Live présente la *manus injectio* comme l'appel en justice, comme le moyen juridique proposé à celui qui veut conduire son adversaire *apud praetorem*. C'est une confirmation précieuse qui éclaire à nouveau pour nous la véritable nature de la *manus injectio*, qu'elle soit *judicati* ou *vocati*.

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, (*Institutionen* 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'expli-

que pas, la legis actio per manus injectionem iudicati ou pro iudicato, 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*, l.p.159), Karlowa (*Röm. Civilprocese zur Zeit der legis actionen* 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 iudicatus, pro iudicato. 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 iudicato.

On comprend que cette logique ait paru trop rigoureuse, impossible même à accepter, Keller, (*Röm. Civilpr.* § 46), Rudorff (*Rechtsg* II, p.209) Bethmann-Hollweg (*Civilpr.* l.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 iudicati, pro iudicato et pura, ne parle pas du vocatus. Rien dans les institutions postérieures de la procédure formulaire 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 *in 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 *vindicere*, *legis actio* et *lege 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 *judicatum*, *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 in capito*) et il l'entraîne de force en cas de résistance (*si calvitur pedemve struit manum endo jacito*)." Mais, *manum 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 Tite Live, non seulement *manum injicit* ne veut pas dire *manus injectio* mais *in jus vocat* ne signifie

pas davantage in jus vocatio, car, dit-on, on ne peut 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 iniectio, 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 iniectio iudicati 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 iniectio vocati si elle est ou non une action de la loi.

IV - L'appel en justice.

Nous avons apporté la preuve que la manus iniectio iudicati débutait hors de la présence du juge. Nous avons également établi que la manus iniectio 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 iudicatus, la loi n'avait rien prévu puisque, malgré son texte pourtant clair, la doctrine plaçait la mainmise après la ductio in jus. Et, pour le vocatus, la même doctrine affaiblissait à l'extrême la prescription légale en déniaut au manum endo jacito son sens naturel. On trouvait un commode 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.

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 ? Comment 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 témoin 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'embaumement de la violence, momification 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 manus 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 ductionis engendré par elle comportait d'abord le droit de in jus ducere, puis le droit de secum ducere et enfin le droit de vincere. 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 préteur fera bien facilement la distinction. Lorsque le demandeur conduira devant le préteur le défendeur saisi, il lui suffira de dire "*judicatus*" pour que le préteur 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 préteur lui en donnerait l'ordre au besoin. La manifestation rituelle cesse, ayant atteint son but, et le *vocatus*, de nouveau libéré, coopèrera 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 préteur 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 exemerit 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 préteur 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 vadimonium 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 manifestatio 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 avan-

cé.

Les jurisconsultes et les constitutions impériales prévoient à plusieurs reprises des ventes d'esclaves dans lesquelles figure la clause suivante: le maître, en vendant son esclave réserve son droit de manus injectio si les clauses de 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 les conditions 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 manum 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 employé 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 abstenons-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 *secunducere*. Il ne peut être question pour l'esclave ni de résister, ni d'en appeler au préteur. 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'ar-

mée et que le magistrat refusera tout autre adsertor que le père. La manus injectio sera alors confirmée par l'addictio du préteur 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 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 ductionis 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, subsiste 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, "1954,

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) "Majores 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 a réussi 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'ils 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'obsequium 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 attention 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 jus-

tice 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.

§ 1 - Le vindex dans la manus injectio iudicati.

Nous commencerons l'étude du vindex par celui de la manus injectio iudicati pour les mêmes raisons qui nous ont fait commencer l'étude des manus injectiones par la manus injectio iudicati. 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 iudicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito. - Si le iudicatus 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, iudicati manus injectio esto, itque ei sine fraude sua facere liceto. Vindex arbitrato duumviri quive jure dicundo praerit locuples esto. Ne vindicem dabit iudicaturave faciet, secum ducito. Jure civili vincitum habeto. Si quis in eo vim faciet, ast ejus vincitur, dupli damnas esto colonisque ejus coloniae sestertium viginti milia dare damnas esto. E jusque pecunias cui volet petitio. Duumviro quive jura dicundo praerit exactio iudicatio 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 puisse 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 *duumviri*, ou à celui qui préside à la *judicatio*.

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 judicatio 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'écartier 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, reo 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'écartier la main de soi et d'agir par l'action de la loi pour soi.

7°) Gaius 4.25. Sed postea lege Vallia excepto judicatio et eo pro quo *depensum* est, ceteris omnibus cum quibus per *manus injectionem* agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se agere. Ita que *judicatus* et is pro quo *depensum* est etiam post hanc legem vindicem dare debebant, et nisi darent domum ducebantur. Idque, quandiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur : unde nostris temporibus is, cum quo *judicati* *depensive* agitur, *judicatum* solvi *satisdare* 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'écartier 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 co (pour in eo) in jure vindicatio, - 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 la 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 "vindicatam imposui", cette formule était la caractéristique même de la vindicatio 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 iniecisti, ego tibi manum depello. Secundum suam causam, sicut dixi, vindictam imposui iniecisti, ob eam rem ego tibi manum depello.- 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. Müller 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 *Selbtshilfe*, 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 controvindicatio qui affrontent les deux adversaires, pouvaient donner une apparence spécieuse 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 dicere.

C.- Vim facere.- L'explication de Mommsen a tiré quelque appui d'une expression qui figure dans la Lex Coloniae Genetivæ 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 sestertia 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'é-

gard 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.

Malgré 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 prévision 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 que in jus vocatur. - 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 a ra 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 interdisent qu'il soit fait violence pour 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 : damnas 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.

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 iudicatus.

Sur ce point, les textes nous donnent de sûrs renseignements. L'intervention du vindex libère le iudicatus : 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 premsus est ab aliquo teneatur. - Vindex de eo 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 iudicatum facit aut quis endo eo in iure 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 iudicatum 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 le 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 carence des textes qu'une seule attitude scientifique, faire l'aveu de notre ignorance. Nous ne savons rien, parce que les textes se 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 libérateur, 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 grou-

pe s'expose à la ruine pour empêcher la mise en faillite de l'un de ses membres. Ils estiment que cette faillite déshonore 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 iudicatio manum sibi depellere et pro se lege agere ; sed vindicem dabat qui pro se causam agere solebat ; -Il n'était pas permis au *iudicatus* 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 *iudicatus*.

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, Zimmermann, Puchta, Keller, Rudorff et les autres qui voient dans le *vindex* un représentant du *iudicatus* ne peuvent pas concevoir que quand le *vindex* plaide, il ne plaide pas pour le *iudicatus*. 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 Gafus, écrit : "Grammaticalement "se" pourrait se rapporter au vindex, mais d'après le sens le plus naturel de la phrase, "se" désigne le judicatus et Gafus 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 Gafus. Ils cherchent toutes sortes de systèmes compliqués pour sortir de cet embarras inextricable : Lenel (Sav.Stift, 25, p. 597), Erman (Sav. Stift., 26, p. 563) vont jusqu'à imaginer que le texte de Gafus ayant été pris comme un cours par 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 Gafus, solebat et non volebat. Aussi Jüncker conclut-il que ce texte est un 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 Gafus 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 préteur 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, 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 Vellia l'intervention d'un vindex n'était plus nécessaire qu'en cas de manus injectio judicati et de manus injectio depeasi. Et il conclut en disant : "Idque quoad legis actiones in usu erant semper observabatur; unde nostris temporibus is, cum quo judicati deponsive 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 deponsum est obligé de faire la promesse garantie par une caution de payer le judicatum". Le deponsum 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, I. 19. § 1; Cicéron, Pro Flacco, 21. - Voyez, par exemple, Paul : "Quaedam actiones, si a reo infitiantur duplantur, veluti judicati, deponsi. - Quelques actions, si elles sont contestées par le défendeur sont doublées par exemple, l'actio judicati et deponsi." 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 damna 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^o6). 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 au-

torité, 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 dépeignent 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 dumviri 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 proletaire 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 complotent 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.l.) 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 iudicati* et que les renseignements qu'elles nous livrent sont encore moins décisifs. Mais la cause principale de l'incertitude de la doctrine me 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 iudicati*, 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 réglementé 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'éclaircir le problème. Le *vindex* de l'*in jus vocatio* a été traité comme s'il était étranger au *vindex* de la *manus injectio iudicati* 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 éclaircir 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'Edit 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. § I. (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* : "Quominus in eum quei ita vadimonium Romanum ex decreto ejus quei ibei jure deicundo praerit, non promissert aut vindicem locupletem ita non dederit, ob eam rem iudicium recuperatorium is, quei ibei jure deicundo praerit ex hac lege det iudicareique de ea re ibei caret 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 prenne 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 iniectio*, 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 préteur dans son Edit a visé et réglementé 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 iudicio sistendi causa*. Comme le dit Lenel, *Edict perpetuum*, 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 préteur, il faut changer *fidejussor iudicio 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 iudicio 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 préteur, 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 iudicio 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 préteur 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 *legis 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 contraint 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 libera* le saisit. 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. § I : "Qui *in jus vocatus* est, *duobus casi bus dimittendus* est; si qui *ejus personam defendet* et si, dum *in jus venitur*, 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^o 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 jus 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 vindicif"; 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 vindicif et si, dum in jus venit, de re transactum fuerit". Cette restitution explique le futur defendet de l'interpolation, futur que Lenel jugeait suspect, et

explique aussi le début de la seconde partie de l'alternative, *du in jus venitur*.

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}~~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, *adversus 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 vendicium 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 libérateur 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 iniectio, 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 vindicem dederit) non debet praetor jubere exhibere eum. Quod si ignorans jussit 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 préteur ordonnait au vindex d'exhiber le défendeur à un jour dit. Il ne semble pas que l'édit ait prévu autre chose, en particulier une alternative, exhiber ou défendre Dig. 2.8.4. : "Si decesserit qui fidejussorem dederit iudicio sistendi causa qui

vindicem dederit, non debet praetor jubere exhibere eum; Ulpien, Dig. 2.6.4. : "Qui duos homines in judicio sisti promisit, si alterum exhibit, alterum non. - Celui qui a promis que deux personnes comparaisissent 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 préteur donne une action in factum au quanti ea res erit Dig. 2.8.2.5. "In fide jussorem 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 fidejussor qui a promis que quelqu'un comparaitrait devant le juge (contre le vindex), le préteur 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 fidejussor (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 préteur. Aussi l'action met-elle en jeu la propre capacité du vindex, non celle du vocatus, Dig. 2.5.1. Ulpien : "Si quis in jus vocatus fidejussorem dederit in judicio sistendi cause (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 quantia 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 fidejussor (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 exerit 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, glose 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 préteur. Puisque l'action est donnée contre lui, c'est qu'il n'a pas obéi au jour dit à l'ordre du préteur. Il est peu vraisemblable que l'action délivrée 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 défensor, et je re-

connais 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.2.6.2 § 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 iniectio vocati était tenu du simple et non pas du double comme celui de la manus iniectio iudicati.

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 iudicio sistendi causa fide jussorem (vindicem) dedit si neque potestatem sui faciet neque defenderetur, iri iubeto". - 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 prêteur 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 prêteur 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 extraordinaire tiré de son *imperium*, à une *missio in bona*. Le motif donné par l'Edit, se 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 volontaire 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 prêteur 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 bona*, prouvent que le prêteur n'a pas trouvé de précédents dans le droit civil. Ce sont des créations du droit prétorien.

L'Edit 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 IX.

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 et en particulier le témoignage du vindex. Cet exemple nous sera donné par le procès de liberté et le rôle qu'y joue l'adsertor libertatis. Ce rôle se rapproche beaucoup de celui du vindex et souvent d'ailleurs l'adsertor 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, même à l'époque de la procédure formulaire. Le sacramentum in rem dans cette application n'a été remplacé ni par la procédure per sponsionem, ni par la formule pétitoire dans la procédure formulaire. Elle n'a cédé la place qu'à la procédure extraordinaire.

La principale source de notre connaissance du procès de liberté est l'histoire de Virginie dans Tite-Live, (III, 44 à 48). On sait que le coup de force du decemvir contre une jeune fille romaine qui, d'après la tradition, amena la chute des decemvirs s'est transformé, sous la plume de Tite-Live en un scénario de procès de liberté machiné par Appius Claudius et son affranchi contre une jeune plébéienne, Virginie, fille d'un centurion Virginius et fiancée d'un tribun du peuple, Icilius. En l'absence d'autres documents, ce récit est précieux, car il nous montre, dans l'adaptation parfois difficile du coup de force en une action juridique, comment les contemporains de Tite-Live conçoivent le procès de liberté dans lequel un maître revendique une personne comme son esclave.

§ 1 - Tite-Live, III, 44-48.

Nous connaissons le début de l'affaire. L'affranchi fait manus injectio sur la jeune fille rencontrée sur le forum un jour où il sait que Virginus n'est pas à Rome mais exerce son commandement à l'armée. Il déclare qu'elle est son esclave, née d'une de ses esclaves. Aux personnes présentes qui se préparent à protéger la jeune fille contre un attentat, il dit qu'il ne s'agit pas d'un acte de violence mais d'une action judiciaire. Il appelle la jeune fille devant le juge et il prend à témoins les assistants qu'elle doit suivre.

Tout le monde se transporte devant le tribunal d'Appius Claudius qui n'est pas très loin, près des rostris sur le forum. Là, l'affranchi renouvelle son affirmation. La jeune fille est son esclave. Il en apportera la preuve dans un procès régulier même devant le père, Virginus. Mais en attendant, l'esclave doit suivre le maître, il faut qu'elle lui soit remise.

Les assistants se récrient. Virginus est absent pour un service public, en deux jours il peut être revenu si on l'avertit. Il serait injuste d'intenter une action d'état au sujet de ses enfants contre un absent. Ils demandent donc que le préteur maintienne les choses en l'état jusqu'au retour du père, pour que, suivant la loi des XII Tables elle-même, il dise les vindiciae secundum libertatem. Car il ne doit pas souffrir que la jeune fille coure le risque de perdre son honneur avant de perdre sa liberté.

Ainsi les avocats de la jeune fille demandent qu'on lui applique la règle essentielle d'après la loi des XII Tables des procès de liberté. La possession intérimaire de l'objet du procès, c'est-à-dire de l'esclave prétendu doit être attribué, entre la procédure in jure et le jugement in iudicio à celui qui a fait la vindicatio in libertatem. Mais pour que cette règle puisse être appliquée, il faut attendre le retour du père. On demande donc au magistrat de différer l'affaire jusqu'à ce retour "Postulans ut rem integram in patris adventum differat".

Appius Claudius répond en invoquant strictement le droit la loi qui favorise la liberté doit être appliquée sans modification. Sans doute, quand il y a adsertio in libertatem, c'est à l'auteur de celle-ci qu'on doit attribuer la personne objet du litige. Mais il n'y a

que celui qui se dit le père qui puisse faire cette adsertio. En attendant, le demandeur l'emmènera en promettant de la représenter quand celui qui se dit le père sera de retour.

Les assistants murmurent contre l'iniquité de cette décision mais aucun n'ose élever de réclamation. C'est la règle légale qu'énonce Appius Claudius.

Survient l'oncle de la jeune fille, Publius Numitorius, et son fiancé Icilius. Icilius fait un discours de protestation violente. Mais il n'invoque aucun argument juridique. Il menace. Il faudra tous nous égorger avant d'exécuter ton décret : "Neque tu istud unquam decretum sine caede nostra referes". L'iniquité qu'il dénonce comme l'avaient fait déjà les assistants est que cette jeune fille, qui est sa fiancée et qui est intacte sera sans aucun doute souillée si elle est remise, même provisoirement, au demandeur avant qu'on ait décidé si elle était esclave ou libre.

Devant ces menaces et devant le soulèvement de la multitude, Appius Claudius hésite. Il demande à l'affranchi de renoncer à son droit et d'accepter que la vindicatio ne soit faite que le jour suivant. Il accorde le sursis en disant bien qu'on appliquera cette fois-ci la loi si le père ne se présentait pas.

