

Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome

par André MAGDELAIN

(Professeur à l'Université de Droit
et des Sciences sociales de Paris)

Depuis la dernière guerre, la science de la procédure civile romaine a fait des progrès considérables, qui ont principalement tendu à renverser les idées de Wlassak, sans que toutefois son incomparable apport dans la critique des textes soit périmé. L'art du raisonnement juridique s'est si finement aiguisé qu'il serait vain de reprendre le thème de l'*arbitrium liti aestimandae* avec les seules armes à présent en usage sans tenter de mettre à contribution l'instrument partiellement délaissé de la philologie juridique. Sous cet angle, toute une gamme de correspondances s'offre aussitôt à l'esprit. Quelle relation unit *aestimare* et *damnare*? Et quelle opposition sépare *damnare* et *iudicare*? Les correspondances sont encore plus significatives lorsqu'elles rattachent un substantif à un verbe, ainsi *arbiter* non seulement à *aestimare* mais à *damnare*. Et ce jeu de relations et de contrastes peut être porté au second degré, lorsqu'il se dédouble en mettant un couple de substantifs: *iudex* et *arbiter*, en face d'une paire de verbes: *iudicare* et *damnare*, comme on y est invité par la langue des actions de la loi qui connaît aussi bien *iudex sive arbiter* que le *iudicatus sive damnatus*, en laissant à l'interprète le soin de mesurer la portée du *sive*. Il y a tout à parier que ces binômes se font pendant.

Pour apprécier le contenu des sentences de l'un ou l'autre type: *iudicare* et *damnare*, on ne pourra se dispenser de faire un excursus sur la *litis contestatio*, rendu nécessaire par une contra-

diction de la science contemporaine, qui fait remonter à l'ancien droit son effet extinctif tout en admettant une condamnation *in ipsam rem*, ce qui suppose la survie de l'obligation déduite en justice. Un autre excursus sur l'obligation *verborum* aura montré d'abord l'archaïsme de la promesse de *certa res*.

Pour finir, il faudra prendre parti sur le sens premier d'*oportet*, car ce mot est le pivot de tous ces problèmes.

I

1. — La regrettable lacune du manuscrit de Gaius sur le *sacramentum in personam* est partiellement compensée par la citation que fait Cicéron des *verba* introductifs de l'action *furti nec manifesti: nat. decor. 3, 74 ope consilioque tuo furtum aio factum esse* (1). Le *sacramentum* étant l'action *generalis* utilisée lorsque les décevirs n'avaient pas prévu d'autre procédure (Gaius 4, 13), la *iudicis arbitrive postulatio* obéissant à la règle inverse qui exige une disposition législative expresse (Gaius 4, 17a), il ne paraît pas douteux aujourd'hui que l'action *furti* de même que les autres actions délictuelles empruntaient la première de ces actions de la loi (2). Mais le jugement *sacramentum Primi iustum, sacramentum Secundi iniustum*, même si on admet avec certains savants qu'il s'accompagne d'une décision au fond, ne tranche que sur la culpabilité du voleur, et il reste à prononcer la condamnation au double de la valeur de la chose volée, telle que l'imposent les XII Tables. On a compris depuis longtemps (3) que le *sacramentum in personam* de l'a. *furti* devait être suivi d'une procédure complémentaire (*Nachverfahren*) que l'on n'a eu aucune peine à identifier avec l'*arbitrium liti aestimandae*, attesté par Valerius Probus (4, 10) dans le régime des actions de la loi (4). Deux sentences se suivent: la première du *iudex* (Gaius 4, 15)

(1) Sur ce texte, HUVELIN, *Furtum*, p. 129, 385-386, 442, 452.

(2) KASER, *Das r. Zivilprozessrecht*, 1966, p. 65 (cité ZP).

(3) KARLOWA, *Der r. Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, p. 114, 145; KASER, *R. Privatrecht*, 2^e éd., I, p. 159 (cité RPR).

(4) Voir E. LEVY, ZSS 1934, p. 306 n. 2 sur la place que devait occuper cet *arbitrium liti aestimandae* dans les lacunes du livre IV de Gaius.

pour le *sacramentum* et la seconde de l'*arbiter* pour la condamnation au double. L'intervention d'un *arbiter* a été rendue nécessaire par la technicité de l'*aestimatio*, comparable à celle qui exige un partage ou bornage, le *iudex* dans le droit des XII Tables ne se voyant confier que le soin de mettre au clair une situation juridique. C'est seulement dans le cas où le vol porte sur un montant d'*aes* (alors pesé) que le juge⁽⁵⁾, en l'absence d'estimation à faire, prononce la condamnation au double en vertu de la loi.

On interpréterait mal ce mécanisme procédural complexe, si on ne voyait dans l'*aestimatio litis*, à laquelle procède l'*arbiter*, que l'estimation d'une condamnation déjà prononcée au terme du *sacramentum in personam*. Le *Nachverfahren* ne serait qu'estimatoire et le juge du *sacramentum in personam* aurait à la fois constaté le vol et condamné au double, en laissant à l'*arbiter* la simple tâche d'évaluer la *res* pour formuler définitivement la condamnation en *aes*, comme si deux condamnations pouvaient se suivre. La succession des sentences du *iudex* et de l'*arbiter* est tout autre: dans le *sacramentum in personam* le *iudex* (sauf le cas de vol d'*aes*) se borne à établir le délit sans s'occuper de la peine, de même que le juge du *sacramentum in rem* établit la propriété de l'une des parties, sans s'occuper de la suite, la restitution de l'objet; c'est l'*arbiter* de la procédure complémentaire qui après avoir évalué la *res* prononce la condamnation. Par *damnum decidere*, expression typique du vol (Gaius 4,37; 4,45), si on laisse pour l'instant son sens littéral et son emploi dans la *legis actio* en suspens, on entend en gros la condamnation pécuniaire qui frappe le voleur. Le matériel de notre information a permis de reconstituer dans les recueils de *leges* un verset des XII Tables: 8,16 *si adorat furto, quod nec manifestum erit, ... [duplione damnum decidito]* (6). Or dans une hypothèse voisine du vol, la *vindicia falsa* (7), quand il s'agit de faire obtenir

(5) Sur la distinction *iudex-arbiter*, KASER, *ZP*, p. 41 suiv.; GIBARD, *Organisation judiciaire*, p. 82.

(6) HUVELIN, *cit.* p. 75; KASER, *RPR* I, p. 159, n. 37.

(7) Sur le sens de cette expression voir l'état du problème dans SANTORO, *Annali del Seminario Giuridico di Palermo* 30, 1967, p. 5 suiv. Voir en particulier KASER, *Iura*, 1962, p. 22-62.

au gagnant du procès réel le double de la valeur des fruits perçus par le perdant, qui avait bénéficié de la possession intérimaire, on retrouve dans le code décemviral l'expression *damnum decidere* et c'est à des arbitres qu'incombe la tâche de liquider et de prononcer la condamnation: XII Tables 12,3 *si vindiciam falsam tulit, si velit is, (prae)tor arbitros tris dato, eorum arbitrio... fructus duplione damnum decidito*. De même que pour la *vindicia falsa* la condamnation au double est contenue dans l'*arbitrium* des trois arbitres, de même pour le vol la condamnation égale-ment au double est l'œuvre de l'*arbiter liti aestimandae*, sans que dans un cas comme dans l'autre cette condamnation ait été précédée au cours du *sacramentum* (ici *in rem*, là *in personam*) par une autre préalable qu'il s'agirait simplement d'évaluer. Il y a unicité de condamnation⁽⁸⁾.

On s'est parfois demandé qui dans le régime des actions de la loi prend l'initiative de l'*arbitrium liti aestimandae* et requiert la nomination d'un *arbiter*⁽⁹⁾. On a parfois supposé que cette initiative revenait à celle des parties qui devait en supporter les frais, par exemple le possesseur intérimaire en cas de *vindicia falsa*. Pour l'*a.furti* serait-ce le voleur? Son but serait alors d'échapper à la vengeance par le paiement de la composition évaluée par l'arbitre. C'est oublier que dans les XII Tables la peine du double s'impose au voleur comme au volé pour le vol non manifeste: le volé qui voudrait faire *manus injectio* sur le voleur aussitôt après que le juge du *sacramentum* a constaté le délit, se verrait opposer un refus d'*addictio* par le magistrat. Il ne faut pas raisonner autrement pour la *vindicia falsa* et supposer que c'est le possesseur intérimaire qui prend l'initiative de l'*arbitrium*. Quand la loi dit: *si vindiciam falsam tulit*, elle désigne concrètement la possession intérimaire pendant le *sacramentum in rem* par le mot *vindicia* qui signifie « l'objet pendant la durée du procès » (Fest. 516 L *vindiciae appellantur*

(8) Dans la *vindicia falsa* il n'y a pas de jugement antérieur sur la culpabilité, qui résulte du jugement du *sacramentum in rem*: celui-ci fait apparaître le caractère délictueux de la possession intérimaire du perdant: voir KASER, *ZP*, p. 95, n. 11; du même, *BIDR* 65, 1962, p. 95.

(9) KOSCHAKER, *ZSS* 1916, p. 357; KASER, *Iura* 1962, p. 33; *ZP*, p. 97; SANTORO, *cit.* p. 56.

res cae, de quibus controversia est; 517 L *vindiciam esse ait ... qua de re controversia est*). La *vindicia* est *falsa* parce que l'objet a été pris par celui des plaideurs qui devait ensuite être perdant (cf. Cic. *Mil.* 74 *iniustis vindiciis*)⁽¹⁰⁾. La suite du verset: *si velit is, (prae)tor arbitros tris dato ...*, indique par *si velit is* une simple faculté, comme c'est habituellement le cas lorsque les XII Tables parlent de *velle* ou *nolle* (I,3; 3,4); cette faculté ne saurait être la demande elle-même de l'*arbitrium* adressée au magistrat, il faudrait alors supposer que chaque fois que la loi organise une action ou un arbitrage, elle indiquerait par une semblable clause que la demande est à la discrétion de l'intéressé, ce qui ne se vérifie pas dans les autres versets décemviraux et serait absurde. Par *si velit is* il faut entendre que pour la *vindicia falsa* le choix est laissé entre un arbitre ou 3 au plus⁽¹¹⁾. Telle est la faculté exprimée par *velit*. Il ne s'agit pas de la demande d'arbitrage, mais d'une modalité de cette demande. Qui est *is*? Ce ne peut être le même qui *vindiciam falsam tulit*, ce serait contraire au style laconique de la loi qui dans ce cas aurait fait l'économie du pronom, elle aurait dit simplement *si velit*. La loi des XII Tables utilise habituellement *is* pour désigner l'adversaire. Quelques exemples: I,1 *em capito*; 3,4 *qui eum vinctum habebit*; 8,12 *si im occisit*; 8,2 *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*. La loi se passe du pronom, lorsqu'il n'y a pas d'ambiguïté. Sans lui le changement de sujet est souvent évident: ainsi à la table III,2 *in ius ducito*. 3 *Ni iudicatum facit ...* Quand c'est nécessaire, pour opposer clairement les personnages du drame judiciaire, la loi se résout à appeler *is* l'antagoniste, même s'il apparaît grammaticalement pour la première fois: *ni cum eo pacit*, mais il était déjà implicitement présent. Dans *si velit is*, le pronom est introduit pour marquer un changement de sujet qui autrement ne serait pas perceptible: comme d'habitude dans la loi *is* est l'adversaire, ici le gagnant du procès en revendication. Il était jusque là sous-entendu dans la seule mention de la *vindicia falsa*. La loi le dévoile ensuite pour lui faire demander l'*arbitrium liti actimandae*. Ainsi s'évanouit la

(10) Voir KASER, *Iura* 1962, p. 28.