Le récit jusqu'ici est assez clair. Il y a maintenant une reprise qui l'obscurcit. Après la réponse d'Appius Claudius, les amis de Virginus lui dépêchent deux jeunes messagers, le frère de Icilius et le fils de Numitorius, pour le faire revenir le plus vite possible. Mais l'affranchi insiste : "ut vindicaret, sponsore daret. - Pour faire la vindicatio et donner des sponsors." Il ne veut pas, semble-t-il, tenir compte du délai accordé et il veut au contraire user de son droit. Icilius cherche à gagner du temps disant qu'on ferait cela aussi. La foule tout entière lève la main et dit qu'elle est prêt à cautionner Icilius. Icilius, touché aux larmes, la remercie et dit qu'il userait demain de leur office, mais que pour le moment il y a assez de sponsors. "Ita vindicatur Virginia, spondentibus propinquis - et ainsi Virginie est laissée libre, ses proches étant sponsors". - Je comprends que l'affranchi d'Appius insiste pour que s'engage la véritable action de la loi per sacramentum où il savait qu'il triompherait puisqu'il n'y avait pas d'adsertor libertatis pour faire la contravindicatio in libertatem. Mais Icilius élude son offre et les parents de Virginie se contentent de fournir caution qu'elle serait représentée le lendemain, et c'est ainsi que la jeune fille est déivrée, ses proches ayant fait la promesse. Donc, vindicatur n'est pas pris par fite-

Live au sens technique de vindictio faite dans le sacramentum mais en un sens général de délivrée, laissée libre, sous la caution de ses proches.

Appius Claudius attend quelque peu pour ne pas avoir l'air d'être venu siéger uniquement pour cette affaire et comme aucun autre plaideur ne se présente, il rentre chez lui et écrit à ses collègues à l'armée de ne pas accorder de congé à Virginus et même de le retenir de force. Mais sa lettre arrive trop tard, Virginus part dès la première veille et arrive à Rome.

Le lendemain, dès le point du jour, tout Rome est sur le forum dans l'attente des événements. Virginus entouré de quelques matrones et d'une foule de défenseurs, conduit sa fille. Virginus et Icilius sollicitent les citoyens de les aider contre l'injustice. Appius Claudius monte sur son tribunal. Le demandeur, l'affranchi, commence à se plaindre de ce que la veille, par complaisance pour la foule, le juge ait commis à son égard un déni de justice. Sans lui permettre d'exposer sa requête, sans laisser à Virginus le temps de répondre, Appius Claudius prend la parole. Tite-Live ajoute que les anciens ont peut-être transmis son vrai discours, mais comme il n'y a rien trouvé qui puisse colorer de motifs une décision si odieuse, il se bornera à l'exposé du fait et à dire qu'il adjugera la jeune fille à son affranchi. Comme celui-ci s'approche pour la saisir et comme Appius ordonne au licteur de l'aider, Virginus tirant sa fille et la nourrice à l'écart jusque vers le temple de Cloacine, près de l'endroit qu'on appelle aujourd'hui les boutiques neuves, et saisissant un couteau à l'étal d'un boucher, en perce le cœur de sa fille. Il dit en même temps : "Hoc te uno quo possum modo, filia, in libertatem vidico. - Je fais de toi, ma fille, la vindictio en liberté par le seul moyen qui me reste".

La tradition la plus sûre imposait ce meurtre final. Elle imposait aussi la présence du père devant le décomvir et son impuissance. Au point de vue du procès de liberté, du moment que le père était là, cette fin est contraire à toute règle. Le père aurait dû triompher au moins jusqu'au jugement. Il fallait donc que l'historien sorte du scénario de l'action juridique et fasse revenir Appius Claudius au coup de force primitif auquel le père ne peut répondre que par un acte de violence. Finale inattendue et surprenante puisque jusqu'alors Appius Claudius et son affranchi avaient pris soin de rester dans la légalité, mais qui était imposée par la tradition.

§ 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 *vindictio* 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 " Adsertionem non prohibetur suscipere, nisi suspecti praetore. 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 un usage qui devait dépendre de la jurisprudence du préteur. 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.

C'est sur cette règle que compte Appius Claudius pour réaliser son mauvais dessein. Il avait convenu avec son affranchi qu'il ferait sa manus iniectio et sa vindicatio en l'absence du père de la jeune fille et l'un et l'autre devaient refuser tout autre adsertor pour faire la vindicatio in libertatis. La hâte mise par les amis de Virginie à le prévenir déjoue ce complot. Dans sa colère et dans son dépit, Appius Claudius s'enfonce davantage dans la voie de l'iniquité; il laisse à peine à l'affranchi le temps de s'expliquer. Tite-Live veut dire sans doute qu'il lui laisse à peine le temps de faire sa vindicatio et immédiatement lui adjuge la jeune fille, sans accepter même le père comme adsertor. Cela est contraire à l'usage des préteurs, la hâte qu'il y met montre sa mauvaise conscience, mais formellement il exerce son droit de refuser le vindex et de prononcer son adductio.

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, Adelphe, 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 a fait manus injectio sur le prétendu esclave et l'a amené devant le magistrat. Et là, il s'offre à faire une vindicatio in servitute sur le saisi : Tite-Live III, 46 : "Quum instaret adsertor puellae ut vindicaret. - Alors que l'assistant de la jeune fille assistait pour faire son assertio." 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 contra-vindicatio 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, Adelphe, vers 119; aussi bien dans Cicéron, pro Flacco, 40; Martial, Epigrammes, I, 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 vindicatio 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 lecteur, avait la festuca à la main. D'autre part, la vindicatio in libertatem s'oppose à la vindicatio in servitutem. 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 tiennne 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 dis 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 vindicatio. 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 que la causa vindicaveris", il traduit : "Je demande que tu dises en vertu de quel titre de propriété tu as fait la vindicatio". 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 différant. Causa = procès, causa = condition juridique, causa = titre de propriété. Une telle conséquence 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, parce qu'il est 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* ou *manum*.-

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 champ, 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 concordant, il est fait contre 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, mittite 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 servitute. Dans le procès ordinaire, les deux vindicationes étaient rigoureusement semblables, c'est au juge à décider à qui il accordera provisoirement la possession : dicit vindicius, Gaius, IV, 16 : "Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum. - Ensuite le prêteur 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'homme 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 vindicatio. La seconde est la condition juridique de l'homme 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, 24 : "Initium secessionis dicitur Virginius quidam, qui, cum animadvertisset Appium Claudium, contra jus quod ipse jure duodecim Tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abduxisse, et secundum eum qui in servitute ab eo suppositus petierat, dixisse captivum 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 Tables, les vindiciae de sa fille, et qu'il les avait attribuées à celui qui les réclamait, en feignant qu'elle soit son esclave et que, dominé par l'amour 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 ou cinq cents 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 judicio.

Quand le procès de liberté n'est plus plaidé 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 § 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 fidejusseur 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, 4,8,4; 4,18,6; 4.16. les expressions post adsertionem et defensionem ordinatam. Au contraire, Justinien supprime l'adsertor. Il ne figure plus au Digeste. Néanmoins, on distingue toujours les effets de la *lis ordinatio* et de la *lis contestatio* (Dig. 38,2,16 pr.)

III - Effets de l'adsertio libertatis. -

Nous avons pris soin de déterminer le moment précis où les *vindiciae* étaient attribuées par le préteur *secundum libertatem*. Nous avons cherché à déterminer le rapport historique qui existe entre l'attribution des *vindiciae 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 sulitigat. 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 vindictio in libertatem de l'adsertor, suivie de la dictio vindiciarum du préteur *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 veteri 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, qui 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.

IV - 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 répéterons une fois de plus qu'il est un de ces personnages du droit pré-historique 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 servitute* s'oppose l'adsertor *in libertate*; 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 possit, 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 servitute* 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 permet de retrouver la vraie nature de la manifestation rituelle primitive.

D'après le droit romain, les procès de liberté peuvent être indéfiniment renouvelés. Ciceron, de *domo sua*, 29, 78 : "Quin etiam se deceviri sacramentum in libertatem injustum judicassent, tamen quoties cumque vellet quis in hoc genere solo rem judicatam referre posse voluerunt. - Même si les *decevi* (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, imponis 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, imprudemment, en copient d'autres. C'est d'ailleurs de ces vers qu'est venue l'habitude d'appeler plagiat la contrefaçon 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 prescrivaient autrefois que les procès de liberté soient examinés et deux fois et trois fois".

Nicollau 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 *litis 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 qu'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 I.

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 in iectio, qu'il s'agisse maintenant de l'acte per aes et libram, une explication destinée à en faire comprendre le mécanisme ne pourra être adaise 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 vindicatio du sacramentum et pour la manus injectio iudicati. Il nous a semblé que l'étude commune de toutes les vindicationes, 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.-

Des 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 Institutes 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 vindicatio. 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 accepit, 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 vindicatio : (Gaius IV.16) "Qui vindicabat fastucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat : Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio.- Celui qui faisait la vindicatio tenait la baguette. Ensuite il saisissait la chose, par exemple l'homme, et par-

lait 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, res 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 *mancipatio* 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-Brühl 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 origininaire 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 vindic-

te 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 mancipatio, 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 man 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 unanime-

ment admise par les auteurs modernes. Elle est tirée, comme on le sait, des énonciations mêmes de Gaius (I, III) qui définit la mancipation : "imaginaria quadam 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 droits, l'élément qu'on s'attendait à voir surnager et acquérir l'importance prépondérante n'est-ce pas le transfert de la chose de l'aliénateur à l'acquéreur, acte dans lequel il est bien évident que c'est l'aliénateur qui joue le rôle principal ? C'est lui qui donne, c'est lui qui remet, c'est le maître de l'acte. Que voyons-nous, au contraire, dans la mancipation ? Ce n'est pas assez de dire que le rôle principal est joué par l'acquéreur : il est le seul à jouer un rôle. Il fait un acte unilatéral d'appropriation. Il ne reçoit pas l'objet des mains du vendeur, il le saisit de sa main et il proclame que cette mainmise l'a rendu maître de cet objet, que cet objet est devenu sien. Et pendant ce temps, le vendeur qui doit être présent, ni ne bouge, ni ne parle. De Francisci a consacré un volume à tirer les conséquences de cette forme de la mancipatio (Il trasferimento della proprietà; 1924). Il a montré que les modes d'acquisition romains de la propriété n'étaient pas des modes de transfert, mais des modes de création de droits. Ce n'est pas le droit du précédent propriétaire qui est transféré au nouveau, c'est un droit nouveau qui est créé par l'acte unilatéral de l'acquéreur en sa faveur. Cet effet

se manifeste avec la plus grande évidence quand le père de famille vend son fils in mancipio. Il n'y a pas de transfert de droit, car le droit qu'acquiert l'acheteur n'est pas sa puissance paternelle qu'abandonne le père, c'est un droit nouveau et différent du preneur, le mancipium. La coemptio produit un effet analogue : la patria potestas est éteinte et la manus naît de l'acte.

Nous devons pousser plus loin encore l'analyse et tirer des formes de la mancipation des conséquences qui n'ont pas été encore mises en relief. On a suffisamment déterminé le rôle de l'acquéreur dans la mancipatio et le caractère unilatéral de son action. Cette action doit être faite en présence de l'aliénateur, mais elle est accomplie par l'acquéreur seul. L'aliénateur n'y coopère pas. Non seulement ce n'est pas lui qui remet la chose à l'acquéreur, mais il ne prend aucune part à la prise de possession effectuée par l'acquéreur, même par une simple formule d'approbation. On ne peut donc pas dire que la mancipation entre dans la catégorie des actes dont l'efficacité dépend d'une action entreprise en commun par deux ou plusieurs personnes, comme sont notamment les contrats. On ne définit pas de façon exacte la mancipation en y voyant un acte issu de la collaboration sur le pied d'égalité de deux parties : acquéreur et aliénateur. L'aliénateur n'est pas une partie à l'acte au sens précis du mot, un participant à une action commune.

Ce n'est pas qu'il ne joue aucun rôle dans l'acte. Bien au contraire, cet acte doit se faire en sa présence. Sa présence, comme celle des témoins donne sa validité à l'acte; c'est lui qui détermine les conditions dans lesquelles cet acte doit être accompli; c'est lui qui dicte les leges mancipii qui déterminent l'état juridique de la chose qui va être appropriée. Il le fait, lui aussi, par un acte unilatéral, par une disposition impérative. C'est la lex dicta sous l'empire de laquelle on agira per aes et libram.

D'autre part, comme nous le verrons, l'aliénateur est l'auctor de la mancipation. C'est sur lui qu'est fondé le droit créé par elle. L'existence du droit de mancipium est basée sur son auctoritas. Si donc il ne joue pas dans la mancipation un rôle égal à celui de l'acquéreur, c'est parce qu'il joue un rôle supérieur, un rôle analogue à celui que joue le magistrat dans la vindicatio et dans tous les actes issus de la vindicatio. Ces actes sont fondés eux aussi sur l'auctoritas du magistrat devant qui ils sont ac-

complis.

D. - Conclusion. -

Rien dans ces analyses ne nous permet de reconnaître les traits caractéristiques d'une action de vente. La stylisation d'où est issue la mancipation nous paraît avoir délibérément 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 iure 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. "Hinc 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 mancipatio. 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 aera 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 aera 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 - *Imaginaría venditio.* -

Nous avons dit que Gaius au début de ce paragraphe définit la mancipation comme une sorte de vente imaginaire. - *imaginaría 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'aes 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 (Béchaun, *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 ed. 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 mancipatione, uti lingua mancupasset, 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, pour la première fois 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 fautive, 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 solution 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 fautive, 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 intendere 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 justi 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 fautes, 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 achèvent

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. Ecartons de notre recherche cette notion secondaire d'*imaginarium 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'*imaginarium venditio* était comme un voile de faux-semblant qui dérobait 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 - rite de remise de l'aes.

Ce rite, dans la mancipation, est accompagné de verba qui l'expliquent et le justifient. Nous avons

maintenant à examiner ces paroles : *Isque mihi emptus esto hoc sere 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 Boëce, sur Cicéron, Topiques, 5,28, lisait dans Gaius 1.119, "est" et Paul dans *Fragm. Vaticana* 50, disait : "item in mancipatione : *Emptus mihi est pretio*". Sur l'autorité de Huschke et de Mommsen, les éditeurs des *Fragm. 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 in 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 commande pas soi-même pour le passé ! La première phrase est au présent et indique une action qui se fait, la seconde phrase, si elle renferme un commandement d'accomplir un acte devrait, elle aussi, être au présent.

Aussi Wlassak (*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 ne 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'*imaginarium 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 attesté 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 originaire 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 elles visent une action déjà accomplie, qui est donc du passé, si peu que ce soit. La mainmise dans la vindictio est justifiée par la festuca 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 débutait 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 com-

ment 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 cause 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 iniectiones, 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, conserere manu, adserere manu, manum injicere, manum depellere, manu capere et toujours la manu 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 simulacre 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 encore 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

tuelles 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 manivise 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, ce que nous ignorons, 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 composée 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 hu-

main: 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'aliéna teur. 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 ne 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 plus consciente des jurisprudents des veteres des XII Tables, elle est un mode d'acquisition que son rituel rend déjà abstrait et général.

§. 2 - Nexum.-

Le second des actes per aes et libram est le nexum. La distinction qu'il y a à établir entre nexum et mancipium, le caractère qu'il faut attribuer au nexum sont parmi les plus grandes difficultés de l'interprétation moderne du droit romain. La littérature sur ce sujet est extrêmement abondante. Depuis 1901, tous les interprètes de droit romain ont abordé le problème et donné leur solution, sans que l'on soit arrivé à une entente. Nous pensons apporter au débat toujours ouvert, des éléments nouveaux. Le premier consiste dans une méthode d'exégèse de textes; le second est tiré d'une conception nouvelle de mancipium inspirée par l'étude de F. Visscher, Mancipium et res Mancipi. Le troisième élément est enfin notre système

personnel des manus injectiones. La méthode d'exégèse des textes, vous la connaissez. Elle consiste à revenir au sens littéral du texte qui sert de base au système et à ne pas se déclarer satisfait avant d'avoir réduit le texte dans toutes ses parties à un rigoureux mot à mot. Nous allons de nouveau en expérimenter la valeur.

I - Système de Huschke et contradiction de Mitteis.

Les conceptions que l'on se fait du nexum sont dominées pendant tout le XIX^e siècle par le système de Huschke (*Über das Recht des Nexum*, 1848). Pour Huschke, le nexum est un contrat de prêt d'argent accompli dans la forme de l'acte par aas et libra. La présence des cinq témoins à l'acte donne au contrat un caractère public qui l'apparente au jugement. En présence des témoins, le prêteur d'argent, en remettant la somme publiquement pesée, prononce contre l'emprunteur une formule de damnatio. Grâce à cette damnatio, au cas de non-paiement à l'échéance, le créancier a contre le débiteur, directement la manus injectio iudicati en vertu du nexum.

En 1901, Mitteis, dans un vigoureux article de la *Revue de Savigny* (*Zeit. d. Sav. Stift.* 22, page 96 et ss.) s'élève contre cette conception. Il montre que l'existence d'une damnatio dans la formule du nexum est une supposition absolument gratuite qui n'a aucun commencement de preuve dans les textes. Encore plus arbitraire est la supposition que le nexum fait à tort une manus injectio iudicati. Gaius, 4, 21 et ss. étudie longuement la manus injectio iudicati et celles qui dérivent d'elle, la manus injectio pro iudicato et la manus injectio pura. Il énumère les cas d'application et les lois qui les ont créés. Parmi ces cas ne figure pas le nexum.

Pour remplacer le système qu'il a détruit, Mitteis dissocie les textes relatifs au nexum et les textes qui parlent des nexi. Les premiers lui paraissent prouver l'existence d'un nexum, contrat de prêt du type ordinaire des contrats c'est-à-dire permettant au créancier de poursuivre le débiteur qui ne paie pas par une action, soit sacramentum in personam, soit legis actio per condictionem. Les textes sur les nexi sont avant tout les nombreux récits des historiens. Tite-Live et Denys d'Halicarnasse décrivent la condition malheureuse des débiteurs nexi, conduits par leurs créanciers dans leur prison domestique, enchaînés et battus par eux. Mitteis est d'avis que leur condition est dans rapport direct avec le nexum, ce sont des débiteurs insolubles qui, pour

éviter l'exécution rigoureuse d'un *judicatum* se sont mis en servitude en se mancipant eux-mêmes, par une mancipation ordinaire, à leurs créanciers. Ils ont évité l'exécution en mettant leur travail en servitude. Cette mancipation est le dernier acte de leur infortune dont le contrat de *nexum* est le premier.

La doctrine discute vivement ces conclusions. Parmi les très nombreux auteurs qui ont pris parti, les uns admettent que le *nexum* est un contrat; les autres repoussent cette idée. La plupart acceptent que le débiteur *nexus* est celui qui s'est mancipé lui-même, par conséquent qui a fait naître par une mancipation une situation différente de celle du *nexum*. Mais la question reste posée dans les termes mêmes que lui a assignés Mitteis; notamment, tous ceux qui essaient timidement de revenir à la *manus injectio* se voient opposer la réfutation convaincante de Mitteis contre l'application de la *manus injectio iudicati*.

II.- Varron, de lingua latina, VII, 105.-

Le texte fondamental sur le *nexum* qui nous dit tout ce que nous savons sur lui, est tiré de l'ouvrage de Varron, sur la langue latine. Le voici tel qu'il est imprimé par Bruns, *Fontes juris romani antiqui*, Pars posterior, *Scriptores* (7^e éd. p. 80) : "Nexus Manilius scribit, omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiunt ut obligentur, praeter quae mancipio dentur. Hoc varius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit. Nam id est (id aēs) quod obligatur "neque sum fit", inde "nexus" dictum. Liber qui suas operas in servituten pro pecunia quam debebat, dum solveret nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hos caelo Poetilio Libone Visole dictatore sublatum ne fieret; et omnes, qui bonae copiam jurarunt, ne essent nexi, dis soluti.

Voici le texte entier, dont nous ne séparerons pas les diverses phrases comme on le fait toujours, et qu'il s'agit maintenant d'interpréter mot à mot. La signification de la première proposition dépend entièrement, comme d'ailleurs tout le reste de la phrase, du sens donné à *mancipia*. Pour tous les auteurs, *mancipia* est synonyme de *mancipationes*, et nous touchons du doigt l'origine de toutes les difficultés. F. de Visscher, dans son article : *Mancipium et res mancipi*, a montré que *mancipium* est, non pas l'acte lui-même per aes et libram, mais le résultat de l'acte, le droit de *mancipium*, la puissance créée par l'acte. Nous adoptons ce point de départ en y apportant cependant une précision importante. Pour

Varron, *mancipium* a le sens matériel de chose, objet du droit de *mancipium*, et c'est à mon avis, la signification primitive du mot. Que ce sens corporel soit celui de Varron, il nous le dit lui-même; car un peu plus haut, livre 6. § 83, il a donné cette définition: "*Mancipium, quod manu capitur. - Mancipium, ce qui est pris avec la main*". *Mancipium* est donc l'objet pris par la main, et en même temps le droit créé sur lui.

Le *dominium*, la propriété, est une notion plus savante, plus moderne que le *mancipium*. Il est susceptible d'être défini comme un droit plus abstrait, se distinguant davantage de l'objet sur lequel il porte. Et bien, ce progrès dans l'abstraction, il n'a jamais pu l'accomplir entièrement. On sait que la propriété est considérée par les juriconsultes romains comme une *res corporalis*; à plus forte raison, le *mancipium* sera-t-il une *res corporalis*. C'est la raison très simple, à mon avis, pour laquelle les esclaves ont conservé l'appellation ancienne de *mancipia*. Lorsque, comme l'a si bien montré F. de Visser, le domaine du *mancipium* s'est divisé et a compris, d'un côté les personnes libres *mancipées*, et d'un autre côté les *res*, objets de propriété, on a distingué les *res mancipia in personae liberæ in mancipio*, et *res mancipi*. Ce sens matériel de *mancipia* justifie, au point de vue de la plus pure latinité, l'emploi du verbe *geritur*. Les *mancipia* sont les *res gestæ per aēs et libram*. Nous traduirons donc la première proposition: "*Manilius écrit, nexum, tout ce qui est accompli par la balance et par l'airain, dans cette catégorie seraient les choses objets du droit de mancipium*".

La fin de la première phrase est désespérée dans l'opinion commune. Comme par ailleurs, elle est très gâtée dans le manuscrit, les corrections ou les additions les plus arbitraires paraissent autorisées. Si *mancipia* a le sens de *mancipationes*, *nexa* veut dire les actes générateurs de *nexum*. Mais alors, *nexa*, que l'on sous-entend facilement devant *fiant*, ne peut être le sujet ni d'*obligetur*, ni de *detur*. Les uns corrigent en *obligetur*, les autres sous-entendent *personae*, comme sujet. Le manuscrit a *praeterquam* en abrégé. Comme *praeterquam* est impossible, les uns ajoutent *quod* ou corrigent *quam* en *quod*, *praeterquam quod* ou *praeter quod*; les autres corrigent en *quom*. Jusqu'aux derniers éditeurs du texte de Varron, Goetz et Schoell, le texte imprimé était *detur*. Goetz et Schoell disent qu'une seconde main dans le texte

avait corrigé en dentur, et Bruns accepte dentur.

Voici donc le texte d'après l'opinion commune : "Mucius quae per aes et libram fiant ut obligatur (ou bien ut obligentur personae), praeterquam quod mancipio detur. - Mucius écrit, nexa, les actes qui sont faits par l'airain et par la balance pour qu'on soit obligé (ou bien pour que les personnes soient obligées) excepté ce qui est donné par la mancipation."

Trois verbes, trois sujets différents, tous trois sous-entendus. De plus, le mot à mot conduit à un sens impossible. Une chose donnée par la mancipation ne peut pas être une exception à un acte fait par l'airain et par la balance. La suite de la pensée est incohérente. Lenel (Sav. Stift. 23, p.) déclare que si Quintus Mucius Scaevola avait écrit cette phrase avec cette incidente finale, il aurait été indigne de devenir le fondateur du droit civil. Les autres auteurs préfèrent voir dans cette finale une addition maladroite de Varron. A mon avis, Mucius et Varron doivent être levés de tout reproche: ce sont les accusateurs qui doivent être accusés.

En corrigeant, comme Bruns, praeter quam en praeter quae, nous traduisons : "Mucius (écrit, nexa) les choses qui sont faites par l'airain et par la balance pour qu'elles soient obligées, à l'exception de celles qui sont données à titre de mancipium". Le mot à mot me paraît correct, clair et facile.

Nous traduisons nexa par choses qui sont faites par l'airain et par la balance. Cette traduction est imposée par le sens que nous avons donné à la mancipia, et elle est justifiée par le mot à mot facile qu'elle permet. Mais, en outre, elle est prouvée par la suite du texte. En voyant dans nexa les actes, et non pas les choses, faits par l'airain et par la balance, l'opinion commune s'est condamnée à ne plus rien comprendre à la suite du texte et à la traiter comme si elle n'avait rien de commun avec le début. Quoi de plus grave comme conséquence d'une mauvaise méthode ?

De quoi s'agit-il en effet dans notre première phrase ? Deux jurisconsultes parmi les veteres, Manilius Manilius et Quintus Mucius Scaevola ne sont pas du même avis sur le sens à donner au mot nexum. Pour Manilius, le mot a un sens très général et comprend tout ce qui est fait par l'airain et par la balance, y compris les mancipia. Pour Scaevola, au contraire, le sens est restrictif et ne sont nexa que les choses qui sont faites par l'airain et par la balance pour être obligées, non compris les mancipia qui, au con-

traire, sont données. Après avoir exposé ces deux points de vue, Varron approuve celui de Scaevola, en citant deux exemples de choses qui sont nexae, l'aes nexum et le liber nexus. Si l'on veut conserver la liaison nécessaire entre l'opinion de Mucius Scaevola et les raisons par lesquelles Varron l'approuve, il est clair que pour Mucius, comme pour Varron, les nexa sont des choses qui sont faites pour être obligées, l'aes et le liber. Déjà Schlossmann avait vu cela, mais (Kuebler) l'avait sévèrement repris au nom de la logique. Mancipia voulant dire mancipationes, dit Kuebler, nexa ne peut désigner que des actes per aes et libram. La logique est impeccable, mais l'axiome qui sert de point de départ est faux.

Examinons de plus près l'argumentation de Varron. La difficulté du texte réside dans le "neque suum fit". On voit le jeu de mots entre neque suum et nexum. Les auteurs y reconnaissent une étymologie, disons un calembour étymologique. Et tous de s'indigner ! Lenel dit que cette plaisanterie montre que les étymologistes ont fait quelque progrès depuis deux mille ans ! Si l'on avait été moins dédaigneux et plus attentif, on aurait constaté que le jeu de mots continue dans la seconde phrase et va plus loin que le calembour neque suum, nexum. En effet, liber, libra, neque suum, nexum, ab aere, obaeratus forment une série recherchée et subtile d'alitérations destinées à expliquer aes nexum et liber nexus. De plus, on traduit toujours neque suum fit comme s'il y avait nec ou non. Ce n'est pas le texte. Le mot à mot est : "ni n'est fait sien". Il n'est pas : "n'est pas fait sien".

Le reste du texte offre moins de difficulté. Le manuscrit de Varron écrit "id est" et l'on corrige en "id aes" sur la foi d'un texte de Festus : "Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia quae per nexum obligatur. — On appelle airain nexus chez les anciens, l'argent qui est obligé par le nexum". En outre, le verbe de la phrase principale, liber qui suas operas... a disparu. On propose la correction de debat en debet dat.

Nous traduisons : "Que cette opinion (de Mucius) soit la plus vraie, le mot lui-même qu'on examine le montre, car cet airain qui est obligé, "ni n'est fait sien", par la balance d'où il est dit nexum, l'homme libre qui donne son travail en servitude pour l'argent qu'il doit est appelé nexus, comme obéré par l'airain."

Varron, comme tous les romains, savait que ne-

pas de neque suum. S'il avait écrit nec suum, son calembour aurait été bien meilleur et sa phrase aussi; s'il écrit neque suum, c'est que son modèle avait neque suum. Ne voit-on pas que pour montrer que nexum n'est pas la même chose que mancipium, il joue avec des mots et son jeu de mots n'a de portée que parce que ces verba sont des verba certa ! Cette constatation nous donne la clé du problème. Varron invoque les verba de la formule du nexum pour différencier nexum de mancipium. Nous avons là une indication d'une importance capitale en notre matière, qui nous permet de découvrir deux éléments essentiels de la formule du nexum dont jusqu'à ce jour nous ignorions tout.

Dégageons ces éléments et comparons-les à la formule de la mancipatio que nous connaissons. La première partie était, nous le savons ; "Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio". La première partie de la formule du nexum portait sans doute la détermination de l'aes qui devait être remis à l'homme liber; poids, puis plus tard, quantité, tot milia, date de restitution, intérêts à $1/12$ par mois, soit 100/100 par an, puis indication formelle que cet aes n'était pas fait suum par l'homme liber qui le recevait, neque suum fit. Ce neque, qui reste en l'air dans la citation, était sans aucun doute justifié dans la formule par d'autres neque qui précédaient ou qui suivaient. C'est parce qu'il n'était pas fait suum que cet aes a été appelé nexum. Cette façon de dire, inde dictum, semble indiquer que c'est l'usage, non la formule, qui qualifiait ainsi l'aes.

Le langage technique qui désignait la dette confirme très bien tout ceci : Ulpien nous dit (Dig. 50; 16. 213) : "Aes alienum est quod nos aliis debemus"; aes suum est quod alii no bis debent. - Aes d'autrui, ce que nous devons à d'autres; aes sien, ce que d'autres nous doivent." Appellation singulière, inexacte même au point de vue du droit classique ! car le débiteur en réalité fait sien l'argent qui lui est prêté. C'est donc une particularité de forme qui a fait naître le terme technique aes alienum que les historiens emploient constamment pour désigner la dette née du nexum.

La seconde partie de la formule de la mancipation est ainsi conçue : "Isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra". Le liber est appelé nexus, nexum vocatur. C'est très certainement dans la formule qu'il est ainsi appelé. Il est appelé nexus, ut ab aere obseratus. Ne voit-on pas le modèle sur lequel se fonde cette alitération ? "Isque mihi nexus est

hoc aere aeneaque libra".

Varron fonde sa distinction entre nexum et mancipium sur une borne, sur une excellente raison. Les deux formules sont différentes et produisent des effets différents. La formule du nexum produit un aes qui n'est pas fait summa par le liber et un liber qui n'est pas emptus mais nexum. N'est-ce pas un argument péremptoire de différenciation dans un droit formaliste que la diversité dans les formules ?

Enfin, dans la dernière phrase du texte, nous est apporté un renseignement de fait sur l'histoire du nexum : Ce droit a été aboli du temps où Gaius Poetelius Libo Visolus était dictateur et le nexum n'a plus été fait; tous ceux qui juraient n'être pas solvables étaient dé gagés pour n'être plus nexi. Pour les uns (Tite Live 8,28) cette loi qui abolit le nexum est rattachée au consul Gaius Poetelius, consul en 428 R.F./328 av. J.C., avec Lucius Papirius Mugilanus. Varron l'attribue à C. Poetelius Libo Visolus, dictateur en 441 R.F./293 av. J.C.

III.- Nexum.-

Les deux éléments de formule que l'analyse du texte de Varron nous a permis de dégager, ne nous donnent ni la formule entière ni la possibilité de la reconstituer. Néanmoins ils sont assez essentiels pour que nous puissions, grâce à eux, reconstituer de façon assez sûre la situation juridique née du nexum.

Suivant la méthode constamment utilisée, nous partons de l'étymologie. Nexus, nexum vient de nectere, lier, attacher. Le participe passé pris substantivement désigne le résultat de l'action du verbe, l'état qui résulte de cette action. L'action de lier a créé un lien: le nexum, et un lié, le nexus.

Ce lien n'est pas un lien d'obligation au sens classique du mot, et le nexum n'est pas un contrat. L'acte per aes et libram, nous l'avons vu en étudiant la mancipatio, a des formes qui excluent l'idée de contrat. Un contrat est un accord de volontés, quel que soit sa forme, accord librement échangé entre deux parties qui coopèrent de façon égale. Il laisse les deux parties sur le même pied d'égalité et d'indépendance où elles étaient avant le contrat.

Le nexum est un acte rituel per aes et libram, comme la mancipatio, acte unilatéral de celui qui crée le nexum en pesant l'aes et en le remettant au liber nexus. Il comporte des gestes et des paroles. Le geste est un geste de mainmise. Le nexus se donne lui-même en nexum. L'expression technique employée

par les historiens est *nexum se dare*, *nexum inire*, - se donner comme *nexus*, entrer dans le *nexum*. Les paroles qui accompagnent les gestes sont des paroles de puissance, ce ne sont pas des conventions.

La puissance créée par la *mancipatio*, lorsqu'elle est absolue et inconditionnée, lorsqu'elle fait de celui qui y est soumis un *nexus*, porte le nom de *mancipium*, personne libre, aliénée in *mancipio*, esclave appelé *mancipia*, res *mancipi*. Nous pensons que l'ancien droit connaissait une autre catégorie de personnes libres sur qui porte la puissance du père de famille; ce sont les *nexi*. Rappelons la définition de Varron: "*Liber qui suas operas in servitutum pro pecunia quam debet dat dum solveret, nexus vocatur*," - L'homme qui donne son travail en servitude, pour l'argent qu'il doit jusqu'à ce qu'il ait payé, est appelé *nexus*.