(11) WLASSAK, *R. Prozessgesetze II*, p. 294.

seule preuve que dans les XII Tables cette demande puisse être présentée au magistrat par le défendeur: ce type d'arbitrage ne fait pas exception à la règle que dans la procédure archaïque l'initiative revient au demandeur.

Pour la *vindicia falsa* comme pour le *furtum nec manifestum*, l'obligation de *damnum decidere* (XII Tables 8,16; 12,3) aboutit à une *litis aestimatio*, qui dans ces deux hypothèses voisines a été pareillement exigée en justice par la victime, sans qu'il y ait lieu d'imaginer d'une procédure à l'autre un renversement du rôle des parties devant le magistrat. Dans les deux cas, la *litis aestimatio* ne se borne pas à être une évaluation, elle est une condamnation. Elle revêt le même aspect dans les actions noxales: on sait que de nombreux textes mettent en balance l'abandon du coupable et la peine⁽¹²⁾; avec une prédilection remarquable ils appellent cette dernière *litis aestimatio*. Gaius remontant aux XII Tables présente une synthèse qui est à ce point exemplaire qu'elle a été insérée dans la reconstitution de la loi: 4,75 (= XII Tables 12,2b) *ex maleficio filiorum familias servorumque ... noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*⁽¹³⁾. Les interprètes du texte comme de tous ceux qui présentent presque dans les mêmes termes cette alternative, sont d'accord pour identifier dans la *litis aestimatio* la composition qui rachète le coupable. On reconnaît à propos de la noxalité à cette expression une fonction pénale qui se retrouve dans l'*arbitrium liti aestimandae* de la *vindicia falsa* et du *furtum nec manifestum*. La parenté entre ces trois hypothèses est d'autant plus frappante qu'elle se situe toute entière au sein du code décenviral, qui égrène d'ailleurs d'autres délits donnant lieu à estimation parfois appelée *noxiam sarcire*⁽¹⁴⁾. Abstraction faite de ses aspects répersécutaires, la *litis aestimatio* a dès l'ancien droit, quels que soient les

(12) Ils sont groupés par BETTI, *Studi sulla litis aestimatio* I (1915), p. 32-44.

(13) Sur ce texte: GIRARD, *Mél.* II, p. 349; BIONDI, *Actiones noxales*, 1925, p. 257 suiv.; DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, 1947, p. 217; KASER, *RPR* I, p. 631 n. 5.

(14) LISOWSKI, *RE* sup. 7, v. *noxa*.

termes peut-être variables employés alors, la valeur de rachat du coupable ⁽¹⁵⁾. Cet emploi de l'expression en matière délictuelle s'est conservé ensuite intact dans la terminologie de la noxalité, et il n'est pas indifférent de la retrouver sous ce même aspect dans le langage littéraire: Caes. BG 5,1,9 *arbitros inter civitates dat, qui litem aestiment poenamque constituant* ⁽¹⁶⁾.

La *vindicia falsa* et la noxalité permettent de tirer de son isolement l'*arbitrium liti aestimandae* de l'action *furti nec manifesti* et de mieux le comprendre. Malgré leurs différences, ces trois types de procédure ont en commun d'aboutir à une *litis aestimatio* qui est une condamnation pécuniaire de caractère pénal. Ce bref bilan n'est pas exhaustif, la loi des XII Tables connaît d'autres variétés de ce genre de procès. Dans le cas du *furtum nec manifestum*, comme sans doute pour d'autres délits, l'arbitrage estimatif est précédé d'un *sacramentum in personam*, qui fait défaut pour la *vindicia falsa*. Mais avec ou sans *sacramentum in personam* préalable, la *litis aestimatio*, qu'il s'agisse de *furtum*, de *vindicia falsa*, ou des actions noxales, vaut condamnation, elle n'est pas seulement évaluative. Lorsque le *sacramentum in personam* est suivi d'un *arbitrium liti aestimandae*, c'est à cette deuxième procédure qu'appartient le prononcé de la peine, la première n'ayant fait qu'établir le délit. Dans ce complexe procédural, le juge du *sacramentum* a une fonction purement déclarative (abstraction faite du vol d'*aes*, qui ne suscite ni évaluation ni *Nachverfahren*). Reste à condamner le coupable. Deux sentences se suivant de contenu fort différent, sans que la deuxième soit la traduction en *aes* d'une première condamnation qui fait défaut et serait inimaginable pour le cas de *vindicia falsa*. Il faut s'attendre pour ces deux sentences conjuguées à trouver deux qualifications différentes de l'activité du *iudex*, qui prononce la première, et de l'*arbiter* à qui incombe la deuxième. Le dualisme *iudex-arbiter* correspond aux deux

(15) A la manière de la noxalité, en matière de *pauperies* Ulpien D. 9,1,1 pr. (= XII Tables 8, 6) met au compte des décemvirs une *aestimatio noxiae* mise en parallèle avec l'abandon. Sur ce texte, GIRARD, *Mél.* II, p. 345, LENEL, *EP*, p. 196; KASER, *RPR* I, p. 631, n. 5.

(16) Sur ce texte, EHRHARDT, *ZSS* 1935, p. 90.

aspects de ce mécanisme procédural. Le *iudex* prononce d'abord un jugement déclaratif, sa fonction est de *iudicare*; ensuite l'*arbiter* prononce une *litis aestimatio* emportant condamnation⁽¹⁷⁾. On voit dès à présent se profiler la perspective qui dans la suite de cette étude associera le binôme *iudicare-damnare* au couple *iudex-arbiter*.

La relation entre *litis aestimatio* et condamnation pécuniaire n'est pas à démontrer: Gaius 4,48 *omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est* (cf. Neratius D. 16,3,30 *litis aestimatione damnatus*)⁽¹⁸⁾. Deux témoignages transmis par Aulu-Gelle la font remonter à l'ancien droit. Sex. Caecilius (Africanus)⁽¹⁹⁾ rapporte pour une période de peu consécutive aux XII Tables que l'auteur du *membrum ruptum* pouvait par son refus échapper au talion prescrit par la loi et se voir simplement condamner à une *litis aestimatio*: Gell. 20,1,38 *aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat*. Un passage du *De Dotibus* de Servius Sulpicius, cité également dans les Nuits Attiques, enseigne qu'en droit latin avant la *lex Julia de civitate Latinis danda* (90 av. JC.) la rupture des fiançailles donnait lieu, grâce à l'action *ex sponsu*, moyennant *litis aestimatio* à une condamnation que les inter-

(17) L'*arbitrium liti aestimandae* qui fait suite au *sacramentum in personam* n'a rien à voir avec l'estimation approximative de la valeur de la chose litigieuse qui intervient pour chaque *sacramentum* soit *in rem* soit *in personam*, en vue d'établir le montant de la *poena sacramenti*. Cette évaluation préalable, sans doute sommaire, est étrangère à l'*arbitrium liti aestimandae*, qui est subséquent et n'est pas la suite obligée du *sacramentum* (voir LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les Actions de la loi*, p. 183 et 232; dans un autre sens SCAPINI, *Confessione I* (1973), p. 20). Depuis la création des *tresviri capitales*, il semble que cette évaluation préalable leur soit confiée par la loi *Papiria de sacramentis* (BRUNS, n. 4), qui les charge de *iudicare sacramenta (et exigere)*: sur ce point WENGER, ZSS 1930, p. 349-350. Dernièrement sur cette loi, ALBANESE, *Studi Volterra II*, p. 178 suiv.

(18) Il est instructif de se reporter aux doutes anciens de BEKKER sur l'efficacité de la *litis aestimatio*: *Aktionen I*, p. 85. Pour une tentative de renouveler le problème de la relation entre *aestimatio* et condamnation, voir au sujet de l'*iniuria* et talion: SELB, *Acta Juridica* 1978, p. 29 suiv.

(19) KONKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, p. 172, sur cette identification avec Africanus dans le texte d'Aulu-Gelle.

prêtes⁽²⁰⁾ du texte mettent habituellement au compte de la *iudicis arbitrive postulatio*: Gell. 4,4,2 *Iudex quamobrem data acceptave non esset uxor quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum qui spondebat, (ei) qui stipulatus erat, condemnabat*. Cependant, les *sponsalia* décrits par Servius Sulpicius pour le Latium, donnant lieu à des dommages-intérêts, ne sont pas le type le plus ancien de cette promesse, pour laquelle on commença par prévoir une *pecunia certa* en cas de rupture (Varro, *Lingua*, 6,70 *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa*)⁽²¹⁾. L'*id quod interest* n'est pas un critère archaïque de la justice civile⁽²²⁾. A travers ces textes, le *membrum ruptum* et les fiançailles montrent que dans la *legis actio* post-décenvirale la *litis aestimatio* est définie par les jurisconsultes comme une *damnatio* pécuniaire, ce qu'elle est aussi dans les XII Tables dans les cas de la *vindicia falsa* et de la noxalité etc. Tout au long de l'ancien droit avec des nuances elle reste semblable à elle-même. Rien n'autorise à dire que l'*arbitrium liti aestimandae* pénal fasse exception à la règle lorsqu'il s'ajoute à un *sacramentum in personam*, lequel a tendu seulement à faire la preuve d'un délit. L'*arbiter* de la *litis aestimatio* a pour fonction de *damnare*, comme cela se produit dans les autres hypothèses d'estimation judiciaire dans les actions de la loi, alors que dans le *sacramentum in personam* préalable à seule fin d'établir la culpabilité du délinquant la sentence déclarative correspond à la mission de *iudicare* du *iudex*. On observe l'antithèse bien connue *iudicare-damnare*⁽²³⁾ répartie, dans ces deux instances

(20) LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les Actions de la loi*, p. 230; KASER, *ZP*, p. 79, n. 18; du même, *Das altrömische Ius*, p. 280 (cité *AJ*); MONIER, *Manuel II*, § 82; E. LEVY, *ZSS* 1934, p. 304, n. 2.

(21) KASER, *RPR I*, p. 72; KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, 1976, p. 60-61; contra WATSON, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, 1975, p. 29-30.

(22) MEDICUS, *Id quod interest*, 1962, p. 213, 334 à propos de Serv. Sulp. ap. Gell. 4, 4, texte avec lequel commence l'histoire de cette notion.

(23) Sur cette antithèse, qui fera l'objet de développements ultérieurs, voir BETTI, *L'antitesi di iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio)*, 1915; WLASSAK, *ZSS* 1904, p. 179 suiv.; HÄGERSTRÖM, *Der r.Obligationsbegriff*, 1927, I, p. 441 suiv., 444 n. I,450; KASER, *AJ*, p. 128 n. 42; LIEBS,

combinées du *sacramentum* et de l'*arbitrium*, sur les têtes du *iudex* et de l'*arbitrator*.

Il ne faut pas se dissimuler qu'on est arrivé pour l'action *furti nec manifesti*, qui a servi de prototype, à cette conclusion par voie d'induction et de comparaison avec un lot de cas analogues qui commandent aussi ce contraste terminologique. La science contemporaine apprécie le binôme *iudicare-damnare* de diverses manières. Sans entrer en d'inutiles controverses, qu'il suffise de retrouver dans le procès des *repetundae* ces deux termes associés pour qualifier la succession des deux sentences, qui ont respectivement les mêmes fonctions que celles du *iudex* et de l'*arbitrator* dans la combinaison décenvirale du *sacramentum* et de l'*arbitrium liti aestimandae*.

La *lex repetundarum* épigraphique (habituellement dite Acilia et datée du temps des Gracques) décrit avec une certaine minutie une procédure dont les deux phases principales sont définies globalement dans la formule: *iudicatio litisque aestimatio* (24) (lignes 4; 6 etc.). A chacune correspondent respectivement la rubrique: 49 *De reis quomodo iudicetur*, et la rubrique: 58 *De litiibus aestimandis*, lesquelles sont suivies à leur tour séparément d'autres rubriques donnant le détail de ces deux opérations. La double sentence des jurés porte d'abord sur la culpabilité de l'accusé, ensuite sur l'estimation du litige (25). La loi distingue et oppose *iudicare* (première sentence) et *aestimare* (deuxième sen-

ZSS 1968, p. 229 suiv.; Wlassak souvent critiqué est approuvé par E. Levy, ZSS 1934, p. 267.

(24) La formule complète est: *iudicium iudicatio litisque aestimatio*. A notre avis, *iudicium* paraît désigner l'ensemble de l'instance, décomposée dans les deux éléments indiqués ensuite dans la formule. EDER, (*Das vorsullanische Repetundenverfahren*, 1969) dans sa traduction de la loi propose: *die Verhandlung*. WARMINGTON, (*Remains of Old Latin IV*) et JOHNSON, etc. (*Ancient roman Statutes*, p. 38) traduisent par *trial*. HÄGERSTRÖM, (I, p. 439) explique par: *Entscheidungsakt als ein Ganzes*.

(25) MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 446; 725. Sur la *litis aestimatio*, voir aussi BEKKER, *Aktionen I*, p. 300 suiv.; EDER, *cit.*, p. 110; 208, n. 3; 216, n. 2; KUNKEL, *RE*, v. *Quaestio*, 766; 768; KIPP-LEONHARD, *RE*, v. *Aestimatio liti*; PEROZZI, *Scritti III*, p. 425 suiv.; CUQ, *Dar. Sag.*, v. *litis aestimatio*, 1270.

tence)⁽²⁶⁾. Cette distinction à propos des *repetundae* reparait chez Cicéron: *Cluent.* 115 *hic profertur id quod iudicium appellari non oportet, P. Septimio Scaevolae litem eo nomine esse aestimatam ...* 116 *aestimationem litium non esse iudicium* (27). Les exégètes de ce passage sont d'accord pour admettre que *iudicium* signifie ici jugement. Cette opposition entre *iudicare* et *aestimare* se retrouve chez Ulpien à propos de la loi Aquilia en cas d'aveu: D. 9,2,25,2 *notandum, quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, iudex non rei iudicandae sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confidentes* (28). Après la *confessio*, il n'y a pas de conflit à trancher; au sens propre un jugement est superflu, il suffit de procéder à une évaluation.

Si jusqu'à présent la terminologie de la *lex repetundarum* s'accorde avec l'antithèse *iudicare-aestimare* des actions de la loi, cependant elle se sépare du langage de cette procédure civile, lorsque pour définir le contenu de la première sentence des jurés elle parle de « condamnation » (en particulier lignes 7; 11; 13; 55; 157 etc; 55 rubrique *de reo condemnando*). Les tablettes de vote des jurés portent les lettres *A*(*absolvo*) ou *C*(*condemno*) (ligne 54). Mais il ne s'agit pas de condamnation pécuniaire. La première sentence des jurés, tranchant seulement sur la culpabilité, a pour objet: *fecisse videri* (29) selon les termes de la *pronuntiatio* du préteur (lignes 42; 55). L'*Absolvo* ou *Condemno* des jurés, comme on l'a remarqué depuis longtemps⁽³⁰⁾, se borne à cela. Le règlement financier de l'affaire relève ensuite

(26) HÄGERSTRÖM, I, p. 439.

(27) Sur ce texte: HUVELIN, *Mél. Gérardin*, p. 351 suiv.; WLASSAK, ZSS 1904, p. 179-180; KARLOWA, *Civilprozess*, p. 146. On a remarqué que Cicéron dans le même texte commet lui-même l'impropriété de langage qu'il reproche aux autres. Mais BOYANCÉ dans l'édition de ce discours (Belles Lettres) propose de lire *incertis* au lieu de *in ceteris iudiciis*, ce qui résoudrait cette contradiction. Sur le fond du *casus*: SHERWIN-WHITE, JRS 1952, p. 45; 51; cf. EHRHARDT, ZSS 1935, p. 84 suiv.

(28) Sur ce texte, WLASSAK, *cit.*, p. 180; HÄGERSTRÖM, I, p. 442; KASER, ZP, p. 285, n. 8; SCAPINI, *Confessione* I, p. 34.

(29) Sur cette formule, DAUBE, *Forms of roman Legislation*, 1956, p. 73 suiv.

(30) HÄGERSTRÖM, I, p. 439; KUNKEL, RE, v. *Quaestio*, 766.

de la *litis aestimatio*: la loi sépare (par ex. lignes 7; 58) *condemnatio* et *aestimatio*, sans donner à la première la valeur d'une sanction qui relève seulement de la seconde. Cet emploi de *condemnare* ne correspond pas au sens le plus ancien du mot qui a trait comme pour *damnare* (infra II,1) à une condamnation pécuniaire. Ces mots sont passés, comme le reconnaissent les meilleurs lexicographes⁽³¹⁾, de la justice civile à la justice criminelle, où ils ont acquis une portée toute différente et beaucoup plus vaste⁽³²⁾. Ainsi les lettres *L(ibero) D(amno)* sur une monnaie commémorant la loi tabellaire de C. Coelius Caldus en 107, se rapportent aux bulletins de vote de l'assemblée populaire jugeant la *perduellio*⁽³³⁾. *Damnare* et *condemnare*, pour le vote aussi bien des jurés des *questiones* que des membres des centurries, n'avaient plus rien à voir avec la condamnation pécuniaire de la procédure civile.

Cependant, grâce à Cicéron il est permis de retrouver à propos des *repetundae* les termes traditionnels qui séparent le jugement déclaratif de culpabilité de la liquidation pécuniaire du procès. À côté de la *lex repetundarum*, qui emploie pour la constatation du délit *condemnare* dans un sens extensif complètement détaché du sens premier du mot, l'orateur restitue sa valeur fondamentale à *damnare* précisément en matière de concussion, lorsqu'il parle pour un tel procès de *causa iudicata atque damnata* (*Rab. Post.* 8). Wlassak⁽³⁴⁾ n'a pas eu de peine à identifier, en dehors de tout pléonasme, dans la *causa iudicata* la première sentence qui déclare l'accusé coupable et dans la *causa damnata* la *litis aestimatio* calculée dans la deuxième⁽³⁵⁾. Par là même, Cicéron

(31) WALDE-HOFMANN, I, p. 322; ERNOUT-MEILLET, 4^e éd., p. 164.

(32) Sur ce transfert, HEINZE, *Vom Geist des Römertums*, p. 35, n. 18; LIEBS, ZSS 1968, p. 224-225.

(33) SYDENHAM, n. 891; CRAWFORD, n. 437; L. ROSS TAYLOR, *Roman voting Assemblies*, p. 37; CODY, *Class. Phil.* 1973, p. 205-208.

(34) ZSS 1904, p. 182.

(35) Les contradicteurs de WLASSAK (HÄGERSTRÖM, I, p. 445 note; KASER, *AJ*, p. 128, n. 42) ont opposé que *causa damnata* avait ailleurs un tout autre sens (*Cluent. 7 ad eam causam accedere, quae ... ipsa opinione hominum tacita prope convicta atque damnata sit*). En réalité, entre *causa iudicata et damnata* d'une part et *causa convicta atque damnata*

confirme, comme il le dit ailleurs (*Cluent.* 115-116, déjà cité), que la seconde sentence n'est pas un *iudicium* mais, faut-il ajouter, une *damnatio*. Le couple *iudicare-damnare* se répartit sur les deux sentences du procès de *repetundae*. Si l'on songe que conformément à la *lex Calpurnia* de 149⁽³⁶⁾, ce procès ouvrait une procédure de *sacramentum*, à laquelle se rattache aussi dans un *Nachverfahren* une *litis aestimatio*⁽³⁷⁾, on obtient à travers cette loi le moyen de remonter du *sacramentum* des *repetundae* à cette même *legis actio* des procès civils pour retrouver dans les deux sentences du *sacramentum in personam* et de *Parbitrium litis aestimandae* la forme originale de l'antithèse *iudicare-damnare*. En somme, l'association du *sacramentum in personam* et de *Parbitrium liti aestimandae* aligne les deux sentences d'un *iudex* et d'un *arbiter*, le premier ayant pour fonction de *iudicare* selon un jugement déclaratif (*sacramentum iustum*)⁽³⁸⁾ et le second de *damnare* dans les termes d'une *litis aestimatio* valant condamnation pécuniaire.

2. — Avant de mesurer ce que sont le *iudex* et l'*arbiter* de la *iudicis arbitrive postulatio*, il y a lieu de faire d'abord un bref

le parallélisme est évident. La *causa* est d'abord *iudicata* ou *convicta*: dans les deux cas la culpabilité est établie. Ensuite, la *causa* est *damnata*: c'est la sanction. Pour les *repetundae* c'est la *litis aestimatio*; ailleurs ce peut être autre chose. *Damnare* conserve son sens premier (condamnation pécuniaire) pour la concussion. Le passage du mot de la justice civile à la justice criminelle l'étend aux sanctions de cette dernière.

(36) Lignes 23; 81 de la *lex repetundarum*. Sur la loi *Calpurnia*: GIRARD, *Mél.* I, p. 102-107; EDER, *cit.*, p. 58-119; VENTURINI, *BIDR* 1969, p. 79.

(37) HUVELIN, *Mél. Gérardin*, p. 335, n. 1; E. LEVY, *ZSS* 1934, p. 306, n. 4. - Il ressort du texte de la rubrique: *De leitibus aestumandis* de la *lex repetundarum*, lignes 58-59, que dans le régime des *repetundae* antérieur à ce texte épigraphique la *litis aestimatio* était déjà en vigueur: cela renvoie aux lois *Calpurnia* et *Iunia* (de 149-123) sur les *repetundae* (sur ce point EHRHARDT, *ZSS* 1935, p. 87-88), conformément à la place de la loi épigraphique dans la chronologie des *leges repetundarum* (TIBILETTI, *Le Leggi de iudicis repetundarum*, 1953, p. 81; EDER, *cit.*, p. 120; cf. KASER, *ZSS* 1977, p. 120 suiv.). Sur les controverses actuelles à propos de l'identification de la loi épigraphique, voir la bibliographie donnée par REYNOLDS, *JRS* 1976, p. 177.