L'opinion commune prétend que ce *liber nexus* n'a pas de lien avec le *nexum*, qu'il est le produit d'une *mancipatio* qui, précisément, n'est pas le *nexum*. Cette négation surprenante pousse l'esprit de système jusqu'à un point où il se détruit lui-même. Si le nom même ne suffisait pas à nous convaincre, le témoignage de Varron est là qui nous dit que l'acte *per aes et libram*, qui est fait pour qu'on soit obligé, c'est-à-dire pour qu'il y ait un *nexum*, produit deux choses qui sont *nexae*; l'*aes nexum* et le *liber nexus*. Pour annihiler ce témoignage de Varron et le retourner contre lui-même, il faut isoler la phrase que nous venons de citer, la traiter comme si elle était seule et sans rapport avec le contexte. Vous pouvez parcourir la littérature juridique, vous constaterez que pas une fois quand cette phrase est appelée en témoignage, elle n'est replacée dans l'ensemble dont elle fait partie. Elle nous fournit un exemple particulièrement condamnable de cette méthode d'interprétation que nous avons critiquée déjà à plusieurs reprises.

Ainsi la condition du *nexum* provient de l'acte *per aes et libram* quand il est accompli à l'aide de la formule du *nexum*, différente de celle du *mancipium*. Et cette condition diffère de l'autre en ce sens qu'elle a une cause bien définie, cette cause c'est l'*aes nexum*. C'est pourquoi la première partie de la formule déterminait le chiffre, les intérêts, le délai et spécifiait que cet *aes* n'était pas donné comme sien au *nexus*, donc qu'il restait lui-même lié au père de famille, d'où le nom qu'on lui donne d'*aes nexum*.

terminées, le prêteur d'argent disait le droit qu'il voulait créer. C'est la deuxième partie de la formule. Le prêteur déclarait l'emprunteur lié à lui, *nexum sibi hoc aere aeneaque libra*; et il restait lié tant qu'il n'avait pas payé. Le paiement libératoire, il avait le droit de le faire. Il l'accomplissait par la troisième application de l'acte *per aes et libram*, la *solutio per aes et libram*. Cette *solutio* n'était pas seulement un paiement, c'était avant tout et surtout la libération du *nexum*. La formule de *solutio per aes et libram* que nous donne Gaius (3, 174) : "*Me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*" - je me délie de toi à ce titre, et je me libère par cet aes et par cette balance.

Ainsi la distinction entre le *nexum* et le *mancipium* se fait par les verba de la formule. Ce sont ces verba qui, suivant l'usage constant des actes rituels, déterminent le droit et son étendue. Par ailleurs, l'acte *per aes et libram* suivait, dans les deux cas les mêmes voies pour arriver à des résultats voisins et de même nature. Nous ne voyons pas qu'il évolue, lorsqu'il porte le nom de *nexum*, dans un autre domaine, le domaine des contrats, pour produire une autre sorte de droit, une obligation. Il établit des liens, certes, entre l'auteur de l'acte et celui qui s'y soumet, mais ce sont des liens de dépendance; il crée une puissance à ajouter à la liste des autres puissances domestiques.

IV - *Nexum* et *manus injectio*.

La condition malheureuse des *nexi* est décrite dans de nombreux passages des historiens, avant tout, Tite Live et Denys d'Halicarnasse. Ces textes ont été réunis et étudiés par tous les auteurs modernes qui se sont occupés du *nexum*. Au moment de les aborder, on éprouve un certain sentiment de découragement et même d'angoisse. Ils ont été si souvent torturés, tirés en tout sens, des auteurs éminents se sont refusés avec tant de certitude à y voir ce que d'autres y découvriraient avec un caractère d'évidence, qu'ils semblent s'être usés en quelque sorte et avoir perdu toute valeur probatoire.

Cette discussion sans cesse renaissante repose à mon avis tout entière sur le malentendu fondamental que nous nous sommes efforcé de dissiper dans notre étude à propos de la *manus injectio*. La preuve que Huschke s'efforçait de tirer des textes des historiens était que le *nexum*, considéré comme un contrat, faisait naître directement au profit du créancier contre le débiteur la *manus injectio* judiciaire. Contre cette conception, Ribbs a démontré vic-

torieusement qu'il était tout à fait arbitraire de supposer que la manus injectio iudicati, pro iudicato ou pure s'appliquait à d'autres cas qu'à ceux qui sont énumérés par Gaius IV, 21-25. D'autre part, les textes des historiens ne prouvent pas que le nexum soit soumis à la manus injectio iudicati. Mais, cette exécution faite, Mitteis, et avec lui toute la littérature qui s'est occupée du nexum, partant de cette supposition a priori qu'il n'y a pas d'autre manus injectio que la manus injectio iudicati, sont obligés, pour rester logiques avec leur système, de nier toute espèce de manus injectio appliquée aux nexi. C'est ici que notre conception de la manus injectio apporte un élément nouveau de ce problème débattu en vain jusqu'ici.

Il n'est pas douteux, en effet, et d'ailleurs aucun auteur ne le nie, que les nexi que les textes distinguent des iudicati, sont soumis par leurs créanciers à des actes de puissance qui sont les éléments caractéristiques de la manus injectio, le jus ducendi, le jus vincendi, auxquels il faut ajouter, ce qui marque encore plus leur caractère d'assujettis à une puissance, le droit d'infliger des châtimens corporels. Ce droit de ducere secum et de vincere, les textes l'indiquent à satiété. Par exemple, Tite Live (2.23.1.) un nexum se plaint, "se ductum non in servitutum sed in ergastulum et carnificem - qu'il a été conduit en servitude mis dans un cachot et dans un lieu de torture". De même, Tite Live (2.24.7); Denys d'Halicarnasse, (4.7, 5,55;6,8,3,4).

Les auteurs ne nient pas ces faits, mais pour les détourner du nexum, ils déclarent que ces nexi ne sont pas nexi en vertu du nexum. Ils supposent que les débiteurs insolubles, au bout d'une série d'emprunts, se mettent en servitude, se donnent eux-mêmes en gage pour désintéresser leur créancier par leur travail. Et cela, pour éviter l'exécution trop rigoureuse du iudicatum, la vente trans Tiberim ou le découpage en morceaux. Cette situation serait créée par une vente d'eux-mêmes, par une mancipation de soi-même, et elle serait la fin, non le début de la triste condition du débiteur dont le premier acte aurait été le contrat de nexum. Et, en vertu de cette mancipation, le créancier met la main sur son débiteur insoluble et l'emène immédiatement chez lui. C'est cette situation matérielle qui est décrite par les historiens.

Cette construction me paraît ruinée dans ses prémisses par la saine interprétation du texte de Varron que citent comme première preuve, les auteurs, car ce

liber qui, suas operas in servitutem pro pecunia quam dabet dat et qui nexus vocatur, est précisément, pour Varron, un produit du nexus. D'autre part, il ne résulte nullement des historiens que dans la voie douloureuse qui conduit le débiteur dans la chambre de torture, il y a un temps d'arrêt, un acte juridique volontaire qui transforme sa condition première. Bien au contraire, les textes apportent la preuve que l'aes alienum né du nexus est la cause première et dernière du martyre du nexus. Voyez par exemple, Tite Live (2.23.1.7) qu'on cite toujours et qui se retourne contre ceux qui l'invoquent : "Magno natu quidam cum omnium malorum insignibus se in forum projecit...ipse testes honestarum aliquot locis pugnarum cicatrices adverso pectore ostentabat....Sabino bello ait se militentem, quia, propter populationes agri, non fructa modo caruerit sed villa incensa fuerit, direpta omnia, pecora abacta, tributum iniquo suo tempore imperatum, aes alienum fecisse.... Id cumlatum usuris primo se agro paterno avitoque exuisse, deinde fortunis aliis, postremo velut tabem pervenisse ad corpus ductum se a creditore non in servitutem sed in ergastulum et carnificem esse. Inde ostentare tergum foedum recentibus vestigiis verborum. - Un vieillard avec les marques de toute sa misère se précipite sur le forum... Il montrait sur sa poitrine d'honorables cicatrices, témoins de ses combats en plusieurs rencontres... Il dit que lorsqu'il servait dans la guerre contre les Sabins, leurs dévastations avaient entraîné non seulement la perte de sa récolte, mais que l'incendie de sa maison, le pillage de tout ce qu'il possédait, l'enlèvement de ses bestiaux, l'impôt que l'on exigeait de lui en un temps si difficile l'avaient entraîné à emprunter l'argent d'autrui. Cet emprunt augmenté des intérêts l'avait dépouillé d'abord du champ qu'il tenait de son père et de son grand-père, puis du reste de ses ressources et enfin, comme une plaie dévorante, avait gagné son corps. Il avait été conduit par son créancier, non pas en servitude, mais en prison et dans un lieu de torture. Et alors il découvre ses épaules flétries de marques de coups". Où peut-on voir qu'il s'agisse au début d'une dette ordinaire ou d'une série d'emprunts, transformés par un nouvel acte juridique en une servitude de corps. N'est-il pas évident que le vieillard énumère les malheurs qui l'ont conduit à faire un aes alienum, c'est-à-dire que par un acte per aes et libram, il s'est fait nexus contre la remise d'un aes nexum. Il a été dévoré par cet aes et les intérêts. l'inciarum tenuis douze douzièmes par

an, 100/100. Quel est celui de nos paysans qui, voulant remettre en état son exploitation agricole à un tel prix, ne serait pas infailliblement ruiné? Il s'est épuisé à payer son champ, toutes ses ressources ont été dévorées par le foenerator. Et quand il ne lui est plus rien resté, le foenerator l'a conduit chez lui, "se ductum esse".

Notre conception de la manus injectio place ce texte sous son jour le plus simple et le plus direct. En ne voulant reconnaître que la manus injectio iudicati, la doctrine s'est condamnée à ne voir dans les diverses manifestations de manus injectiones que signalent les sources, que des actes matériels de force. Aussi, lorsqu'un débiteur donne son travail en servitude, la doctrine en conclut que le créancier ne peut que mettre immédiatement la main sur lui et l'enfermer! Sans cela, son activité ne serait pas en servitude! Mais n'est-il pas constant que l'affranchi, le fils de famille, même l'esclave soient laissés en liberté de fait malgré la puissance qui pèse sur eux. Ils exercent librement leur activité et leur intelligence, d'ailleurs dans l'intérêt du père de famille. Si le père veut les contraindre à l'obéissance, nous avons vu qu'il a la possibilité de les ramener chez lui, non pas en employant la force matérielle, mais par un moyen de droit, un instrument juridique qui empêche toute résistance et du ductus et des tiers. C'est, avons-nous dit, l'acte rituel de manus injectio, qui n'est pas la manus injectio iudicati, mais une autre application de la même institution. C'est cette application, que nous voyons mise en action dans les textes contre le nexum.

Cette conception de la manus injectio met en pleine lumière le caractère inexorable du nexum primitif. On voit quel terrible instrument était aux mains d'un dur usurier la première forme d'emprunt qu'on connut les Romains. Dès le début du prêt, par l'acte lui-même, l'emprunteur est mis dans des liens de servitude qui lui enlèvent la garantie essentielle du citoyen romain, le recours au magistrat judiciaire. Grâce à cette arme, et par la rigueur de l'intérêt, le foenerator, en même temps qu'il profite jusqu'à épuisement du travail libre de son débiteur, s'empare de tous les biens, puis du corps du malheureux. Il s'empare même de ceux de ses enfants que les moeurs obligent à se donner eux-mêmes en nexum, pour la dette paternelle. On comprend que la condition du nexi soit jugée si dure et soulève tant de plaintes, car le mécanisme de l'acte per aes et libram mettait le nexum à la merci de son créancier dès l'instant où l'emprunt

était réalisé.

V - Le nexum et les veteres.

Si nous revenons maintenant au texte de Varron, nous pouvons mieux comprendre la portée de la controverse qu'il relate entre veteres. Manilius avait soutenu que nexum était une appellation générale de l'acte par aes et libram englobant même le Mancipium. Au contraire, Quintus Mucius Scaevola avait soutenu qu'il fallait distinguer nexum de Mancipium.

Cette controverse a été, sans aucun doute, soulevée à propos de l'interprétation de la règle des XII Tables cum nexum faciet Mancipiumque, uti lingua Mancipassit ita jus esto. Les jurisconsultes recherchaient ce qu'il fallait entendre par nexum et Mancipium. L'interprétation extensive de Manilius représente un effort des jurisprudents pour conserver à toute la règle des XII Tables sa validité, même après que la loi Poetelia ou Poetelia Papiria a abrogé la condition des nexi et, par suite, à notre avis, le nexum. L'opinion contraire de Scaevola et la raison qu'en donne Varron rétablissent la vérité historique mais soulignent le fait que dans la règle il y a une partie caduque: le nexum, et qu'il n'en reste plus de vivant et de valable qu'une moitié, le Mancipium.

Mais il nous faut examiner de plus près la façon dont s'expriment Q. Mucius Scaevola et Varron, car la forme qu'ils donnent à leur pensée est le seul argument permettant de soutenir que le nexum est un contrat. N'oublions pas que le nexum est aboli depuis deux siècles au moment où se place la controverse des veteres. Cette controverse montre par elle-même qu'ils ne savaient plus très bien ce qu'était le nexum, car c'est sur lui que porte la discussion. Entre l'époque de la loi Poetelia (428 R.F., 336 av. J.C. ou 441/313) et celle de Manius Manilius (consul en 605/149) et de Quintus Mucius Scaevola (consul en 652/95) la science du droit civil s'est constituée, les catégories juridiques ont été distinguées. Les jurisconsultes séparent les droits réels des obligations. Les actes du très ancien droit romain sont pliés, parfois avec peine, à ces distinctions qui sont postérieures à eux. Si les veteres hésitent sur la portée du nexum, ils n'ignorent pas que les nexi étaient des prisonniers pour dettes, que l'argent qu'ils avaient reçu était à autrui et qu'ils devaient le rendre. C'est en considération de leur condition de fond que Scaevola et Varron définissent les nexa, quae fiunt ut obligentur, - les choses qui sont faites pour être obligées. Que ce soit la distinction

fondamentale et primitive, la définition d'Aelius Gallus montre qu'il n'en est rien : "Id quod necti dicitur, - ce qui est dit être lié". Il évite d'employer le terme obligare qui, dans le sens technique qu'il a pris, aurait fait confusion. Car Aelius Gallus range dans le domaine du nexum la testamenti factio et la nexi liberatio qui ne sont pas des actes générateurs d'obligations. L'expression, ut obligentur, des veteres n'a aucune valeur pour l'époque du nexum, car ils ont cherché à exprimer le résultat du nexum d'après les idées de leur temps et non pas d'après la conception primitive. Et, d'ailleurs, ce ne sont pas eux qui ont été jusqu'à dire que le nexum est un contrat. Il est de mauvaise méthode, à mon avis, de prendre leurs controverses, la difficulté qu'ils ont à définir le nexum comme point de départ de sa restitution dans son état primitif. J'adresserai le même reproche à ceux qui veulent définir la condition des nexi comme une mise en gage de soi-même, comme un cautionnement de son propre corps. Gage, cautionnement sont les fruits d'un développement juridique postérieur, et on n'a rien à gagner à vouloir confondre le nexum avec eux. Pour nous, tout ce que nous pouvons savoir de l'acte per aes et libram éloigne l'idée d'un contrat. C'est une manœuvre rituelle qui crée un pouvoir, et nous ne savons pas quelle transformation le nexum aurait dû subir pour devenir un contrat, parce que le nexum a été abrogé avant que cette transformation ne devienne nécessaire.