(38) Sur cette expression attestée par divers textes voir en particulier BEKKER, *Aktionen* I, p. 77 note.

excursus sur la *sponsio* archaïque, afin de se débarrasser du dogme encombrant⁽³⁹⁾ qui restreint le contrat *verbis* à ses origines à une promesse d'argent, alors que au cours des « dark ages » l'*aes* était rare (infra). Lorsque le nouveau Gaius (4,17a) reproduit la formule d'une *iudicis arbitrive postulatio* mise au service d'une promesse de *certa pecunia*, rien n'autorise à voir là plus qu'un exemple (précédé de *fere*) et à s'enhardir à rayer d'un trait la promesse de *certa res* ou d'*incertum*. Pour la *condictio* aussi Gaius se contente de citer seulement la formule qui a trait à une somme d'argent. Certes on peut dire que les *stipulationes incerti* dans les formulaires de Caton (*agr.* 144,5; 146,5 *recte haec dari fierique ...*)⁽⁴⁰⁾ dénotent peut-être une facture plus avancée que la technique des textes décenviraux, sans que cela soit un impératif de l'évidence. Mais il n'est pas facile de faire bon marché de la *nota* de Valerius Probus: Eins. 13 *te mihi dare facere oportere* (s.e. *aiō*) [FIRA II p. 458]⁽⁴¹⁾. On est d'accord aujourd'hui pour admettre que cette formule, inadaptée au mécanisme du *sacramentum in personam*, est celle d'une *iudicis arbitrive postulatio* sanctionnant une stipulation incertaine. Il n'est pas satisfaisant de penser qu'il s'agisse d'un développement post-décenviral de cette *legis actio*, qui selon un principe rigoureux n'est utilisable que dans les cas prévus par une loi (Gaius 4,17a). Il faudrait alors admettre à l'encontre de ce principe que la *iudicis arbitrive postulatio* a vu son champ d'action élargi par la coutume au profit d'une *actio incerti ex stipulatu* (EP § 55) ignorée du législateur.

Contre la *stipulatio incerti* de l'ancien droit, il n'est d'aucun

(39) Récemment, en faveur de ce dogme FREZZA, (ANRW I, 2, p. 174, n. 18) remarque que les vœux publics n'étaient pas *ex incerta pecunia* jusqu'en 200 (Liv. 31,9,6 suiv.). Cette règle de la *voti sponsio* publique, en réalité, est expliquée par Tite-Live par un motif de comptabilité: 7 *quia ea pecunia non posset in bellum usui esse seponique statim deberet nec cum alia pecunia misceri*.

(40) Sur ces textes, VON LÜBTOW, *Symb. Taubenschlag*, *Hos* 48,3, p. 307 suiv.; KASER, ZSS 1973, p. 214 suiv.

(41) J'ai attiré l'attention sur ce texte dans mes *Origines de la Sponsio*, p. 189; depuis voir: PASTORI, *Sponsio e stipulatio*, 1961, p. 91; KASER, ZSS 1973, p. 206; KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, 1976, p. 59.

profit, à propos des promesses de *facere*, de relever que autrefois elles revêtaient dans certains cas une forme alternative, mettant en balance la prestation avec une somme d'argent⁽⁴²⁾. On suppose que la prestation en nature n'était pas exigible et que c'est pour remédier à cela que le stipulant se faisait promettre à son défaut une *pecunia certa*. On cite à propos du *vadimonium* Plaute: *Rud. 777 nam promisimus carnufici aut talentum magnum aut hunc hodie sistere*⁽⁴³⁾; et à propos des *sponsalia* Varron: *Lingua 6,70 spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa*. Sans même se demander si le montant stipulé est une peine conventionnelle ou une simple réparation du dommage⁽⁴⁴⁾, les deux exemples mis en avant correspondent à des situations délicates, où le juge se serait trouvé en face d'un véritable casse-tête pour évaluer une condamnation pécuniaire. La forme alternative (*aut*)⁽⁴⁵⁾ de la stipulation répond simplement à une opportunité pratique, en un temps reculé où la notion d'*id quod interest* ne connaissait pas encore ses développements ultérieurs précisément en matière de *sponsalia* (Serv. Sulp. ap. Gell. 4,4,2)⁽⁴⁶⁾ et de *vadimonium* (Neratius D. 2,11,14)⁽⁴⁷⁾.

Le mot *sponsus* (génitif *us*), rare et archaïque, bien que peu étudié, permet de remonter assez haut dans l'histoire du contrat

(42) KASER, ZSS 1973, p. 206; 213; 216; KNÜTEL, *cit.*, p. 60.

(43) KASER, *AJ*, p. 273; STEINWENTER, *RE*, v. *vadimonium* VII A, 2055.

(44) Sur ce problème KASER, ZSS 1973, p. 206; 213.

(45) WATSON, (*Rome of the XII Tables*, 1975 p. 29-30) pense que la stipulation alternative des fiançailles est plutôt récente et destinée à mettre en échec la désuétude de la sanction des *sponsalia*.

(46) Sur ce texte MEDICUS, *Id quod interest*, 1962, p. 213; 334; KASER, ZSS 1973, p. 216-217.

(47) KASER, *ZP*, p. 168; MEDICUS, *cit.*, p. 271; 330; COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui*, 1957, p. 168; KNÜTEL, *cit.*, p. 35. — D'une manière générale, la stipulation alternative avec *aut* est à distinguer de la stipulation *poenae* conditionnelle (*Stichum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?*). Voir KASER, *RPR* I, p. 519; KNÜTEL, p. 62. Pour le *vadimonium*, chez Tite-Live (3,13,6) la forme: *sisti reum pecuniamque ni sistatur populo promitti placere*, bien que placée en 461, n'est pas archaïque (COUDERT, p. 22-24): cf. D. 45,1,115 pr. *te sisti certo loco: si non steteris, quinquaginta ... dari spondes?* (KASER, ZSS 1973, p. 206). On admet en général que la stipulation alternative (*aut*) est plus ancienne que la stipulation *poenae* conditionnelle.

verbis et facilite l'étude de son champ d'application. Gaius (3,179) parle de la *communio sponsus* refusée au pérégrin⁽⁴⁸⁾. Paul (2 *edict.* D. 50,16,7) pour définir la *sponsio* explique la réponse « *spondeo* » par l'*interrogatio sponsus*⁽⁴⁹⁾. Ulpien (1 *ed. aed. cur.* D. 21,1,19,2) fait la même chose⁽⁵⁰⁾. Dans la langue classique, *sponsus* a parfois une certaine technicité pour désigner le cautionnement sans autre précision (Gaius 4,22 *lex Furia de sponsu*; Ulp. *fragm. Argent.* 3,2 — FIRA II p. 309 — *obligatio contracta, cui sponsus accedit*)⁽⁵¹⁾. Dans un autre ordre d'idées, à propos de l'ancien droit des fiançailles, juristes et antiquaires aiment à parler de l'action *ex sponsu* (Serv. Sulp. ap. Gell. 4,4,2; Varro, *lingua*, 6,72). En somme, ce mot qui a une saveur d'archaïsme a été sauvé en jurisprudence tant pour rendre compte de l'usage spécial du mot « *spondeo* » dans la réponse du promettant que pour évoquer une ancienne action ou désigner le cautionnement du *sponsor*. Ce dernier point peut recevoir une explication aisée: contrairement à une opinion longtemps reçue on sait à présent grâce à de récentes études qu'à propos de l'engagement du *sponsor* les Romains s'abstiennent de parler de *sponsio*. Il faut ajouter que c'est le mot *sponsus* qui remplit cette fonction, au moins dans certains textes, sans que l'on soit en mesure d'évaluer l'étendue jurisprudentielle de cet emploi après le sort fait par Justinien à ce type de sûreté.

Le terrain est déblayé pour aborder chez Varron (*lingua* 6, 69-72) les définitions de *sponsio* et *sponsus* (génitif-us). Ce passage, écrit dans une langue rebutante de nature à décourager l'exégèse

(48) D'après une correction certaine du manuscrit.

(49) Sur ce texte, LENEL, ZSS t.2, 1881, p. 39; ARANGIO-RUIZ, BIDR 1962, p. 206; BRUNA, *Lex Rubria*, 1972, p. 69-70.

(50) ARANGIO-RUIZ, *cit.*, p. 208; IMPALLOMENEI, *Editto degli edili curuli*, 1955, p. 26 suiv.; 262, qui cependant s'intéresse peu à l'aspect philologique du texte.

(51) On trouve le même emploi technique dans la langue littéraire, Cic. *Att.* 12, 19, 2 *de sponsu si quid perspexeris*, cautionnement visé dans lettres 12, 4, 2 et 12, 17. Voir aussi: Cic. *in Clod. et Cur.* 16 (*orationum deperdit. fragmenta*, ed. PACCIONI, p. 97), texte expliqué par *Schol. Bob.* 88, 1. — Sur ces textes, HÄGERSTRÖM, II, p. 126.

(52) ARANGIO-RUIZ, BIDR 1962, p. 201; 210; DAUBE, *Roman Law*, 1969, p. 24 suiv. et déjà E. LEVY, ZSS 28, 1907, p. 404.

(comme il semble que ce fut bien le cas), se décompose en trois parties destinées à illustrer une étymologie à partir de *sponte*, qui met en évidence le rôle du consentement dans un contrat formel, selon un thème cher aussi aux prudents. Tout d'abord l'auteur explique le formalisme de la réponse « *spondeo* » par son fondement dans la volonté du promettant: 69 *spondere est dicere « spondeo », a sponte: nam id valet et a voluntate*. Puis viennent des citations littéraires sur *sponte* pour confirmer l'étymologie proposée. Quelques dérivés de *spondere* sont alignés ensuite: par exemple *desponsor sponsa*, termes empruntés aux fiançailles. Varron conclut le paragraphe en revenant à la proposition initiale: *spondet enim qui dicit a sua sponte « spondeo »*; *spondet et [est] sponsor* (correction⁽⁵³⁾ que je propose pour éviter d'appeler incorrectement *sponsor* le débiteur principal, alors que Varron semble parler du promettant d'abord et de la caution aussitôt après). Sur quoi s'articule une définition du terme extrajuridique *consponsus*, moyennant un renvoi à Naevius sans citation littérale: *qui idem faciat obligatur sponsu, consponsus*, les *consponsi* étant d'après l'information qu'on possède une sorte de conjurés⁽⁵⁴⁾. Varron vient de mettre en lumière un emploi de *sponsus* en dehors du droit civil. Les § 70 et 71 passent dans une

(53) Dans un autre sens, E. LEVY, ZSS 28, 1907, p. 403.