L'opinion de G. Mucius Scaevola paraît plus conforme à la réalité historique. Ce n'en est pas moins celle de Manilius qui semble l'avoir emporté. Elle est adoptée par Aelius Gallus, Festus, p.165 : "Nexum est ut ait Gallus Aelius quodcumque per aes et libram geritur. - Le nexum est comme le dit Gallus Aelius tout ce qui est fait par l'airain et la balance." C'est aussi l'idée que se fait Cicéron du nexum, car, dans certains textes Cicéron paraît employer indifféremment nexum pour mancipium. Par exemple, Paradoxes 5,35 : "Non enim ita dicunt eos esse servos, ut mancipia quae sunt dominorum facta nexu aut aliquo jure civile. - Car ils disent qu'ils ne sont pas esclaves, comme ces mancipia qui deviennent propriété de leur maître par le nexum ou par quelque autre institution du droit civil". De même, Top. 5,8; de Rep.1.17.21. Il semble que dans d'autres textes, Cicéron veuille spécialement rattacher au nexum les obligations qui lui semblent découler de la mancipation, et en particulier l'obligation de garantie. Pro Murena 2,3 : "Quod si in iis rebus repetendis quae mancipi, is pe-

riculum præstare debet, qui se nexu obligavit. — Dans la revendication de ces choses qui sont du *mancipium*, celui qui s'est obligé par le *nexum* doit assumer le péril du procès." Je ne crois pas pourtant qu'aucun auteur moderne n'oserait soutenir, sur la foi de ce passage de Cicéron que l'auctor est un *nexus*. Il n'est pas étonnant que l'opinion extensive, malgré son inexactitude historique, ait été préférée par les jurisconsultes, car elle avait cet avantage décisif de conserver, même au prix d'un artifice d'interprétation, à la règle des XII Tables, la validité de toutes ses dispositions. On sait que les jurisconsultes n'estiment pas payer trop cher à ce prix, le maintien en vigueur d'une disposition légale.

§. 3 - Solutio per aes et libram. —

Nous ne pouvons que faire une étude très rapide de ce troisième cas d'application de l'acte *per aes et libram*. Nous ferons seulement ressortir ce fait qu'il apporte un appui très sérieux à notre thèse. La solution *per aes et libram* subsiste dans le droit classique à l'état de survivance, car son cas principal d'application, la *nexi liberatio* a disparu avec le *nexum* et elle conserve deux cas d'utilisation d'*imaginaria venditio*. Gaius, 3.173 dit qu'elle peut être employée dans des cas déterminés, *certis causis*, et il cite : 1° *veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit*, — par exemple, si quelque chose est dû au titre de ce qui a été fait par l'airain et par la balance, 2° : *sive quid ex iudicati causa debeatur*. — ou bien si quelque chose est dû pour cause de *iudicatum*. Et il cite la formule de la solution d'un *iudicatum*. Il ajoute que l'héritier peut être libéré d'un *legs per damnationem* par une formule analogue.

Beaucoup d'auteurs estiment que Gaius vise trois cas de solution *per aes et libram* : 1° quand il s'agit d'une dette née d'un *legs per aes et libram*. 2° d'une dette née d'un *iudicatum*. 3° d'une dette née par *legs per damnationem*. On peut leur objecter qu'il est peu vraisemblable que Gaius ait voulu parler du *nexum* abrogé depuis plusieurs siècles. Nous suivrons de préférence ceux qui croient que Gaius pense seulement au *legs per damnationem* lorsqu'il écrit : "*Si quod debeatur eo nomine quod per aes et libram gestum sit*." Car le *legs per damnationem* résulte

d'un testament per aes et libram.

Gaius nous donne la formule de la solutio imaginaria en cas de judicatum : "Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. - Parce que j'ai été condamné en ta faveur pour tant de mille sesterces, je me délie de toi et je me libère par cet airain et par cette balance.

Cette formule nous apporte deux preuves : 1° Lorsqu'il s'agissait de la nexi liberatio et non de la judicati solutio, la variante devait être : "Quod tibi tot milibus nexus sum". 2° - Elle apporte un appui à la conjecture d'après laquelle la formule du nexus comportait l'indication de la somme remise à l'emprunteur, tot milia.

De plus, elle montre que le nexus, pas plus que le judicatus n'était un débiteur ordinaire au sens classique du mot, car la nexi liberatio n'est pas un simple paiement; c'est un acte de libération. Le nexus dit, en effet, comme le judicatus, non pas je paie telle somme, mais ; " je me délie, je me délivre de toi par l'airain et par la balance." Cette formule apporte une preuve nouvelle que le nexus était dans une condition juridique de dépendance. Pour se libérer de cette puissance, il faut un acte juridique symétrique à celui qui a servi à le constituer. A la mancipation correspond l'émancipation ou la remanicipation. A la nexi datio, la nexi solutio. La cause de la dépendance du nexum est la dette de l'aes nexum. En supprimant la cause de sa sujétion, en remettant l'aes, le liberi nexus se libère en même temps qu'il paie.

Chapitre XI.

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° siècle, début du 7° 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 Cæcina, 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, quel qu'elles ne soient pas nommées dans la loi".

3°- De officiis L.12,37 : "Hostis enim apud majores 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 Atiniaie 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 Wisscher, constatant

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'éclairer 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. Examinons et critiquons les résultats auxquels on est arrivé par l'une et l'autre méthode.

§. 1 - La littérature juridique et l'auctoritas.-

L'opinion traditionnelle voit dans *usus auctoritas*, ou bien un synonyme d'usucapion ou bien dans *auctoritas* seul un synonyme de propriété. Que l'on dise possession, propriété, ou bien, comme on l'a fait récemment, autorité sur une chose, du moment que l'on admet qu'il s'agit d'un droit direct sur une chose, droit appartenant au propriétaire de cette chose, on reconnaît qu'*auctoritas* est un équivalent de droit de propriété.

Les auteurs responsables de cette interprétation sont deux illustres humanistes, Guillaume Budé et Robert Estienne, et un non moins illustre jurisconsulte, Alciat. Ce sont les humanistes du XVI^e siècle qui ont enrichi l'interprétation du droit romain de l'apport de textes littéraires relative aux questions juridiques. Guillaume Budé a réuni les textes relatifs à l'*auctoritas* dans ses Annotaciones in Pandectas dont la première édition est de 1508, suivie de beaucoup d'autres. Depuis, ces textes interviennent traditionnellement dans la discussion. Alciat, dans son Commentaire du Livre 50 du Digeste (titre 117, loi 117) suit Guillaume Budé. Pour ces deux auteurs, *usus auctoritas* ou même *auctoritas* seul sont synonymes d'usucapion. Le point de départ de cette interprétation est le suivant. Cicéron dit que l'*usus auctoritas* du fonds est de deux ans d'après la loi des XII Tables. Or, Justinien (Inst. 2.10) dit à son tour que l'usucapion des fonds était autrefois de deux ans en Italie. Guillaume Budé rapproche ces deux textes. S'il avait connu les Institutes Grecques de Théophile et les Institutes de Gaius (2,65) il aurait été confirmé dans son idée, car les deux auteurs attribuent expressément la règle d'usucapion à la loi des XII Tables.

On admet donc comme un postulat évident que Cicéron ne fait que formuler la règle de l'usucapion, rien de moins, mais rien de plus. Et voilà l'erreur

initiale qui vicie toute l'interprétation. Si nous lisons le contexte de Cicéron et d'Aulu Gelle, nous constatons d'abord que rien ne vient éclairer le sens des phrases citées. Nous constatons aussi que les auteurs n'ont eu aucune intention de citer une règle de droit, mais des fragments de règle, à cause des mots qui se trouvaient dans ces fragments et qui ne sont pas ceux que nous étudions: *a fundis*, dans Cicéron, pour dire que, quoique les maisons ne soient pas nommées, la loi ou plutôt l'interprétation traite les *aedes* comme les *fundi*; *hostis*, qui veut dire pérégrin et dans Aulu Gelle, *erit*. C'est donc une supposition gratuite de dire que ces phrases forment la règle de l'usucapion, toute la règle et rien que la règle. D'après l'intention des auteurs, ce sont des fragments incomplets de règles. Nous admettons bien entendu, que ces fragments proviennent de dispositions sur l'usucapion; mais on ne peut dire sans témérité que ces fragments ne parlent que de l'usucapion.

Alciat ajoute aux autres textes celui du *de officiis* que Budé avait ignoré ou peut-être omis volontairement : "*Adversus hostem aeterna auctoritas*. Pour y trouver le sens de *usucapio*, il se livre à une de ces subtilités d'explications verbales pleines d'invéraisemblances qui ne sont que trop familières aux juristes. *Auctoritas adversus hostem* veut dire usucapion à l'égard de l'ennemi, c'est-à-dire en faveur de l'ennemi, autrement dit une usucapion entreprise par l'*hostis*. Le temps de cette usucapion sera éternel cela veut dire qu'elle n'aboutira jamais ! Et ainsi aurait été formulée la défense d'usucaper qui atteint les pérégrins !

Robert Estienne blâme Budé et Alciat et les autres d'avoir vu dans *auctoritas* le synonyme seulement d'usucapion. Pour lui, *auctoritas* veut dire propriété acquise par un mode légitime, usucapion ou autre.

Les auteurs des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles qui s'occupent soit des XII Tables soit de l'usucapion adoptent suivant leur humeur l'une ou l'autre opinion. Parfois même ils les amalgament. Les pandectistes du début du XIX^e siècle examinent la question avec plus de critique. Ils voient alors surtout les difficultés et, par des explications sans cesse changeantes, ils s'efforcent en vain de les concilier. La lecture de cette très abondante littérature entraîne la conviction que cette conciliation est impossible.

On ne peut en effet, réduire nos quatre textes ensemble à dire qu'*auctoritas* veut dire propriété.

Les plus faciles à réduire seraient les deux derniers. Les lois que défendent l'usucapion des choses volées et interdisent l'usucapion aux pérégrins, auraient pu formuler ainsi la règle : la propriété subsiste éternellement au profit du volé et du citoyen contre le voleur et le pérégrin. Il est invraisemblable d'ailleurs que la loi des XII Tables ait senti la nécessité de défendre expressément aux pérégrins de profiter de cette institution civile qu'est l'usucapion. Ils en sont écartés non par une règle formelle, mais par leur état qui les empêche de participer au droit civil.

Mais, si c'est pour moi une raison décisive, si nous donnons à auctoritas le sens de propriété, le mot à mot des deux textes de Cicéron est impossible. Le premier, *usus auctoritas fundi biennium est*, pourrait être traduit littéralement en prenant *usus* pour un génitif; l'auctoritas de l'*usus* est acquise en deux ans. Boèce est de cet avis. Ce n'est pas la première fois que nous rencontrons cet auteur à l'origine d'une erreur moderne. Robert Estienne aussi "*puto genetivum esse*" dit-il. Mais cette traduction est ruinée par le second texte, "*Lex usum et auctoritatem biennium esse jubet*". Cette seconde version nous contraint à voir dans *usus auctoritas* cette figure grammaticale qui a nom asyndète, caractérisée par l'élimination de la proposition et, entre deux mots de sens voisin; par exemple, *emptio venditio, locatio conductio, cura potestas*, etc. Il faut donc prendre *usus auctoritas*, comme s'il y avait *usus et auctoritas*. L'*usus* et l'*auctoritas* sont de deux ans. Mais *auctoritas* ne peut vouloir alors dire propriété, car, la propriété de celui qui a l'*usus* ou bien n'existe qu'au bout de deux ans ou bien dure plus de deux ans. Le même *biennium* ne peut vouloir dire en même temps pendant deux ans et au bout de deux ans.

Aussi les philologues qui continuent de suivre Robert Estienne, sans avoir consenti jusqu'ici à tenir compte des difficultés soulevées par les juristes, interprètent mais ne traduisent pas. Le *Thesaurus Linguae Latinae*, au mot *auctoritas*, interprète ainsi : "*Usus auctoritas fundi (id est auctoritas usucapta) biennium est (id est capitur per in biennium possessionem)*". - L'*usus auctoritas* du fond (c'est-à-dire l'*auctoritas* acquise par l'usage) est de deux ans (c'est-à-dire qu'elle est acquise par une possession de deux ans).

Une interprétation encore plus libre est proposée dans le Dictionnaire de Bréal et Bailly et dans celui de Goelzer : "Pour un immeuble, deux ans de jouissance

me le dit M. Giffard dans son Précis, p.374, note 3, et dans son article p. 356 : L'usage de deux ans confère autorité sur le fonds; ou deux ans d'usage font acquérir le droit de propriété sur le fonds. Tout cela est impossible. Est ne signifie pas conférer, malgré la liberté de la phrase latine, dans *usus auctoritas fundi biennium est*, *biennium* ne peut être l'adjectif qualificatif d'*usus*, sujet, tandis qu'*auctoritas* serait l'attribut. La même citation dans le *Pro usum et auctoritatem* coupe court à toutes les interprétations.

Nous concluons : suivant le mot à mot : D'après la loi, il y a un *usus* et une *auctoritas* qui sont de deux ans. Nous savons ce qu'est l'*usus*. Il nous faut déterminer ce qu'est l'*auctoritas*. A coup sûr, elle n'est pas propriété. Et nous en sommes d'autant plus certain que nulle part ailleurs dans toute la littérature latine juridique ou non juridique, *auctoritas* n'a le sens de propriété.

La faillite de cette interprétation a conduit les auteurs vers d'autres chemins. Mommsen dans sa thèse, en 1843 *De auctoritas commentatio*, reprend nos textes. Pour lui, l'*auctoritas* est la condition de celui qui, parce qu'il a mancipé ou vendu un objet, est obligé de garantir son acquéreur contre l'éviction.

Girard, parmi les auteurs qui ont suivi Mommsen, mérite une place à part. Dans ses belles études sur l'*actio auctoritatis*, sur la stipulation de garantie, sur la garantie dans la vente contractuelle, enfin sur l'*auctoritas* et l'*actio auctoritatis*, réunies dans le tome II de ses *Mélanges de droit romain*, a projeté sur toutes ces questions une lumière qui maintenant encore sert de guide. Son mérite est d'avoir définitivement montré la relation qui existe entre la *mancipatio* et l'*auctoritas*. L'*auctoritas* du vendeur est la conséquence de la *mancipatio*. Et de par cette *auctoritas* le vendeur doit garantir l'acquéreur contre l'éviction. Cette obligation est sanctionnée par l'*actio auctoritatis*. Et il a montré l'importance de l'*auctoritas* dans la *mancipatio* en déterminant le nombre étonnant de textes du Digeste relatifs primitivement à l'*auctoritas*. Justinien les a fait interposer parce que la *mancipatio*, et par suite l'*auctoritas* de la *mancipatio* ont disparu de son droit.

Mais Girard définit l'*auctoritas* de façon trop étroite. Il la définit non pas comme l'obligation de garantie, mais comme la garantie elle-même que doit donner le vendeur lorsque l'acquéreur est soumis à une action en éviction. Fernand de Visscher, dans son étude sur l'*auctoritas* dans la *mancipatio*, a fait faire un pas décisif à la question en l'élargissant.

Il a montré que les textes parlent d'auctor et d'auctoritas même en dehors de cas où il s'agit de garantie. Pour lui, l'auctoritas dans la mancipation est plus que l'obligation de garantie, c'est le fondement de l'acte tout entier et de ses effets juridiques. La propriété de l'acquéreur est fondée sur un titre privé, et ce titre privé est l'auctoritas du mancipio dans.

Je lui reprocherai, à mon tour, de restreindre la question; car il a été amené, par le titre de son sujet, le rôle de l'auctoritas dans la mancipation, à admettre comme postulat qu'il n'y a d'auctoritas que dans la mancipation et que l'obligation de garantie est un élément essentiel dépendant de la structure même de l'institution qu'est l'auctoritas.

C'est là, à mon avis, le point fondamental qui provoque, plus ou moins consciemment, la résistance opposée à l'exégèse de Mommsen, Girard et F. de Vischer. Car, tout d'abord, il est difficile d'admettre de bon gré qu'il y a asyndète entre deux notions aussi différentes que l'usus pouvoir de fait sur une chose et l'auctoritas définie comme obligation de garantie. Aucune des autres asyndètes juridiques locatio conditio, emptio venditio, cura potestas, etc., ne présente un pareil déséquilibre. D'autre part, l'usucapio n'est pas une institution limitée aux res Mancipi, les rapports qui peuvent opposer le citoyen et l'hostis ou encore, en vertu de la loi Atinia, le voleur et le volé, ne se limitent pas davantage aux res Mancipi. On admettra donc difficilement que l'institution cachée sous ce terme auctoritas et entrant en composition avec l'usucapio ou avec l'hostis et la chose volée ne soit qu'une institution réduite à la mancipation et à l'obligation de garantie. De plus, nous le verrons, cette spécialisation ne résulte pas des textes cités. Je pense que la voie suivie par ces auteurs est la bonne voie, la seule bonne; mais il me paraît qu'ils ne soient pas encore allés jusqu'au bout du chemin.

§. 2 - L'auctoritas dans le droit.-

Nous allons chercher à notre tour 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 réunirons 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 conceptio, qui a au moins ce trait commun d'être qualifiée du même nom. Nous verrons 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'acquièrent 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 au 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'adrogant et l'adrogé : Gaius, l.99. Populi auctoritas, adoptamus eos qui sui juris sunt... Is qui adoptat regatur, id est interrogatur an velit eum quem adepturus sit justum sibi filium esse : et is qui adoptatur - regatur an id fieri patiatur et populus regatur 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 acquièrent leur validité

juridique de ce qu'ils sont ratifiés par le tuteur. (Dig. 26, 8, 3. Paul): "Etiam si non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas ejus, cum 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 valables 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.

§. 5 — 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 originaire, 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'auctor 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 mancipation, 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 Visscher, 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 le 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 Visscher 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. 2 § 4. "Si modus agri minor invenitur pro numero jugerum auctor obligatus est. — Si la contenance du fonds est trouvée inférieure, l'auctor est obligé pour le nombre des jugeres qui manquent". De même Dig. 12. 1. 53 § 3. Dans ces litiges n'intervient 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 Transylvanie qui nous fournissent des exemples de mancipations tirés de la pratique (Girard, Textes, 6^e ed. 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 Bellio Alexandri fide rogato Marco Vibio Longo. - Dasius Breucus a acheté et reçu à titre de mancipiura le petit esclave Apalaustus de Bellions 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 Visscher 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 Visscher 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 munera:

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 Vischer 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 de droits 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 Vischer (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 Vischer, 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 ces textes, on peut cependant se rendre compte que ce n'est pas au hasard et par pure 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 obstacle 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 jurisconsulte 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 § 5; 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 jurisconsultes 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 jurisconsultes 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°- Seneque, *Controversias*, 7.6.23: "Ex tabellis emptiois, multae sententiam trahere temptaverunt Blandus dixit: Regelimus 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°- Scaevola, *Dig.* 13.7.43: "Creditori instrumentum emptiois tradidit... peti 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 liberto, Popliano ad auctoritatibus rationis hereditatus". 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^e - Cicéron, de harusp. respons. I. 14. "Maltæ sunt domus in hac urbe, patres conscripti, atque haud scio an paene cunctae, jure optimo sed tatem 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'Aliciat 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 Havelin 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 aes et libram. Pour lui, ces effets sont triples:

1^o) il fait naître le droit de mancipium, la puissance de l'acquéreur sur l'immeuble. 2^o) 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 judicii 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 man-

ciation, pour conserver, avons-nous dit la règle des XII Tables : "Cum nexum faciet mancipiumque..." 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 Murina*, que Cicéron rattache spécialement au nexum l'obligation de garantie. Enfin, 3°) le troisième effet de la manciation, 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 manciation 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 manciation, 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 manciation 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 persua-

der. 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 Cassina* 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... Eh 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, comme 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 arrivant 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 *onus*. 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'Etat, qu'aussi longtemps qu'il est nécessaire à l'enfant protégé. La puissance dominante 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 *Pubilia Philonis* de 416/389 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 des 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 ré-

pandu 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 des cas où elle ne peut pas être donnée par un père prisonnier ou fou. Car disent-ils, il 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 la tendance 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 *mancipatio* 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 *mancipatio* elle-même. Dans la structure de la *mancipatio*, il n'y a pas place pour son établissement. Nous avons dit que la *mancipatio* était constituée par le rite accompli et la déclaration faite unilatérale-

ment par l'acquéreur qui affirme son droit. Ce rite doit être accompli en présence de l'auctor qui reste muet. Cette présence silencieuse peut être interprétée comme une ratification, une confirmation de l'acte réalisé. Mais l'auctor ne s'est engagé à rien, il n'a rien promis, il n'est entré dans aucun lien juridique d'obligation. C'est un point de vue à posteriori, contraire à la réalité historique que celui de Cicéron qui dit de l'auctor, nexu se obligat. Nous avons vu que le nexum était autre chose que le mancipium et en réalité, personne n'oserait affirmer que l'auctor est un nexus. Quand l'aliénateur intervient pour déterminer l'étendue du droit de mancipium qui va être créé par la déclaration de l'acquéreur, il fait lui-même une déclaration unilatérale, il dit la loi de l'acte : La lex dicta oblige celui qui la reçoit mais non celui qui la donne. La responsabilité de l'auctor n'est pas née de la structure même de la mancipation, du lien qu'elle lui aurait expressément imposé, ce lien n'existe pas : mais elle est née de la loi formelle; la loi des XII Tables, qui a créé contre lui l'actio de modo agri, et l'actio auctoritatis.

Girard avait très exactement vu que de la mancipation proprement dite ne naît pas l'obligation de garantie. C'est pourquoi, et là commence son erreur, il définit l'auctoritas comme étant non plus l'obligation de garantie, mais la garantie elle-même au moment où elle était formée. Il la rattache à l'action auctoritatis. Pour expliquer la naissance de cette action indépendamment de la mancipation, il imagine une théorie juridique. Il suppose que l'auctor, 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'auctor 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'auctor 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'auctor 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'auctor 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 potestates et auctoritates en numera 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 (Mélange, 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 jurisconsultes 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 pou-

vait 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 jurisconsultes 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 jurisconsultes 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 obnoxium : aliter enim non potest obligari. 2. Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset. 3. Res emptae, mancipatione et traditione perfecta, si evincantur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.- Le vendeur, s'il n'est pas propriétaire de la chose qu'il a vendue, une fois le prix reçu restera assujéti à l'auctoritas. 2. Si les choses simplement tradées subissent l'éviction, le vendeur devra être condamné envers l'acheteur à ce à quoi il s'est engagé dans la stipulation pour l'éviction : 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 littérature classique, en examinant les diverses auctoritates qui fonctionnent dans le droit romain, dans le droit public et privé, nous sommes arrivés à ce résultat que toutes peuvent être réunies sous un concept commun. Nous y avons reconnu un droit, un privilège attaché à la per-

sonnalité juridique, le droit de confirmer, de rendre valable, le droit d'une autre personne, l'acte accompli par elle en vertu de sa puissance, ex potestas. Nous avons reconnu l'exactitude de cette définition pour l'auctoritas qui fonctionne dans la mancipation et même d'une façon plus générale, pour l'auctoritas qui est le fondement du titre de tout accuéreur 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 différente 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 Atinea. Il ne s'agit 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 satisfaisante.

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 Caecina 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 durent deux ans. Dans l'auctoritas, il ne peut s'agir du Droit de propriété de celui qui a l'usus, car elle 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 originaire est, semble-t-il, fondement de droit, titre de propriété dans la personne de l'auctor. 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 ad-servatum erit, nihil est quod quisquam sese habere certum aut a patre accepturum aut relictum liberis arbitretur. Quid enim refert aedis aut fuodum relictum a patre, aut aliqua ratione habere bene partum si incertum est quae lumina tua jure mancipi sint, ea possis-sne retinere, si parietum communium jus civile a publi-ca 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 bonis a jure et a legibus quam ab iis a quibus illa ipsa bona nobis relicta sunt. Nam ut perveniat ad me fundus testamento alicujus fieri potest, ut retineamquod neum factum sit sine jure civile fieri non potest. Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac pareculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre sed rate 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'usucapion 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 puisage, 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 interprétation. Elle est la *lex*, et la *mancipatio familiae* dit que la déclaration de l'entor 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 pouvaient 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 jurisconsultes 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 mancipii*. 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 de 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'éclairera. 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 plusieurs fois, 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 réglementé 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 réprises, 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 la grammaire latine 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 institu-

tion, 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 fundus 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 III 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 acquis 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.

§ 6 - 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. Indicant 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 qui 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 Vischer.

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 nombre 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* *titur*, 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 eum 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 la tourmente, l'effort 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 première 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'auctor dure deux ans pour les immeubles, un an pour les ceterares, 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 civis 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 toute 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 États 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 contraindre 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.

Reste 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 d'un 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.

§ 7.- Auctoritas et vindicatio.-

Il nous reste à tracer le dernier trait de l'auctoritas, trait qui lui restitue sa vraie physiologie et montre sa place dans l'économie générale de notre système. Pour cette ultime explication, nous devons faire à l'hypothèse une place beaucoup plus large que dans les autres paragraphes de cette étude de l'auctoritas.

Nous partirons de cette constatation que nous avons déjà faite : le mancipio dans, l'aliénateur, est un auctor. Mais rien dans la structure même de la mancipation ne marque que l'auctoritas à un moment quelconque de l'acte a été expressément prêtée. Par sa présence, il confirme l'acte, mais il ne fait aucune déclaration sur l'auctoritas et cette intervention active de l'auctoritas n'est pas nécessaire au moment de la vente. L'auctoritas est une assistance, une protection contre une menace. De même que la potestas ne se manifeste qu'au moment où est accompli l'acte dont elle est le support, l'auc-

toritas n'intervient qu'au moment où cette menace se réalise. Dans la mancipation il n'y a aucune menace de cette sorte.

Or, nous avons une indication formelle qui nous permet de déterminer quand et comment l'auctoritas est mise en jeu. Dans ses notae juris, dans la section qui se rapporte aux actions de la loi : In legis actionibus haec, Valerius Probus explique : "C.I.I.T.C.P.A.F.A. Quando in jure te conspicio postulo, anne far auctor. - Puisque je t'aperçois devant le magistrat, je demande si tu fais, si tu deviens l'auctor." Far est à corriger en fias. Cicéron cite deux fois cette formule ou tout au moins la première partie, quando in jure te conspicio, qu'il appelle actio in auctorem praesentem, l'action contre l'auctor présent. La réponse était sans doute : auctor fio. Ces trois témoignages lient vigoureusement cet acte rituel à la vindicatio et non, comme on le suppose quelquefois tout-à-fait arbitrairement à la mancipation.

Girard suppose que cette demande est la sommation adressée à son vendeur par l'acquéreur que la vindicatio menace d'éviction d'avoir à exécuter son obligation de garantie. On n'a pas assez fait remarquer le caractère invraisemblable de cette interprétation. Ce n'est pas de cette façon dubitative et casuelle que l'on s'adresse à quelqu'un pour le sommer d'exécuter une obligation. Non seulement la façon même dont la question est posée exclut l'idée de toute obligation envers celui qui la pose, postulo an, mais elle implique que c'est par hasard qu'il aperçoit in jus celui à qui il la pose. L'auctor est certainement venu in jus avec l'acquéreur inquiété et amené par lui. Est-il vraisemblable que celui-là même qui l'amène lui dise : Quando in jure te conspicio ? La question est posée en réalité par l'adversaire pour qui la venue de l'auctor est une surprise, et même une désagréable surprise. Il y a dans la question un élément d'incertitude et même de mise au défi qui implique, d'après sa forme, que l'intervention de l'auctor était primitivement volontaire et ne dérive pas d'une obligation.

Ainsi, soit par son absence dans la structure de la mancipation, soit par la façon dont elle intervient dans la vindicatio, comme si elle ne dépendait pas d'un acte antérieur, l'auctoritas apparaît comme étant une institution rattachée davantage à la vindicatio qu'à la mancipation. Sa nature même l'apparente au droit sacré des manifestations rituelles, plutôt qu'au droit civil des preuves. L'intervention de l'auctor est en effet un acte rituel.

une affirmation d'état; Auctor fio. Sans doute, aussitôt que la juridiction civile est établie, il aura évidemment à fournir les preuves de sa propriété antérieure pour défendre celle de son ayant-cause, mais son rôle formel est semblable à celui du vindicans lui-même : il consiste dans un acte rituel d'affirmation. L'administration des preuves est absolument étrangère au mécanisme formel de l'action; c'est que pour lui comme pour le vindicans, l'administration de ces preuves est un élément adventice et postérieur, plaqué sur un rite qui 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 fait par nous pour les besoins de la cause et artificiellement. Depuis longtemps la littérature latine l'a établi. Nous avons dit que l'adsertor a été souvent rapproché du vindex. Il est le vindex libertatis. De même de nombreux textes littéraires, Cicéron, Suétone, surtout Tite-Live disent du vindex qu'il est un auctor libertatis. Cette assimilation correspond très bien à l'étroite similitude de leur action et de la forme de leur action soit dans la vindicatio soit dans la manus injectio, car ils font tous les trois une déclaration rituelle qui vient confirmer ou détruire l'effet d'un autre acte rituel.

De la réunion de tous ces indices, nous tirons une conjecture vraisemblable. Dans le droit sacré, l'efficacité de l'intervention de l'auctor était la même que l'efficacité du vindex et de l'adsertor. Cette intervention confirmait, créait le droit. Nous ne nous écartons pas de ce qui est et est resté le rôle fondamental de l'auctor, seulement, dans le jus civile, 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 deux auteurs d'une vindicatio pouvait faire appuyer sa manifestation rituelle 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 la manifestation ri-

tuelle 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 appuyées 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 reconnaissait ceux 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 mancipation 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 pourrions 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 auctoritatis, la notion de garantie. Pour les autres auctores, la preuve reste à la charge du vindicans.

Peut-être pourrez-vous être déconcertés par le caractère hypothétique à l'extrême de cette finale de ce long chapitre sur l'auctoritas... Cette audace dans l'hypothèse était nécessaire pour atteindre la notion d'auctoritas telle que je la conçois, jusque dans les derniers retranchements de son origine et la lier à cette autre hypothèse, celle du droit sacré. Pour l'audacieux qui tente de pénétrer dans les mystères de la préhistoire, le seul flambeau conducteur est la conjecture. Peut-être, puis-je dire sans trop de présomption, que les miennes ont pour excuse d'être fortement conduites et solidement appuyées jusqu'au seuil des espaces inconnus où se cache le mystère des origines. Surveillez à cette limite,

nous ne pouvons plus que jeter l'ultima conjecture dont la nuit hyperboréenne pour tenter de lui arracher un lambeau de son secret. Vous remarquerez que les résultats acquis tout au long de ce chapitre ne sont pas affaiblis par le caractère hypothétique de cette finale et n'auraient pas à être modifiés pour qui se refuserait de l'accepter.

Enfin, je voudrais terminer en exprimant un espoir. En réalité, il m'a été encore impossible cette année, étant donné la quantité des problèmes que nous avons soulevés et résolus dans le domaine du droit, d'examiner à fond les institutions religieuses des Romains, dans le but de faire des comparaisons et des rapprochements qui éclaireraient notre matière. Je suis très loin d'avoir perdu l'espoir que cette étude ne puisse nous apporter quelque lumière décisive.

Chapitre XII.

SACRAMENTUM.

Nous atteignons les derniers chapitres du programme que nous nous étions tracé. Comme il arrive toujours, nous avons été retardé, en cours de route par de multiples problèmes et il ne nous reste plus, faute de temps, que la possibilité d'indiquer schématiquement les développements que nous aurions voulu présenter en détail.

Nos trois derniers chapitres auront pour mission de rassembler les indices et les preuves qui permettent d'affirmer le caractère sacré primitif des manifestations rituelles. Que cette partie de la revendication qui porte spécialement le nom de 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 donner.

) 1.- Sacramentum (serment).

Reprenez Gaius (IV, 16). Nous avons vu que la vindicta a été paralysée 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 intervenir, Gaius IV, 16 : "Deinde qui prior vindicaverat dicebat : Quando tu injuria vindicavisti, quingenta aëris sacramento te provoce; adversarius quoque dicebat : et ego te; scilicet si de re mille aëris plurisve ageretur, quingenta, si de minoris, quinquaginta 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 exposent un enjeu de 50 ou de 500 as garantis 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 des 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 500 as. On suit en cela un témoignage de Festus, au mot sacramentum : "Sacramentum dicitur quod, juris-jurandi sacratione interposita, factum est." On appelle 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 leur attribuer dès leur création ce caractère détourné. On voit mal les Romains de l'époque primitive employant le perjure 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 éprouvé 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 actes 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. 36, note 3) le magistrat, déjà saisi avant le sacramentum quand il a donné l'ordre aux deux parties de lier l'objet, le magistrat a mis fin à la vindicta et a pris l'affaire en mains.

§ 2. Sacramentum = sacrifice.

À la vérité, le nom technique de serment a été de tout temps dans la langue romaine iusjurandum, 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 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 : "adgebatur iurejurando". On le faisait s'engager par serment à ne rien révéler de ce qu'il voyait du rituel; "Ann jurare cogebatur," ensuite il était forcé de jurer et c'est alors les engagements qu'on lui fait prendre.

Les substantifs, en mentum, dit Buschke (Mitra p. 561); indiquent le moyen extérieur à l'aide duquel l'action s'accomplit : Documentum, ce avec quoi on s'instruit; vestimentum, ce avec quoi on s'habille; alimentum, ce avec quoi on se nourrit; Sacramentum est en rapport avec sacer; sacramentum a sacro, dit Vaarron, sacratio désigne l'action de sacerare, de consacrer; sacramentum désigne ce avec quoi elle se produit ou plus exactement ce dans quoi la sacratio se produit comme un résultat acquis, le résultat de la sacratio.