(54) *Consponsus* est un mot ignoré des prudents. Varron a trouvé *consponsi* chez Naevius (WARMINGTON, *Remains of Old Latin* II, p. 598); Varron explique: *qui idem faciat obligatur sponsu, consponsus*. Ce qui correspond à Paul. Fest. 36 L *consposos antiqui dicebant fide mutua conligatos*. Il s'agit d'une sorte de conjuration, ce qui est clair dans le SC Bacch. 13 *neve posthac inter se coniurase neve convocise neve conspondise neve compromesise velet* (de même Paul. Fest. 37 L *convoti isdem votis obligati*; cf. NORDEN, *Aus altröm. Priesterbüchern*, p. 72). L'absence du mot *consponsus* dans la langue des prudents exclut qu'il puisse s'agir d'une pluralité de cautions; la définition de Varron: *qui idem faciat obligatur*, ne vise pas le cautionnement mais la réciprocité des conjurés. De son côté *consponsor* ou signifie *coniurator* (Paul. Fest. 51 L) ou vise la pluralité des *sponsors* (Cic. *fam.* 6, 18, 3; *Att.* 12, 17) cf. SHACKLETON-BAILEY, *Epistulae ad familiares*, 1977, II, p. 385. HÄGERSTRÖM (II, p. 256) rappelle que *coniuratus* a le même sens que *coniurator*. Sur *coniuratio*, LATTE, *Kl. Schrift.*, p. 348. KUPISZWESKI (ZSS 1960, p. 132 suiv.) s'est efforcé de rattacher *consponsi* à la matière des fiançailles; cf. HÄGERSTRÖM, II, p. 261.

deuxième partie aux fiançailles et en dissertent assez longuement. Le § 72 dans une troisième partie revient, indépendamment des fiançailles, à *spondere* en général, expliqué de nouveau par *sponte*, et maintenant le polygraphe met en avant « *ad spontem* » pour faire intervenir aussi la volonté du stipulant: *cum « ad spontem » responderent, id est ad voluntatem rogatoris*. La phrase suivante pose un principe général qui domine toute la matière du contrat *verbis* sans référence particulière aux promesses de mariage: *itaque qui ad id quod rogatur « non » dicit, non respondet, ut non spondet ille statim, qui dicit « spondeo », si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu*. A propos d'un contrat *verbis* nul, Varron refuse l'action *ex sponsu*, et telle se révèle être la qualification générale de cette action dans l'ancien droit, quel que soit son objet. Du théorème Varron passe au corollaire à propos des fiançailles: *itaque is qui dicit in tragoedia: « meministine te spondere gnatam tuam? » quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu*. Deux fois successivement Varron parle d'*agere ex sponsu*, d'abord en général, ensuite dans le cas particulier des fiançailles, comme le fait aussi Servius Sulpicius (Gell. 4,4,2). C'est une erreur de croire que l'action *ex sponsu* est réservée à la promesse de mariage, elle sanctionne tout *sponsus* civil.

Dans le § 70, qui est avec le § 71 un développement intercalaire consacré aux fiançailles au sein de l'exposé général sur le contrat *verbis*, Varron oppose *sponsus* (génétif-us) et *sponsio: spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa; ... quae pecunia inter se contra sponsum rogata erat, dicta sponsio*. La stipulation alternative de *pecunia aut filia* (expliquée supra) est analysée comme composée de deux éléments: le *sponsus*, qui est la promesse de remettre la fille, et la *sponsio*, qui est la promesse de l'argent. La *sponsio* de la *pecunia* est faite *contra sponsum*, c'est-à-dire en réparation de la promesse inexécutée des fiançailles, pour que la somme prévue serve de peine ou de dédommagement⁽⁵⁵⁾. Le binôme *sponsio-sponsus* chez Varron corres-

(55) *L'Oxford Latin Dict.*, fasc. II (1969), p. 433 v. *contra* § 12 D, explique *contra* dans ce texte par: « *in discharge of* ». Il n'y a pas dans ce passage de Varron à répartir *sponsus* et *sponsio* sur des têtes différentes

pond aux deux branches de la stipulation alternative, la *sponsio* de *pecunia* venant au secours du *sponsus* de *dare filiam*. *Sponsio* et *sponsus* sont subsumés dans le même acte, ont le même promettant, le père, mais ont des objets différents. Pour Varron *sponsus*, qui revient à plusieurs reprises dans le texte, est la qualification générale de toute promesse formelle par « *spondeo* », et l'objet peut être aussi divers, selon les exemples présentés, que la conjuration des *consponsi*, l'engagement du *sponsor*, celui du débiteur principal, ou les fiançailles. Au contraire Varron ne parle de *sponsio* qu'une fois dans ce texte pour en faire exclusivement une promesse de *pecunia certa*. Il établit entre *sponsus* et *sponsio* un contraste tranché qui ne se comprend que si le premier terme a une valeur générale (dont les fiançailles ne sont qu'un cas particulier) et le second une portée limitée. Reste à vérifier ce propos.

On sait depuis une belle étude d'Arangio-Ruiz⁽⁵⁶⁾ que le mot *sponsio* est d'un emploi beaucoup plus rare qu'on avait cru. Le regretté savant a montré que chez Gaius et dans la loi Rubria⁽⁵⁷⁾

et penser à des promesses réciproques (cf. KUPISZWESKI, ZSS 1960, p. 148; HÄGERSTRÖM, II, p. 258). *Contra sponsum* se rapporte au mécanisme de la stipulation alternative seule et n'implique pas la réciprocité attestée ailleurs pour les fiançailles (Gell. 4, 4; Ulp. D. 23,1,2 *stipulari et spondere sibi uxores futuras*). Mais quand Varron (*lingua* 7, 107) pour expliquer le mot *sponsus* dans le Romulus de Naevius (WARMINGTON, *Remains* II, p. 139 note a) écrit: « *sponsus* » *contra sponsum rogatus*, on est hors du droit, et il s'agit de « promesse pour promesse » de *consponsi*, conjurés, ce dernier terme apparaissant chez le poète (Varron, *lingua* 6, 69; WARMINGTON, II, p. 598) vraisemblablement dans la même œuvre. En 6, 70, Varron appelle à la fois *sponsa* et *sponsio* la somme promise en cas de rupture. Cette double qualification n'entraîne nullement qu'il s'agisse de deux promesses différentes et réciproques; Varron ne parle que de la promesse alternative (*pecunia aut filia*) faite par le père de la fiancée, et dans la suite il n'est question que d'elle, en particulier à propos de l'action *ex sponsu* (dans un autre sens, WATSON, *Law of Persons in the later Roman Republic*, 1967, p. 13). Dans le texte de Varron *inter se* vise les parties d'une stipulation unique et n'a pas à être compris comme *ultra citroque*.

(56) BIDR 1962, p. 193 suiv.

(57) Un examen du mot chez Gaius vérifie entièrement le propos d'ARANGIO-RUIZ. Un passage obscur: 4, 1 *nam qui IIII esse dixerunt* (il

(le mot ne survivant guère au Digeste) ⁽⁵⁸⁾ il n'est question que de *sponsio tertiae partis* ou de *sponsio praecudicialis*, le contrat *verbis* dans ses autres aspects étant désigné différemment (*stipulatio, verborum obligatio*). Toutefois la spécialisation du mot *sponsio* n'est pas aussi procédurale que l'avait cru l'illustre disparu. Si chez Gaius et dans la loi Rubria *sponsio* ne se dit que des promesses précitées, ce n'est pas tant parce qu'elles sont une pièce de la procédure civile, que parce qu'elles portent sur une somme d'argent. C'est ce que confirme Plaute: dans les deux vers où apparaît *sponsio*, il s'agit d'une promesse de *pecunia* ⁽⁵⁹⁾. Dans la langue courante, la *sponsio* est souvent le pari. Ce sens se retrouve au Digeste ⁽⁶⁰⁾. Il apparaît déjà chez Caton et chez Scipion Émilien dans des discours. L'enjeu ouvre une sorte de procédure *per sponsonem* qui paraît variable selon les cas et reste à étudier; il est en principe pécuniaire (Cic. *Verr.* 5,141),

s'agit des *genera actionum ex sponsonum generibus, non animadvertunt quasdam species actionum inter genera se rettulisse*, paraît devoir être expliqué en ajoutant aux deux *genera actionum* indiqués d'abord dans le texte (*in rem et in personam*) deux types d'*actio per sponsonem (praecudicialem)* (Gaius 4, 91 suiv.), comme l'indique DE ZULUETA, *Institutes of Gaius* II, p. 228. Pour la *Lex Rubria*, l'exégèse de BRUNA, *Lex Rubria*, 1972, donne aussi raison au savant italien. BRUNA, p. 375 fait la synthèse du problème en groupant tous les passages concernés en renvoyant aux pages où figurent les exégèses particulières: pour XXII 34-35, où il s'agit de *sponsio praecudicialis*, il ne paraît pas évident que le texte s'étende à d'autres *sponsones* procédurales (BRUNA, p. 222; cf. GIFFARD, *Confessio*, p. 116 suiv.).

(58) Sur les rares emplois de *sponsio* au Digeste, voir E. LEVY, *Sponsio*, p. 7, n. 1. Presque tous sont non techniques (pari: Marc. D. 11,5,3; Ulp. D. 19,5,17,5; *rei publicae sponsio* comme définition de la loi: Pap. D. 1,3,1). Paul D. 50,16,7 associe *sponsio* et *sponsus* (gen. - us) à propos de l'*obligatio verborum*; sur ce texte voir supra: cf. E. LEVY, ZSS 28, 1907, p. 402; BRUNA, *Lex Rubria*, p. 69-70. Comme l'a bien vu ARANGIO-RUIZ, BIDR 1962, p. 206, n. 21 (avec une riche littérature), dans ce texte Paul 2 *ed.* vise une *sponsio* procédurale, l'objet est pécuniaire.

(59) *Trin.* 427 b; *Men.* 593: dans ce dernier vers il s'agit d'une *sponsio praecudicialis* d'après l'interprétation la plus probable: GIRARD, *Org. judic.*, p. 225, notes 1 et 2; KARLOWA, *Civilprozess*, p. 53; COSTA, *Diritto privato nelle commedie di Plauto*, p. 433-434; pour une solution différente, CUQ, R&A 1919, p. 250: promesse d'une somme correspondant à une amende.

(60) HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*, 9^e ed., p. 551, v. *sponsio*, n. 4.

et il y aura lieu un jour de préciser si le débat est porté seulement devant un tribunal d'honneur ou les tribunaux d'État⁽⁶¹⁾. Mais quelle que soit la nature de la procédure, le mot *sponsio* a une certaine technicité dans cet emploi non en raison du contentieux qui est mis en branle, mais parce que le pari, qui lui sert de point de départ, a pour objet privilégié une somme d'argent. Souvent c'est un point d'honneur que le pari tend à vérifier par cette singulière procédure *per sponsionem* qui fait dépendre la réputation d'un homme d'un enjeu pécuniaire. Tout confirme le propos de Varron 6,70: *quæ pecunia ... rogata erat, dicta sponsio*, si évident qu'on n'y a pas de nos jours prêté attention; il était fort banal pour un romain: la *sponsio* est une promesse d'argent, ce n'est qu'un cas particulier du *sponsus*, sans doute le plus courant, et qui en procédure civile a des emplois techniques. On trouve chez les grammairiens un écho encore plus précis que chez Varron de la spécialisation de la *sponsio*: *sponsio poena est* (*Orthographia Capri, gram. Lat. VII p. 99,14 Keil*),

(61) La *sponsio* comme pari est attestée de bonne heure: Cato *ap. Gell.* 14, 2, 26 (Cato 206 MALCOVATI, *orat. rom. frag.*); Cato *ap. Frontonis Epist.* p. 93, 1 VAN DEN HOUT (Cato 173 MALCOVATI); Scipion Emilien *ap. Isid. etym.* 2, 21, 4 (Scip. Aemil. 33 MALCOVATI). Dans ce dernier texte qui paraît viser aussi un pari, il est question du *iudex* qui le tranche comme dans les passages de Caton explicitement ou implicitement. Ces textes sont parmi les plus anciens où figure le mot *sponsio*. Si l'enjeu du pari, comme c'est probable, est une somme d'argent, les textes littéraires confirment cette spécialisation de la *sponsio* comme promesse de *pecunia*, telle qu'on la trouve dans les sources juridiques. Voir aussi: *auctor ad Heren.* 4, 23, 33 *grandi sponsione victus*. Typique est Cic. *Verr.* 5, 141 *sponsionem II milium nummum...*, *ni «furtis quaestum faceret»* (cf. *Verr.* 3, 135). Voir aussi Liv. 39, 43, 5 (cf. Plut. *Cato* 17); 40, 46, 14; cf. Liv. 3, 24, 5. Exemplaire le récit de Valère Maxime 2, 8, 2 *Valerius sponsione Lutatium provocavit «ni suo ductu Punica classis esset oppressa»*. *Nec dubitavit restipulari Lutatius. Itaque iudex inter eos convenit Atilius Calatinus... «secundum te litem do»*. Du même 6, 1, 10; 7, 2, 4 *iudex addictus de sponsione quam is cum adversario «quod vir bonus esset» fecerat*. Voir aussi Sen. *controv.* 5, 6; Quint. 2, 10, 5. Il reste à enquêter si la langue littéraire est ailleurs aussi rigoureuse que la langue juridique et respecte toujours la valeur technique de *sponsio* comme promesse de *pecunia certa*. — Cf. ASTIN, *Cato the censor*, 1978, p. 106; 108, 136, sur la *sponsio-pari*. Sur la procédure née de ce pari, CROOK, *Sponsione provocare*, JRS 1976, p. 132 sv.

par quoi il faut entendre sans doute la peine conventionnelle de la *stipulatio poenae*.

Cette relation exclusive entre *sponsio* et *pecunia* reçoit une illustration frappante dans l'une des tablettes de Pompéi récemment découvertes (Tavola VII, Giordano, Rend. Acc. Arch. Napoli 46, 1971, p. 187) où on lit en tête d'une formule de *condictio certae pecuniae* la *praescriptio*: *ea res agetur de sponsione* ⁽⁶²⁾. Cet emploi technique du mot *sponsio* remonte à l'ancien droit; comme exemple de formule de *iudicis arbitrive postulatio* Gaius 4,17a présente: *ex sponsione te mihi X milia sestertium dare oportere aio*. Moyennant les variations monétaires, le texte est archaïque et donne raison à Varron quand il définit la *sponsio* typiquement comme la réponse à une *rogatio pecuniae*. En dehors de cette catégorie spéciale de promesse, Varron pour les autres parle de *sponsus* en général et traite avec la même généralité de l'action *ex sponsu*, dont l'utilisation pour les fiançailles n'est qu'un cas particulier. L'action *ex sponsu* ^(62bis), dont la demande *ex sponsione* pour *pecunia certa* est une variété, a une extension aussi large que celle que prête Varron au *sponsus* en dehors des engagements financiers. Pour l'antiquaire le *sponsus* est aussi bien l'engagement extrajuridique de *facere* contracté par le conjuré, *consponsus* (6,69 *qui idem faciat obligatur sponsu*), que la promesse autrefois juridiquement contraignante de *dare filiam*: 6,71 *non enim, si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus*. Le *sponsus* est la promesse par *spondeo* de tout objet (licite), alors que la *sponsio* est une promesse de même type portant seulement sur une *pecunia certa*. Telle est la leçon de Varron, que confirme dans la langue aussi bien littéraire que juridique l'emploi spécialisé du mot *sponsio*. Au point de vue procédural, l'action *ex sponsione* (Gaius 4,17a) ⁽⁶³⁾, sanctionnant une promesse de *pecunia certa*, n'est qu'une application de l'ac-

(62) Sur ce texte au point de vue de la procédure, KASER, *Labeo*, 1976, p. 21 suiv.

(62bis) En matière de fiançailles, l'action *ex sponsu* est employée en cas de promesses réciproques aussi bien par le père de la jeune fille que par le fiancé: Gell. 4, 4, 2.

(63) Sur cette action, KASER, *RPE* I, p. 76.

tion *ex sponsu*, laquelle conformément au sens général du mot est selon une autre leçon de Varron au service non seulement des fiançailles mais de toute promesse employant aussi le terme *spondeo*. Le couple verbal *sponsus-sponsio* est dans l'ancien droit la garantie que la *verborum obligatio* n'avait pas, à l'époque archaïque, pour seul objet une somme d'argent, puisque à côté de cette fonction étroite de la *sponsio*, attestée dans la formule de la *iudicis arbitrive postulatio*, le *sponsus* a vocation pour promettre toute chose licite et même une jeune fille. Aussi bien à côté de l'action *ex sponsione* qui porte, comme le veut tant le nouveau Gaius qu'une tablette récemment découverte à Pompéi, sur une *pecunia certa*, l'action *ex sponsu* est pour la *verborum obligatio* de l'ancien droit la sanction générale dont la demande *ex sponsione* n'est qu'un aspect aussi limité que fondamental. Le contraste terminologique entre *ex sponsione* et *ex sponsu* est la meilleure preuve que la *iudicis arbitrive postulatio* assurant le respect du contrat verbal s'intentait aussi bien pour la somme d'argent promise par *sponsio* que pour la *certa res* ou l'*incertum* promis par *sponsus*. Entre *sponsio* et *sponsus* existe la relation de la partie au tout ⁽⁶⁴⁾.

En Grèce, l'homologue de *spondere*, dès qu'on en a connaissance, a des applications variées et ne favorise pas l'idée qu'à Rome l'*obligatio verborum* ait commencé par n'être exclusivement qu'un instrument du crédit sous forme de promesse d'un certain montant d'*aes*. Dans la loi de Gortyne, de la première moitié du V^e siècle, ἐπισπένδειν ⁽⁶⁵⁾ indique une promesse, qui

(64) Le cautionnement s'appelant techniquement *sponsus* et non *sponsio*, terme qui lui est refusé (*supra*), cette terminologie est de nature à confirmer qu'il ne se bornait pas à garantir une dette d'argent, mais pouvait avoir pour objet une dette quelconque, notamment d'*incertum* (Cato *agr.* 146, 5; sur ce texte LUBROW, *Eos* 48, 3, p. 307 *suiv.*; Gaius 4, 137). A cela ne fait pas obstacle qu'une législation célèbre ait réglementé l'engagement du *sponsor*, quand il est pécuniaire.

(65) Voir WILLETTTS, *The Law Code of Gortyn*, 1967, p. 20-22, 68, 76. Ce savant opte pour un sens restreint de ἐπισπένδειν, se rapportant aux fiançailles ou au mariage et développe cette thèse dans *Glotta* 1965, p. 251-256. CITRON, *Semantische Untersuchung zu σπένδεσθαι - σπένδειν, εὔχεσθαι*, 1965, p. 44-45, présente à propos de cette loi un commentaire purement philologique du mot, notamment du moyen ἐπισπένδεσθαι, que WILLETTTS,

dans les tables IV, 50-54 et V, 1-4 a une portée limitée en relation avec les fiançailles ou le mariage (il semble s'agir de la promesse de dot, valant titre de propriété), alors que dans les tables VI, 9-11 et X, 27-29 à propos d'abord du mari, qui se voit interdire de disposer des biens de sa femme, ou ensuite à propos de l'esclave litigieux, qui est provisoirement indisponible, la promesse paraît revêtir un aspect général, indépendant des fiançailles et du mariage, et est alignée avec d'autres actes juridiques de vaste portée, tels que la vente, le gage, le transfert. Dans la loi de Gortyne, l'acte de ἐπιστένδειν malgré un emploi précis à propos de l'institution matrimoniale est rebelle ailleurs dans le code à toute spécialisation qu'on aurait tort de vouloir lui imposer. A propos des interdictions de disposer, cet acte est traité avec la même ampleur que des opérations telles que la vente ou le gage etc. On pourrait arguer à la rigueur qu'à propos des biens de la femme, soustraits aux entreprises du mari, le contexte reste familial, mais on est privé de toute argumentation de ce genre en face de l'indisponibilité de l'esclave litigieux ⁽⁶⁶⁾.

Law Code, p. 21, n. 40 traduit par « *to accept in pledge* ». Pour un commentaire à la fois philologique et juridique, voir METZGER, *Untersuchungen zum Haftungs- und Vermögensrecht von Gortyn*, 1973, p. 116-123, où est niée toute relation entre la *sponsio* romaine et la promesse de la loi de Gortyne, mais cette position est très affaiblie par l'inscription sur *mitra* récemment découverte (infra) qui doit être versée au dossier.

(66) La table VI, 2-36 contient une série d'interdictions de disposer frappant le fils, le père, le mari à l'égard respectivement des biens du père, du fils, de la femme vivante ou décédée. Le fils ne peut aussi disposer des biens de sa mère. Ces interdictions n'ont pas toutes le même contenu quant aux actes interdits. Ainsi le fils (lignes 4-5) ne peut vendre ou donner en gage les biens du père. Même interdiction pour le mari à l'égard des biens de la femme décédée, sans le consentement des enfants (lignes 34-35). D'après la ponctuation la plus probable des lignes 7 à 12 (GUARDUCCI, *Tituli Gortynii*, 1950; cf. CITRON, p. 45; contra WILLETTS) dans une phrase unique le père à l'égard des biens des enfants et le mari à l'égard des biens de la femme, comme le fils à l'égard des biens de sa mère, ne peuvent ni vendre, ni promettre (ἐπιστένδωσι) et sans doute ne peuvent donner en gage; le gage est omis par le lapicide (GUARDUCCI, *ad loc.*), puisque la phrase suivante à propos de la femme quant aux sanctions de l'interdiction embrasse les trois cas de vente, gage, promesse. La promesse paraît avoir une portée générale, et rien dans le texte

Le dossier, limité jusqu'ici à la loi de Gortyne, vient de s'enrichir d'une nouvelle pièce. Dans une inscription crétoise d'environ 500 av. JC. récemment découverte⁽⁶⁷⁾, gravée sur une pièce d'armure (*mitra*), on lit un contrat de travail passé entre une cité et un scribe, Spensithios, contrat commençant par un engagement solennel de la πόλις en ces termes: ligne 1 ... καὶ ἐσπένσαμες πόλις Σπενσιθίωι, « et nous la cité avons promis à Spensithios ». La cité accorde un salaire (avec prestations en nature), des privilèges, un monopole. Cet emploi exceptionnel⁽⁶⁸⁾ de σπένδω complète celui de ἐπισπένδω dans la loi de Gortyne pour révéler à travers ces deux verbes une promesse pouvant avoir des objets fort variés, sans qu'il soit possible de percevoir que

n'indique que la fille puisse en être la seule bénéficiaire comme à la fin de la table IV et le début de la table V. WILLETTS pour les lignes 7 à 12 de la table VI place un point entre les deux interdictions frappant d'abord le père ensuite le mari, ce qui laisse sans contenu précis la première de ces interdictions à l'égard des enfants, ce qu'il complète dans la traduction. WILLETTS (*Glotta* 1965, p. 254) objecte contre la ponctuation habituelle, que je retiens, que le fils se voit interdire de disposer des biens de sa mère, mais que ceux de ses frères et sœurs échappent alors à l'interdiction, tandis qu'ils sont protégés à l'égard du père. Mais pareillement au début de la table VI le fils ne peut disposer des biens du père, sans que de même il soit question de ceux de ses frères et sœurs. Ce silence n'est pas plus surprenant dans le deuxième cas que dans le premier.