Une opinion fort répandue voit le résultat se produire dans le vindicans parce que c'est lui qui fait le serment; et l'aes serait le piaculum, l'expiation avec laquelle il se rachète de cette consécration explication ingénieuse, mais absolument gratuite; car rien ne nous permet de dire que le plaideur a été considéré comme sacer. Ce n'est pas seulement le perdant, mais le gagnant qui aurait fait le serment. Tous deux auraient donc eu la qualité de sacer et auraient dû se racheter par le piaculum.

D'autre part, cette explication ne tient pas compte d'une étymologie que nous trouvons à la fois dans Varron et dans Festus et qui ne peut s'expliquer avec l'idée de serment seul. Varron (*Lingua Latina*, V.180) : "Ex pecunia quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infitabatur, de aliis rebus utriusque quingenos aeras ad pontem (pontificem) deponebant, de aliis rebus itam certe alio legitimo numero assum; qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat. Cette somme d'argent qui vient en jugement dans les procès est appelée sacramentum de ce qui est consacré. Le demandeur et le défendeur déposaient auprès du pont (ou plutôt du pontife) 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 pons est le pont Publicius qui est sous la garde des pontifes et dont ils ont tiré leur nom, pontifex, faiseur de pont.

Festus confirme cette étymologie (p.341) : Sacramentum aes significat quod poena nomine penditur. 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'as, la pecunia; l'objet de la sacratio, ce qui devenait sacer dans la phase religieuse de l'action de la loi, c'est l'as, c'est la pecunia. Ainsi, l'objet consacré n'était pas l'auteur de la vindicatio, comme le dit sans preuve toute une partie de la doctrine, mais la pecunia elle-même 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, qu'elle a remplacé.

Allons, en effet, plus loin dans l'analyse. Le sacramentum, l'as dans la procédure définitive n'est pas versé; c'est un enjeu dont le versement n'aura lieu qu'en cas de perte, et qui 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 vain-

ou 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 : consuebatur in rebus divinis... On conçoit que cette sacratio provisoire de l'aes du vainqueur ait paru présenter des inconvénients, et qu'elle ait été remplacée 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 Repubblica, II, 35;60 : "Gratum etiam illam rem, quarto circiter et quinquagesimo post primos consules, de multae sacramento Spurius Tarpeius et Aulus Aternius, consules, comitiis tulerunt. Annus post ea viginti, ex eo quod Lucius Papirius, Publius Pinarius, censores, multis dicendis vim armentorum a privatis in publicum averterant, levis aestimatio pecundiae in multa lege Caei Julii, Publii Papirii consulum constituta est." - Environ cinquante quatre ans après les premiers consuls (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 Publius 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 Gaius 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, l'époque des XII 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, 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, 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. Bœufs 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. Il se peut que ce sacrifice soit accompagné de serment des deux parties, c'est l'usage général des actes religieux à Rome. L'étymologie de Festus: Sacramentum iurandi sacratione interposita, n'est pas fautive mais elle est incomplète; l'objet principal de ce sacramentum était le sacrifice.

Rappelons maintenant les résultats auxquels nous sommes parvenus et spécialement par l'analyse de la vindicatio. 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 originelle. 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 adressée 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 le colère des dieux et à détourner le châtement de celui qui sacrifie et de sa famille. Quoiqu'on en ait dit, le fait d'affirmer son droit n'est pas un crime contre les dieux susceptible d'attirer leur colère, car cette affirmation est surtout une demande, un votum, une supplication. 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, contra-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 adsartor, 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 dont 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 des auspices, au droit augural. La volonté divine à qui l'on demande de se manifester s'exprime soit suivant la science des augures par le vol des oiseaux, soit, suivant l'art des haruspices, par l'examen des entrailles de la victime ou des victimes du sacrifice. Toute la vie publique et privée des Romains était subordonnée à ce droit augural. Les auspices publiques ou privées commandaient et dirigeaient tous les actes de cette vie. Les consuls ne se réunissaient pas, les comices, ni ne faisaient la guerre, le père de famille ~~ne cultivait~~ cultivait son champ ni ne mariait ses enfants sans s'être assurés par un sacrifice et une prise d'auspices que la volonté divine approuvait son acte et lui donnait son auctoritas. Il n'y aurait rien d'étonnant à ce que cet acte essentiel de la vie sociale qu'est la vincitio ait subi l'empire de la même loi.

Dire que le sacramentum est une institution détachée du droit augural est une conjecture. Nous y avons été amené, outre sa vraisemblance générale, par une série d'indices, indices généraux tirés de la marche générale de l'action, indices spéciaux tirés de l'étude du sacramentum; mais il est une troisième série d'indices encore plus probants la similitude étonnante qui existe entre le langage technique du droit des actions de la loi et le langage technique du droit des auspices et des sacrifices. Le but de nos deux derniers chapitres, en examinant les termes techniques des actions et le rôle du magistrat dans les actions de la loi aurait été de mettre en relief ce caractère commun. Le rôle du magistrat dans les actions de la loi et le rôle du prêtre dans les auspices et dans les sacrifices ont de telles ressemblances, de tels points de contact que, pour celui qui y a été préparé par les résultats acquis dans nos chapitres antérieurs, leur identité fondamentale s'impose avec un caractère de certitude.

Chapitre XIII

NUNCUPARE. NOMEN CAPERE.

Le sacramentum dans le chapitre précédent, nous a apporté une première preuve du caractère sacré primitif des manifestations rituelles. Il nous paraît 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 qui qualifient l'action dans les actions de loi, le ius agere, l'action des parties que nous avons déjà étudiée. Nous constaterons alors l'identité des termes et des formes dans les rites du droit sacré. Ce parallèle non seulement permettra de constater cette identité mais aura le grand avantage d'éclaircir et de préciser les conceptions fondamentales qui servent de structure à nos actions.

Pour ce chapitre et pour le suivant, il me faudrait faire des recherches personnelles dans ce domaine nouveau encore inexploré. Le temps nous manque, aussi bien pour les leçons que pour les recherches. Ces chapitres ne seront 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, des verba concepta, c'est-à-dire des phrases établies d'avance et qui doivent être prononcées rigoureusement telles qu'elles ont été conçues et réglées dans les formulaires. Le terme technique qui qualifie l'acte de les prononcer est nuncupare, nuncupatio.

§ I - La nuncupatio dans la mancipatio
et dans la vindicatio.

Les hasards de la transmission des textes ne nous donnent de la nuncupatio dans les actions de la loi qu'une idée incomplète. Il se trouve en fait que, dans le droit civil, les textes n'emploient le mot nuncupatio que pour la mancipation et dans la mancipation pour les déclarations de l'aliénateur. Gaius (Institutes 2,104) et Ulpien (Regulae, 20, 2) disent expressément que la déclaration par laquelle le testateur annonce son testament, dans le testament per aes et libram après la mancipatio familiae est appelée nuncupatio, la nuncupatio testamenti. D'autre part, Cicéron (de Officiis III, 16, 65) dit des déclarations de l'aliénateur dans la mancipation qu'elles sont des choses quae lingua nuncupata essent. Ces déclarations de l'aliénateur, qui sont dites avant que l'acquéreur ne fasse la mancipation et qui déterminent la condition de l'objet qui va être acquis, sont appelées les leges mancipii. Elles sont, à mon avis, une partie beaucoup plus essentielle de la mancipation qu'on ne le pense d'habitude et pour être complète, notre étude de la mancipation devrait les examiner et en marquer la place prépondérante dans la mancipation. Et c'est cette première étude du droit sacré qui m'a amené tardivement à cette conviction.

Mais le fait qu'il n'est parlé expressément dans les textes de nuncupatio que dans ces deux cas, amène la plupart des auteurs modernes à restreindre de façon tout-à-fait arbitraire la règle des XII Tables "Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita jus esto dont la traduction exacte est celle-ci : Lorsqu'on fait le nexum et le mancipium, comme on l'annonce par la langue, ainsi est le droit". On sait que, d'après l'explication de Girard, depuis que la monnaie étant frappée la pesée réelle est devenue fictive, l'importance juridique de l'acte serait passée de la pesée aux déclarations et c'est ce que la loi des XII Tables aurait consacré. Cette explication ayant été ruinée, par réaction, les auteurs modernes ont voulu cantonner la loi dans la validation des leges mancipii des déclarations de l'aliénateur. Et cependant, celui qui fait le nexum ou celui qui fait le mancipium, c'est aussi bien le prêteur d'argent pour le nexum, l'acquéreur pour le mancipium, que le débiteur et l'aliénateur. On dira même que c'est davantage le prêteur d'argent et l'ac-

quéreur que le nexus (nexum se dare, nexum finire) est l'aliénateur. Je rappellerai seulement que § 1^{er} al substitués, à plusieurs endroits de ce cours, une explication plus large de la disposition législative qui la fait s'appliquer aussi bien aux déclarations de l'acquéreur qu'aux déclarations de l'aliénateur. Toutes ces déclarations sont des nuncupationes, uti lingua nuncupasset, jus esto.

Mais je vais encore plus loin. Nous avons vu que la formule principale de la mancipation "Hunc ego hominem meum esse aio" est un emprunt direct à la mancipatio. Nous avons vu aussi que la formule de la vindicatio "jus feci sicut vindictam imposui" postulait l'existence pour la vindicatio d'une règle semblable à celle de la mancipatio : "Cum vindictam faciet, uti lingua nuncupasset ita esto". Nous pouvons donc conclure avec certitude que le prononcé des verba certa de la vindicatio est une mancupatio. Nous pouvons encore élargir la notion et affirmer que dans la manus injectio également, la formule nous conserve une mancupatio.

Cette extension est rigoureusement conforme au fond des choses et au sens du mot mancupatio. "Nuncupare, dit Gaius (2, 104) est palam nominare". Varron (1, 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 étudié la mancupatio dans le droit sacré.

§ 2 - La mancupatio dans le droit sacré.

La mancupatio du droit sacré a laissé des traces plus nombreuses dans la littérature. Beaucoup de textes parlent des vota mancupata, de la mancupatio 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 mancupatio délimite exactement celui ou ceux des dieux 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".

La nuncupatio précise ensuite l'objet de la requête, la promesse faite aux dieux et pourquoi 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 prouvée dans des fêtes religieuses de toutes sortes et plus particulièrement dans les actes du culte faits au Capitole avant le départ d'un haut magistrat pour l'armée, et dans la dédicace du temple. Ces actes religieux sont toujours accompagnés de prises d'auspices. Ils sont faits *auspicato*. Nous rencontrons enfin le même terme de nuncupation dans la procédure spéciale par laquelle débute la prise d'auspices. Servius (ad *Aeneid* III, 89) : "*Legum dictio autem est cum conditio ipsius augurii certa nuncupatione verborum dicitur.* - On dit qu'il y a *legum dictio* lorsque les conditions de l'*augurium* sont dites par la nuncupatio certa des paroles".

Dans toutes ces nuncupations, 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, 14) 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 retirer leur protection à cette ville et leur promet des temples à Rome. L'auteur ajoute : "*In eadem verba hostias fieri oportet, auctoritatemque videre extorum ut ea promittant futura.* - En même temps qu'on prononce des 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 Mânes l'armée ennemie pour qu'elle soit mise en déroute et privée de la lumière du ciel et son armée pour qu'elle soit conservée : "*Illis legibus eaq... de devoeo.* - Sous ces conditions, je les donne, je les dévoue". 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 au ciel.

Enfin, nous possédons plusieurs inscriptions dans lesquelles nous sont données des formules de dédicaces de temples ou d'autels. Voici, par exemple (C. I. L. III 1933) la 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 du pontife maximus. L'inscription dit : dans les parties qui nous intéressent : "*Caius Domitius Valens duumvir juredicundo praenunti Caio Ju-*

lio Severo, pontifice, legum dixit in ea verba quae infra scripta sunt : Hisce legibus hisce regionibus, sic, uti dixi, hasse tibi aram. Jupiter optimus maximus, de, 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 certa le magistrat saisissait les montants de la porte du temple qu'il dédiait à la divinité Servius (Georg. III, 16) : "Nam qui temp. um dicebat, postem tenens, dare se dicebat numini. Car celui qui dédiait un temple, tenant les montants de la porte disait qu'il le donnait à la divinité". Postem tenens est l'expression répétée par plusieurs autres sources. Vous reconnaîtrez la définition répétée plusieurs fois par Caius, rem tenens.

Les formules et les cérémonies de prise d'auspices nous sont données dans une inscription trouvée dans la ville de Gublio en Ombrie (Iguvium) qu'on appelle les tables lugubines. Ces tables et leur contenu nous donnent de précieuses lumières sur la cérémonie de prise d'auspices. Elles mériteraient une étude spéciale que nous ne pouvons plus faire. Rappelons seulement le texte de Servius sur l'Énéide III 89 : "Il y a legis dictio lorsque les conditions de la prise d'auspices sont dites dans une nuncupatio déterminée de paroles". Les tables nous montrent qu'avant l'examen des auspices, du vol des oiseaux, il y a deux déclarations solennelles, la première de l'augure déterminant les conditions de cet examen : "Tu observes l'épervier à droite, la corneille à droite, le pic à gauche, la pie à gauche, les oiseaux volants de gauche et les oiseaux chantants de gauche étant favorables". La seconde est une déclaration de l'auspiciant qui répète : "J'observe l'épervier à droite, la corneille à droite, le pic à gauche, la pie à gauche, les oiseaux volants de gauche et les oiseaux chantants de gauche étant favorables pour moi pour le peuple iguvien dans ce temple déterminé".

Les auteurs avec quelque peu 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 solennelles énoncées par l'augure. Bouché Leclercq 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 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 telles conditions, et l'auspiciant le promet!

Pour ma part, je pense que ce sont deux déclarations unilatérales comme celles de l'aliénateur et de l'acquéreur dans la mancipation. Il ne s'agit pas d'engagement pris par 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 manifester la volonté divine étant rigoureusement délimité, à elle de se faire connaître. En somme, les déclarations ne paraissent aiguillées vers le dieu que l'on consulte, elles ne sont pas des conventions entre les deux parties, pas davantage un *iusjurandum*; elles sont des affirmations 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 mancipation; le *mancipio accipiens* l'accomplit. Le même parallélisme se manifeste entre ces mêmes nuncupationes et celles des auteurs de la *vindicatio* et de la *contra-vindicatio*. Le fait que ces deux actes rituels 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 nuncupations est le même : délimiter rigoureusement le champ dans lequel doit se manifester la volonté divine.

La difficulté est que le texte des tables *Eugubines* 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) *stipulo est observas 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 dit *stiplo et austiplatu*. Ce n'est sans doute pas *spondes ne ? spondeo*. Ernout dit que *stipular* peut s'expliquer par ; je dresse, j'affermis. La présence du mot dans ce texte ne suf-

fit pas pour qu'on puisse affirmer qu'il y a une stipulation là où matériellement les deux déclarations qui sont rapportées n'ont la forme ni d'une demande et 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 capere*, telles sont les deux pierres angulaires de cette emprise totale.

On sait l'importance mystique que les romains attachaient au nomen pour acquérir la maîtrise sur la res qu'il désignait. 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 les Romains estimaient que le nom du dieu protecteur de la cité devait être caché de peur que l'on puisse, en prononçant son nom, 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 immatérielle, dans son animus, *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 (*Eneide*, 2.702)
 "Augurium est exquisita voluntas deorum per consultationes avium aut signorum. - L'augure (le présage)

(1) est la volonté des dieux recherchée au moyen de la consultation des oiseaux ou des signes. "Les auspices et les augures sont les présages. On dit de ceux qui consultent les dieux par les moyens de ces présages, *auspicia agunt*; ils prennent les auspices, *auspicia capiunt*. Il s'agit, soit de simples particuliers qui consultent les dieux pour leurs affaires privées, *auspicia privata*, ou des magistrats qui prennent les *auspicia 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 ou prêtres, 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 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'*augeo*, j'augmente. Les philologues sont unanimes sur ce point. Mais, parmi les étymologies que les anciens et les modernes ont données du nom d'*augur*, 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 tutoria* dit que le tuteur *auget personam pupilli*. Car, 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; à 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 omnia nomen tantum tenent, - qui, la cérémonie elle-même abolie, conservent le nom". Or, les textes les appellent aussi 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, ce 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 concordants prennent leur source dans le droit sacré.

Chapitre XIV.

FARI, DO, DICO, ADDICO.

Ce dernier chapitre est d'une grande importance. Il devrait étudier le rôle du préteur dans les actions de la loi. Ce rôle est une partie essentielle, aussi bien des manifestations rituelles que des actions de la loi. Ne pouvant donner à cette étude le développement qu'elle mérite, je m'efforcerai de mettre en relief les preuves de l'origine sacrée de ce rôle et la lumière qu'on en peut tirer pour l'interprétation du droit civil.

Nous n'entrerons pas dans ce domaine par une porte dérobée mais par un portique ouvert au centre de la matière, je dirai même par un véritable arc de triomphe. Nous constaterons en premier lieu que, 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'*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'État, le magistrat a le droit de capter, de capere, les auspices publics. Il demande au dieu de la cité, Jupiter optimus maximus, de manifester sa volonté par les auspices, pour appuyer les actes qu'il accomplit en vertu de son *imperium*. On peut dire avec une rigoureuse exactitude que son *imperium*, son pouvoir est fondé sur l'*auctoritas* divine. Or, la juridiction n'est qu'un rameau détaché de l'*imperium*, qui a été transmis du consul au préteur en même temps d'ailleurs que l'*imperium* lorsqu'on a dédoublé les magistratures.

La seconde constatation est que l'exercice de cette juridiction est qualifiée du terme même qui désigne le droit sacré, *fari*. 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*, puisqu'ils sont caractérisés par le terme *fari*. Je rappellerai Varron, 6, 29 30 : "*Dies fasti in quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari... dies nefasti per quos nefas praetorem fari do, dico, addico. Itaque non potest agi. Necesse est aliquo uti verbo cum lege quod peragitur.* - Jours

fastes, ceux dans lesquels il est permis au préteur par le droit sacré de prononcer tous les mots sans offrande expiatoire... jours néfastes, ceux où le droit sacré ne permet pas au préteur de dire do, dico, addico. C'est pourquoi il ne peut pas agir. Il est nécessaire d'user de quelque un de ces mots, lorsqu'une action de la loi est accomplie. Ces deux constatations sont les deux pharases qui illuminent de leur lumière éclatante la démonstration que nous allons tenter.

§ 1.- Do, dico, addico.-

L'emploi de ces mots par le préteur est spécialement attesté : 1°) pour addico, dans la vindicatio toutes les fois que, à la vindicatio d'une personne, ne s'oppose pas la contravindicatio d'un adversaire. C'est ce qui se produit dans l'in jure cessio (Gaius, II, 24; Ulpien, XIX, 9, 10) et dans la manumissio vindicta (Varro II 6.30; Cicéron, ad Attic; 7.2.8.). Voici comment Gaius (2.24) présente la suite des actes dans l'in jure cessio. Le vindicans fait sa vindicatio; le préteur demande à l'adversaire s'il fait une contravindicatio; devant son silence ou sa négation, "praetor eam rem addicit, idque legis actio vocatur". Nous trouvons encore l'addictio du débiteur par le magistrat à celui qui a fait manus injectio sur lui. Si un vindex n'intervient pas pour le délivrer, le préteur fait l'addictio, et le judicatus devient addictus.

La caractéristique de cette addictio est qu'elle intervient lorsque l'action n'a pas rencontré de contradictions. Le préteur confirme la déclaration. Il ne se livre ni à un examen ni à une appréciation, il consacre l'efficacité de la vindicatio. A notre point de vue des manifestations rituelles, le préteur constate le pouvoir créateur de la manifestation rituelle et la confirme de son auctoritas.

2°) do, dico, dare est attesté dans l'expression dare judicium lorsque le préteur nomme le juge qui va examiner les preuves de propriété pour déterminer le sacramentum justum. Ce judex est un simple particulier. Il est choisi d'un commun accord par les parties et le juge sur une liste de jurés dressée d'avance. Le préteur lui donne l'investiture en le nommant, judicem dat.

Nous rencontrons dicere dans un incident de

la procédure lorsqu'il s'agit d'immeuble. On sait que la vindicatio devait d'abord être faite sur les lieux mêmes; elle a été remplacée par un simulacre de départ ex jure et par un retour. Cicéron (pro Murena, 12, 26) : "Suis, utrisque superstitionibus istam viam dico. Inteviam. Redite viam. Devant vos témoins présents. Je dis ce chemin. Allez. Revenez". Le préteur indique la route à suivre.

Mais dicere et dare se rencontrent également dans une expression beaucoup plus importante : dicere vindicias ou dare vindicias. Dicere vindicias dans la procédure du sacramentum, c'est pour le préteur attribuer la possession intérimaire de l'objet du litige à l'un des deux adversaires, entre la provocatio ad sacramentum et la décision du iudex sur le sacramentum justum. (Gaius IV.16). Le mot vindicia, au pluriel vindiciae, mériterait une étude approfondie. Dans la doctrine actuellement régnante, il fait difficulté. Après les études que nous avons faites cette année, il peut être expliqué de façon satisfaisante. Vindiciae désigne les res sur lesquelles a été faite la vindicatio. Festus, p.574, "Vindiciae appellantur de quibus controversia est. - On appelle vindiciae les choses au sujet desquelles il y a controverse". Cette appellation est en tout concordante avec l'autre voisine, mancipia. Mancipia sont les choses du mancipium sur lesquelles a été faite la mancipation; vindiciae sont les choses de la vindicta sur lesquelles a été faite la vindicatio. La vis dicta leur a été imposée. A l'époque de la juridiction civile, la dictio du préteur est provisoire. Le droit définitif dépend de l'examen des preuves par le juge. Nous avons montré que dans les manifestations rituelles, l'acte rituel de l'adsertor libertatis l'emportait sur la vindicatio in servitutum de son adversaire. L'acte rituel de l'auctor donnait à la vindicatio qu'il soutenait une efficacité décisive, qu'enfin le sacrifice dans le sacramentum fournissait la décision. La volonté divine déterminait, selon les règles sacrées, la vindicta qui avait été imposée conformément à ses vues. Et le préteur tirait la conclusion. Il disait les vindiciae, il montrait les choses sur lesquelles avait agi le rite conformément à la volonté divine et celui dont la vindicta avait opéré conformément au plan divin. Cette attribution était définitive, au moins pour ce qui était de l'acte rituel présent. C'est assurément la raison pour laquelle le sacramentum étant transformé et le sacrifice supprimé, le préteur n'a plus de règle pour dicere vindiciae et peut les attribuer provisoirement et arbitrairement à l'un des deux plaideurs. Mais on voit encore mieux pourquoi dans

le cas de l'adsertor il doit dicere vindicias secundum libertatem, suivant la vindicatio de l'adsertor, et cela explique les effets singuliers de l'adsertio durant le procès.

§ 2.- Signification et emploi des mots do, dico, addico.

Dicere, dit Varron, veut dire montrer. Varro L. 6. l. 1. : "Dico habet originem graecam, quod graeci deixnuo, - "Je dis " a une origine grecque là où les Grecs disent "j'é montre". Le sens est donc montrer, faire connaître, dire. Des trois, c'est celui qui a le sens le plus général et le plus sans couleur. Il est employé pour les énonciations des parties comme du magistrat. Ce n'est pas autre chose que fari. Mais il a un sens solennel et technique.

Dare et addicere dans le droit classique ont pris un sens plus technique et plus précis. Dare, c'est transférer la propriété et même la propriété quiritaire. On ne l'emploie pas pour l'in bonis habere ou possidere. Addicere c'est adjuger, l'acte par lequel l'autorité transfère la propriété d'un bien dans l'adjudicatio. Mais ce n'est le sens primitif ni de l'un ni de l'autre mot. Wlassak (Sav. Stift, 31, 1910 p.196) a dégagé la signification primitive, notamment à l'aide des formules du legs per vindicationem. Gaius (2.195) donne cette formule : "Titio hominem Stichum do lego. - Je donne, je lègue à Titius, l'esclave Stichus". Gaius explique que le sens est le même s'il avait dit : "Suaito, sibi habeto ou capito, - qu'il prenne, qu'il ait pour lui, qu'il saisisse."

Cette forme de legs donne au légataire, nous l'avons dit, le droit de faire une vindicatio, de prendre l'objet légué par cet acte rituel. Donc, le sens est : faire avoir, faire qu'un autre puisse prendre, vindicare sinere ou jubere. Comme le dit Finot, dare s'oppose à capere. Comme pour dicere, l'usage du mot est commun aux particuliers et au magistrat. Le legs per vindicationem le prouve et aussi le terme qui désigne le mancipio dans. Dans cette dernière appellation, il ne faut pas voir, comme le dit de Visscher, un emploi tardif, une expression secondaire venant de l'époque où la conception de transfert de propriété s'est introduite dans la mancipation à la place de l'ancienne notion de mainmise, de prise de possession. Cette première étude du droit sacré et des termes techniques me persuade

qu'il faut reprendre l'examen de la mancipation sous cette lumière nouvelle. Le rôle de l'aliénateur me paraît avoir une importance plus grande que celle qu'on lui accorde jusqu'ici, attestée par le nom qui est anciennement donné à son action, mancipare, par Plaute notamment, attestée encore par le nom qui lui est donné, mancipio dans. Il me semble que la mancipatio de l'aliénateur n'avait pas seulement ce caractère exceptionnel de dire, s'il y a lieu, les *leges mancipi*, les conditions spéciales dans lesquelles le bien serait acquis, mais qu'elle comportait une formule générale et obligatoire comportant un *dare* ; "*Hunc ego hominem ex jure Quiritium tibi do.*" dans ce sens de *capere jubere*. Ce la expliquerait le silence de l'aliénateur dans la partie de l'acte rituel que décrit seule Gaius dans la *manu captio* ou *mancipatio*. Il y a là une hypothèse féconde qu'il conviendrait d'étudier plus à loisir et de fonder avec plus de rigueur.

Enfin le même Wlassak (*Sev. Stift* 25 p.90 et suivantes) a déterminé également le sens primitif d'*addicere*. *Addicere* est un composé de *ad* et de *dicere*. C'est la même formation que *adscribere* et *adlegere adstipulare adpromittere* avec la même valeur de sens tirée de la signification fondamentale de *ad*. Celui qui *ad*joint, ajoute, soit en parlant, soit par un autre signe, quelque chose à la parole ou à l'action d'un autre. Particulièrement, cette *addictio* est une approbation. *Festus*, p.13, définit ainsi le mot : "*Addicere est proprie idem dicere et approbare dicendo.* - *Addicere est proprement dire la même chose et approuver en disant*". Il est utile maintenant de rapprocher cette définition

de celle de l'*auctoritas* que donne Paul (*Dig.* 26, §,3) : "*Valet auctoritas ejus cum se probare dicit id quod agitur : hoc est enim auctorum fieri.* - Son *auctoritas* est valable lorsqu'il dit approuver ce qui est fait; cela en effet, c'est faire l'auteur.

Ces explications projettent sur le rôle du magistrat une lumière décisive, simple et satisfaisante, aussi bien dans son caractère primitif que dans le développement qu'il a pris par la suite; et elle le place tout entier sous le signe de l'*auctoritas*. Lorsqu'aucune contradiction n'empêche la force créatrice de l'acte rituel, *vindictio* ou *manus injectio*, de s'exercer librement, l'*addictio* du magistrat vient la confirmer par son approbation, approbation qui ne juge pas mais qui constate. Au contraire, si l'acte rituel est contredit par un acte adverse, les règles du droit sacré départagent les forces rituelles affrontées. De nouveau

le magistrat constate le résultat. Il ne juge pas, il montre, dicat, il permet d'avoir, dat. Son auctoritas consacre ici encore l'acte qui crée. Dans l'un et dans l'autre cas, il n'est que l'interprète, le dicator de la volonté divine captée suivant les règles. Son auctoritas s'appuie sur celle du dieu.

Notre interprétation éclaire une discussion qui se perpétue entre les interprètes à propos de l'in jure cessio. On se demande à qui, dans ce mode de transfert appartient le rôle attributif de la propriété, à l'acquéreur qui agit, au magistrat qui addicit. A mon avis, le rôle du prêteur est aussi essentiel que celui de l'acquéreur. La validité de l'acte dépend des deux. Mais comme la loi est venue remplacer le dieu comme fondement suprême de l'acte, le rôle actif concret du dieu dans l'acte a disparu et le rôle de la loi s'est estompé dans l'abstrait. Le magistrat d'interprète sacré est devenu un interprète de la loi, et la forme spécifique que son origine a donné à l'acte fait que le magistrat consacre mais ne crée pas. La création s'est logée dans la déclaration de l'acquéreur, la consécration dans celle du magistrat.

Enfin, une autre difficulté de l'interprétation commune me paraît s'évanouir par la comparaison avec le droit sacré. On s'efforce, sans grand succès, de discerner l'emploi exclusif et séparé de chacun des trois termes techniques. Seul, celui d'addicere peut être ainsi individualisé. Il me semble que la comparaison avec le legs, do, lego, avec surtout la formule de la dédicace des temples, do, dico, dedico, et avec d'autres encore qui ne craignent aucunement l'accumulation des verbes, permettent d'envisager une solution. Lorsqu'il s'agit de constater l'effet non contredit d'une manifestation rituelle, le magistrat a pu très naturellement et très exactement dire : do, dico, addico. Dans les autres cas, au moins ; do, dico. Cela explique la dualité de l'expression, dicere vindicias ou dare vindicias, sans qu'il soit nécessaire de penser comme on le fait sans raison, que dare vindicias est une expression moins exacte et plus récente. Quand il dit : istam viam dico.- je montre cette voie, on comprend sans plus que le magistrat ne pouvait guère ajouter do.

§ 3.- Do, dico, addico dans le droit sacré.-

Dans ce paragraphe, nous aurions à étudier l'emploi de ces mots par le magistrat et par le pontife dans les actes du droit sacré, vota, sacrifice, auguratio ou inauguratio. Il y a longtemps que les philologues ont fait la remarque que ces mots sont du langage sacré, en même temps qu'ils sont du langage juridique. Je rappellerai la formule de la dédicace ; " Hanc aram tibi do dico dedico". Il faudrait y joindre d'innombrables autres exemples. On y verrait, fortifié et précisé dans le droit sacré, le sens de dare et de dicere qui a été dégagé par les commentateurs juridiques dans le droit civil : dare = faire avoir s'opposant à capere, dicere = montrer. Je ne puis pousser davantage cette démonstration.

Mais il faut pourtant citer le remarquable emploi du verbe addicere dans le droit sacré. Addicere est du langage technique des augures. Wlassak (Sav. Stift 25.91) a eu le mérite d'utiliser cette analogie pour déterminer le sens primitif de dicere mais il n'a pas vu, bien entendu, la relation plus étroite de la même origine que nous établissons ici et de l'identité complète du sens primitif. Lorsque l'augure examine les oiseaux, suivant la méthode des auspices, si les oiseaux donnent des signes favorables, on dit ; " Aves addicunt". (Tacite, Annales, 2.11 de Viris illustribus 3.1). On peut voir que l'objet de cette addictio des oiseaux est à l'accusatif sans que cet accusatif puisse évoquer l'idée d'une attribution. Festus, p.241 : "Ubi aves adduxissent militem, illum qui a comuni latio missus esset, illum quem aves addixerunt, praetorem salutare solitum.- Aussitôt que les oiseaux avaient fait l'addictio du soldat, qui avait été envoyé par l'ensemble des Latins (c'est-à-dire l'avaient désigné par leur approbation), il était d'usage de saluer du nom de préteur celui que les oiseaux avaient montré." J'ai quelque plaisir à signaler ce rapprochement si caractéristique entre l'addictio des oiseaux et l'addictio du préteur, car, c'est en lisant l'étude de Wlassak où il est fait, 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, le relient encore, comme nous venons de le voir, à la souche primitive.

Nous avons terminé le cours de cette année: On aurait pu penser 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 mené cette année dans des chemins nouveaux de toutes sortes. Le système que nous avons essayé de construire repose sur deux bases fondamentales: l'étude de la vindicta et l'étude du vindex. La vindicta nous a permis de constater que la structure originelle des actions de la loi excluait toute production de preuves, tout examen de faits. 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 des actions de la loi 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 joue son rôle essentiel. Même dans les travaux les plus austères, l'imagination est le moteur secret qui vivifie les faits secs et décolorés, 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 ressusciter le mystère du passé ou scruter le secret de l'avenir, son imagination lui servira de guide, bon ou mauvais. Notre pays vient de courir à sa perte, égaré par le manque d'imagination de ses chefs qui n'ont pas su reconnaître parmi les phénomènes du présent ceux qui portaient en eux le germe du proche avenir. Ce n'est pas en ce moment qu'il faut mépriser l'imagination créatrice.

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 le chemin de la fantaisie. Cette rigueur nous nous sommes efforcé de l'atteindre dans la réunion des faits et dans leur interprétation. Nous