A la table X, 27-29 l'esclave litigieux est soustrait au transfert (δέκασθαι), à la promesse (ἐπισπένσασθαι) et au gage. Pas moyen de restreindre la promesse à une opération liée aux fiançailles ou au mariage dans une interdiction ayant une portée absolument générale. Si le transfert est lié à une vente (WILLETTS, *Law Code*, p. 76), on trouverait la même série des trois actes dont l'interdiction protège le patrimoine de la femme à la table VI, 13-14. A noter pour finir que partout dans la loi de Gortyne dans les tables IV, V, VI, X, où il est question de promesse reposant sur l'acte de ἐπισπένδειν, celui-ci apparaît, si je vois bien, comme un titre de propriété (en particulier aux Tables IV et V). — Sur σπονδή dans le droit des papyrus comme prestation contractuelle accessoire, voir HERRMANN, *Studi Volterra* III, p. 141 suiv.

(67) JEFFERY et MORPURZO-DAVIES, *Kadmos*, 9, 1970, p. 118-154; cf. MANGANARO, *Antichità Cretesi, Studi in onore di D. Levi* II (1978), p. 50-54.

(68) Les éditrices p. 146 remarquent: « σπένδω does not occur elsewhere in the meaning to pledge ». Sur le mot ἐσπένσαμες voir en outre: VAN EFFENTERRE, *BCH* 1973, p. 31; GSCHNITZER, *ZPE* 19, 1974, p. 266, n. 4.

de l'un à l'autre le préverbe ἐπι- marque une spécialisation du champ d'application ⁽⁶⁹⁾.

Le parallèle entre ἐπισπένδειν et σπένδειν en Grèce avec la *sponsio* romaine dépasse la simple morphologie ⁽⁷⁰⁾. D'un peuple à l'autre il s'agit d'une promesse qui a partie liée avec le mariage, en même temps qu'elle a en dehors de ce cas une portée générale. A cela s'ajoute la concordance entre la *sponsio* internationale et les σπονδαί grecques. Toutes les conditions sont réunies pour parler d'un emprunt de Rome à la Grèce et Verrius Flaccus cité par Festus (440L v. *Spondere*) se fait le champion de cette idée qui est peut-être chez lui plus qu'une simple induction, puisqu'il présente cette filiation à propos du domaine commun des fiançailles: *sponsum et sponsam ex graeco dictam ait, quod ii σπονδάς interpositis rebus divinis faciant*. Si la *sponsio* romaine a toutes les chances d'être une imitation du droit grec, avec un éventail d'emplois peut-être plus large que dans le pays d'origine, on ne voit guère pourquoi dans les XII tables ce contrat serait cantonné à la seule promesse d'*aes*. Si la *sponsio* comme le mot *poena* vient de Grèce, on est amené à penser que le droit romain des obligations s'est développé au moins partiellement à l'époque archaïque sous l'influence du modèle hellénique.

3. — Cet excursus était indispensable pour comprendre le mécanisme de la *iudicis arbitrive postulatio*. Ceux qui pensent que le contrat *verbis* dans le droit des XII tables ne peut porter sur une *res certa* ou un *incertum*, sont amenés à fausser le fonctionnement de cette *legis actio* et présenter une image inexacte des rôles respectifs du *iudex* et de l'*arbiter* dans cette procédure, qui serait selon eux tantôt une *iudicis postulatio* tantôt une *arbitri postulatio*: dans ce système pour une promesse de *certa pecunia* on fait intervenir un *iudex*, et pour les actions divisaires, comme elles requièrent une certaine formation technique, un *arbiter*. La logique de cette construction n'est qu'apparente.

(69) Voir *Citron*, p. 47. On retrouve ἐπισπένδεσθαι chez Thucydide (5, 22, 2) dans le sens de renouvellement d'une trêve; et chez le même auteur (5, 32, 5) ἐπισπονδαί a le sens analogue de trêve additionnelle.

(70) WILLETTS, *Law Code*, p. 21, n. 40.

Dans cette perspective, étant forcé d'admettre qu'au cours de la République, comme cela est attesté, la promesse *verbis* a pu aussi porter sur une *res certa* ou un *incertum*, on confie alors la sentence à un *arbiter* ⁽⁷¹⁾ chargé de l'estimation, de telle sorte que l'*obligatio verborum* paradoxalement relève tantôt de la compétence d'un *iudex*, tantôt d'un *arbiter*, selon que son objet est pécuniaire ou non. En fin de compte, la *iudicis arbitrive postulatio* cesse d'être une procédure originale, une *legis actio* typique, utilisable seulement dans certains cas, pour se réduire à n'être plus, après que la prétention a été affirmée avec indication de sa *causa*, qu'une simple requête adressée au magistrat pour qu'il nomme soit un juge soit un arbitre.

En réalité, cette *legis actio* ne tend pas à la nomination d'un *iudex* ou d'un *arbiter* selon la nature de l'action intentée, mais d'un personnage unique qui est cumulativement *iudex sive arbiter* d'après Gaius (4,17a) ou *iudex arbiterve* selon Valerius Probus (4,8). L'originalité de cette procédure tient dans cette formule, qui est deux fois attestée comme formant un tout indivisible dans la même instance: *te praetor iudicem sive arbitrum* (ou *iudicem arbitrumve*) *postulo uti des*. Les XII tables juxtaposent parfois *iudex* et *arbiter* comme deux personnages différents, ce qui est le plus souvent le cas (2,2 *iudici arbitrove reove*; 9,2). La *iudicis arbitrive postulatio* a pour trait caractéristique d'attribuer ces deux qualités au même homme. C'est en cela que réside sa typicité. Dès la découverte du nouveau Gaius, E. Levy ⁽⁷²⁾ avait vu clair et les interprètes les plus avisés ⁽⁷³⁾ se sont rangés à son avis. Mais il ne faut pas perdre le bénéfice de ce progrès de la recherche en concédant ensuite que dans *iudex arbiterve* selon les cas seul un des deux éléments peut être vivace, tandis que l'autre est en sommeil, comme s'il s'agissait d'une alternative. Ce serait revenir subrepticement au dualisme de la *iudicis postulatio* et de l'*arbitri postulatio*. Il est seulement vrai qu'après

(71) KASER, ZSS 1973, p. 205.

(72) ZSS 1934, p. 303 suiv.

(73) KASER, ZP, p. 80. Mais on s'est demandé si la formule *iudex-arbiterve* était postdémocratique. Voir: v. LÜBTOW, ZSS 1951, p. 357; BEHRENDT, *Zwölftafelprozess*, 1974, p. 50. WŁASSAK, PG II, 287 avait préparé la voie.

la diffusion assez tardive de la monnaie pour une promesse de *certa pecunia* le juge est uniquement *iudex*, si bien que dans le binôme *arbiter* reste alors en l'air. Certes, dans la langue archaïque *ve* a un sens disjonctif qui est fréquent dans les XII Tables (*morbis aevitasve; plus minusve*)⁽⁷⁴⁾, mais chez Plaute et Ennius cette particule conserve aussi un sens copulatif⁽⁷⁵⁾, dont la langue juridique donne un exemple dans la bouche du fétial: Liv. I, 24, 7 *ex illis tabulis cerave*, à mettre en parallèle avec la formule du testament: *in his tabulis cerisque* (Gaius 2, 104). Ce qui est le plus près de *iudex arbiterve*, c'est parmi les formules qui ont survécu: *in diem tertium sive perendinum* (Val. Prob. 4, 9), où le même *dies* reçoit deux qualifications, de même qu'un juge unique peut être à la fois *iudex* et *arbiter: ve*, comme c'est son rôle, marque dans la *iudicis arbitrive postulatio* une opposition qui est très forte, mais les deux qualités contrastées se regroupent sur la même tête, si bien que la particule dans ce cas limite a un rôle copulatif à propos du même titulaire moyennant un dualisme nettement tranché des deux titres.

Pour le fond, le cumul des fonctions de *iudex* et *arbiter* correspond à la nature des actions qui empruntent la forme de la *iudicis arbitrive postulatio*. Le juge des actions divisoires est *arbiter* pour l'opération délicate du partage, comme cela est unanimement reconnu, mais *iudex* quand il prononce l'*adiudicatio*⁽⁷⁶⁾, car celle-ci ne saurait être incluse dans un simple *arbitrium*⁽⁷⁷⁾. Pour la promesse *verbis* de *certa res* ou d'*incertum*, le juge est *arbiter* pour évaluer la valeur litigieuse, mais *iudex* pour constater qu'un tel contrat a été conclu et est resté

(74) HÄGERSTRÖM, I, p. 477.

(75) LEUMANN-HOFMANN-SZANTYR, *Lat. Grammatik*, II (1972), p. 503. Voir VOIGT, *Jusnaturale* IV, 3, p. 450 suiv. (citant de nombreux textes).

(76) Gaius 4, 42 *adiudicato*, dans la formule des actions divisoires en procédure formulaire; sur l'adjudication dans les *legis actiones*, voir KASER, *ZP*, p. 91; BROGGINI, *Iudex arbiterve*, 1957, p. 71; 157; 165; 190; 192; LIEBS, *ZSS* 1968, p. 237.

(77) Dans la langue de la jurisprudence classique, toutefois, le juge des actions divisoires est appelé tantôt *iudex* tantôt *arbiter* (Gaius 4, 17a; 4, 42; Paul 1, 18, I; 1, 18, 3). Voir WLISSAK, *PG* II, p. 287 suiv.

inexécuté⁽⁷⁸⁾. En somme, le juge est *iudex arbiterve* à la manière dont Festus (200 L), usant d'une formule consacrée, dit du *pontifex maximus* que *iudex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque*, sans toutefois préciser le contenu de ce cumul d'attributions. Par contre, Gaius n'a pas transmis les formules de la *condictio certae rei*, et on ignore si cette procédure tendait aussi à la nomination d'un *iudex arbiterve* ou d'un simple *iudex*, ce qui est tout à fait possible⁽⁷⁹⁾, car à cette époque le *iudex* avait déjà absorbé la fonction estimatoire (de la *res*) confiée à l'*arbiter*⁽⁸⁰⁾.

Il n'y a pas à s'étonner que chez Gaius le formulaire de la *iudicis arbitrive postulatio* à propos d'une promesse de *certa pecunia* fasse intervenir un *iudex arbiterve* dans une hypothèse où rien ne fait appel à la compétence d'un arbitre en l'absence de toute évaluation. Depuis l'introduction de la monnaie, la formule reste immuable, même dans un cas où un de ses éléments est devenu superflu. Mais, tant que le bétail a coexisté avec l'*aes* (pesé) comme moyen de paiement, un *iudex arbiterve* a été nécessaire pour trancher les litiges portant sur la *sponsio* d'une certaine somme: quand deux moyens de paiement sont en concurrence, l'*arbiter* a pour fonction de fixer la conversion de l'un dans l'autre; et, si dans la *litis aestimatio* son rôle est d'évaluer en *aes* la valeur litigieuse, inversement quand un montant de ce métal est promis *verbis*, il a aussi pour fonction d'évaluer en bétail la libération du débiteur. Dans les XII Tables le seul moyen de paiement officiel est l'*aes* et toute cette loi s'organise autour de lui (*aeris confessio*; acte *per aes et libram*; *arbitrium liti aestimandae*; *poena* etc.). Mais alors l'*aes* est rare: Fest. 232 L *neque aeris adhuc neque argenti erat copia*; 468 L *propter aerarii inopiam*. Le métal est alors surtout une monnaie de

(78) Dans la langue jurisprudentielle, quand le *iudex* selon une évolution bien connue a absorbé la fonction estimatoire de l'*arbiter*, il n'est plus question d'*arbiter* pour les procès nés d'une promesse *verbis*; voir BROGGINI, p. 176.

(79) Gaius 4, 17b *iudicis capiendi causa*, dans la formule de la *condictio certae pecuniae*.

(80) E. LEVY, ZSS 1934, p. 309.

compte⁽⁸¹⁾. Matériellement les paiements se font aussi en bétail ou autre chose, l'acte *per aes et libram* tolère un versement fictif en *aes (raudusculum)* ⁽⁸²⁾. Les amendes publiques étaient libellées en bétail et conservèrent longtemps ce mode de formulation (Gell. 11, 1,4 *ego ei unum ovem multam dico*; Varro *r.r.* 2, 1, 9; Plin. *n.h.* 18, 11). La *multa suprema* avait vu une loi fixer son tarif en bétail⁽⁸³⁾. L'État disposait de troupeaux mal entretenus qui étaient le produit de ce mode de coercition (Fest 220 L; Cic. *rep.* 2, 60), si bien que les bêtes étaient souvent volées, ce qu'on appelait typiquement *peculatus* (Fest. 220, 232, 268 L). Un taux officiel de conversion entre l'*aes* et le bétail ne fut établi qu'en 430 par la loi Julia Papiria, qui selon une pluralité de sources concordantes n'avait en vue que les amendes publiques, pour lesquelles une *levis aestimatio* favorable tendait à protéger le bétail⁽⁸⁴⁾, si bien qu'entre particuliers ce taux ne s'appliquait pas et que seul prévalait le prix du marché. Une anticipation malheureuse a prêté confusément à deux lois de peu antérieures aux XII Tables (Aternia Tarpeia de 454 et Menenia Sestia de 452)⁽⁸⁵⁾ la réforme de 430. Dans l'esprit des faussaires il s'agissait, comme l'a bien vu Mommsen (*Munzswesen* p. 175-176), à l'aide d'une législation apocryphe créant une conversion fixe entre deux moyens de paiement, de préparer le code décenviral qui n'en devait retenir plus qu'un, l'*aes*. En réalité, il n'y a pas à chercher une médiation entre le régime des amendes publiques libellées en bétail pendant des siècles encore (Varro *r.r.* 2, 1, 9 *etiam nunc*) et le système métallique des XII tables. La *levis aestimatio* de la loi Julia Papiria protège le cheptel privé contre la coercition envahissante des magistrats (Cic. *rep.* 2, 60 *multis*

(81) ZEHNACKER, *Moneta*, 1973, I, p. 199.

(82) Sur la coexistence des deux modes de paiement, R. THOMSEN, *Early roman Coinage III* (1961), p. 259; ALFÖLDI, *Fondation Hardt*, 13, 1966, p. 268.

(83) MAGDELAIN, *La loi à Rome*, 1978, p. 65 suiv.

(84) Cic. *rep.* 2, 60 *levis aestimatio pecudum in multa*; Liv. 4, 30, 3 *legem de multarum aestimatione*; Fest. 220 L *aestimatio pecoratis multae*.

(85) Sur le silence de Tite-Live à propos de cette législation, CAH VII, p. 324; 458, 1; ELSTER, *Studien zur Gesetzgebung der frühen r. Republik*, 1976, p. 164. Sur ces lois MAGDELAIN, *cit.*; GAGÉ, *Ant. Class.* 1978, p. 70-95.

dicendis vim armentorum a privatis in publicum averterunt), mais cette *aestimatio* reste en marge du commerce, qui continue à obéir à une économie libre. La *sponsio* d'*aes*, qui est un instrument favori du crédit⁽⁸⁶⁾, a besoin de pouvoir convertir aisément en têtes de bétail le montant prévu en monnaie de compte, tant que dura la coexistence de ces deux modes de paiement. En cas de procès, en marge du taux légal réservé aux *multae* des magistrats, un *iudex arbiterve* fixera en concours avec la somme de métal l'équivalent en bétail, ce qui paraît une commodité réservée au crédit par *sponsio*. Le même juré est alors *iudex* pour trancher le point de droit (l'inexécution du contrat) et *arbiter* pour évaluer en bétail le montant de l'*aes* promis⁽⁸⁷⁾.

Dans une économie où le métal sert de monnaie de compte, *aestimare* est ressenti étymologiquement comme l'évaluation en *aes* de toutes sortes de marchandises et notamment du bétail, qui joue un rôle éminent comme moyen de paiement. Cette *aestimatio* du bétail en *aes*, les anciens en ont gardé un souvenir tenace et Festus à la suite de Verrius Flaccus associe les deux mots selon ce qu'il pense être aussi bien leur relation étymologique qu'économique: *Paul. Fest. 23 L aestimata poena ab antiquis ab aere dicta est, qui eam aestimaverunt aere, ovem decussis, bovem centussis, hoc est decem vel centum assibus*⁽⁸⁸⁾. Ce que la *iudicis arbitrive postulatio* a de remarquable, c'est qu'à propos d'une promesse d'*aes* elle renverse les termes habituels du problème: au lieu d'évaluer telle chose en *aes*, c'est l'*aes* par une *aestimatio* inversée, pour rendre le crédit plus facile, que l'*arbiter* convertit en bétail.

Si le propre de la *iudicis arbitrive postulatio* dans toutes ses applications est de confier la solution du litige à un juré unique qui est cumulativement *iudex* et *arbiter*, ce critère permet de

(86) BEHRENS, *Zwölftafelprozess*, 1974, p. 34 suiv.

(87) Sur les récits légendaires relatifs à l'*aes* dans les premiers temps de la République, voir: GJERSTAD, *Early Rome V*, p. 320; CRAWFORD, *R. republican Coinage*, 1974, II, p. 621, note; 630. Sur les usages prémonétaires en Étrurie, PANVINI ROSATI dans *Contributi allo studio della monetazione etrusca*, 1975, p. 33.

(88) Sur *aestimare*, NORDEN, *Aus altröm. Priesterbüchern*, 1939, p. 82.

refuser le nom de cette procédure à des cas où ces conditions ne sont pas remplies, selon que au lieu d'un juge unique interviennent plusieurs arbitres ou un seul *arbiter* qui n'est pas en même temps *iudex*. A ce compte, l'*arbitrium liti aestimandae* n'est sûrement pas un cas de *iudicis arbitrive postulatio*, car l'*arbiter* procède à l'évaluation du montant de la condamnation, alors que préalablement le *iudex* du *sacramentum in personam* s'est prononcé sur la source de l'obligation. Même solution négative pour la *vindicia falsa* qui selon les XII Tables (12, 3) donne lieu à un *arbitrium* de trois arbitres, et pour l'action *finium regundorum* qui elle aussi selon la même loi (7, 5b) fait intervenir trois arbitres⁽⁸⁹⁾. S'il faut se fier aux sources qui confient l'action *aquae pluviae arcendae* à un simple arbitre⁽⁹⁰⁾, qui ne serait pas en même temps *iudex*, la *iudicis arbitrive postulatio* est encore hors de cause.

Un doute pourrait naître, malgré la présence de trois arbitres, au sujet de l'action *finium regundorum* qui en droit classique peut donner lieu à une *adiudicatio* (Gaius 4, 42) laquelle est le propre d'un *iudex*. Mais on sait par Justinien que en règle générale cette action ne débouche pas sur une *adiudicatio*, à laquelle on aura seulement recours si par simple opportunité, au lieu de maintenir la limite ancienne, on en trace une nouvelle qui entraînera des déplacements partiels de propriété et, s'il y a lieu, un règlement financier: Inst. 4, 17, 6 *si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet iudex, an necessaria sit adiudicatio. Quae sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distinguere agros commodius sit, quam olim fuissent distincti: nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adiudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari* (cf. D. 10, 1, 2, 1; D. 10, 1, 3)⁽⁹¹⁾. Une adjudica-

(89) Ter. Heaut. 499-500; WŁASSAK, *PG* II, p. 295.

(90) Cic. *Top.* 39; 43; Lab. D. 22, 3, 28; Alf. D. 39, 3, 24 etc. Voir KARLOWA, *Civilprozess*, p. 57; BROGGINI, p. 168.

(91) KASER (*Symbolae Martino David dedicatae*, 1968, I, p. 89 suiv.) a tenté de dévaloriser le témoignage de Justinien. Au contraire HINRICHS (*Die Geschichte der römischen Institutionen*, 1974, p. 204 suiv.) démontre, avec d'autres arguments que les miens, que l'adjudication n'est pas ancienne dans l'action *finium regundorum*.

tion est alors nécessaire pour servir de titre aux parcelles déplacées. Une commodité de ce genre paraît fort peu conforme à l'esprit du droit archaïque, qui a dû s'en tenir pour cette action au rétablissement du tracé ancien des *finis*, ce qui rend superflue une adjudication qui excéderait la compétence de simples *arbitri*. C'est le *iudex arbiterve* des actions divisoires proprement dites qui procède autrefois à une adjudication.

D'une manière générale, dans le droit des XII Tables il faut distinguer avec soin la *iudicis arbitrive postulatio*, qui tend à la nomination d'un juge unique à la fois *iudex* et *arbiter*, des *arbitria* assez divers qui se contentent d'un ou plusieurs arbitres dépourvus de la qualité de *iudex*.

Dans la *iudicis arbitrive postulatio* l'association des qualités de *iudex* et *arbiter* sur la même tête a pour résultat de confier à ce juge unique la double fonction de *iudicare* pour constater l'existence d'une *verborum obligatio* restée inexécutée, et de *damnare* pour évaluer l'objet litigieux et prononcer la condamnation pécuniaire, terme attesté pour l'ancienne action *ex sponsu* en matière de fiançailles sous la forme *condemnare* (Serv. Sulp. ap. Gell. 4, 4, 2). Dans le système d'origine plus archaïque qui combine un *sacramentum in personam* à un *arbitrium liti aestimandae*, les qualités de *iudex* et *arbiter* sont séparées et relèvent respectivement de ces deux procédures: comme on l'a vu (I, 1), le *iudex* du *sacramentum* a pour rôle de *iudicare* pour établir la source de l'obligation, alors que l'*arbiter* de l'*arbitrium* subséquent a pour mission de *aestimare* et *damnare*. Dans la *iudicis arbitrive postulatio* par une contraction remarquable la procédure est simplifiée: un juge unique cumule les titres de *iudex* et *arbiter* et les fonctions de *iudicare* et *damnare*, qu'un système plus ancien répartit sur deux procédures et deux titulaires.

Quelle que soit la préhistoire des actions divisoires, on n'a aucune peine à identifier dans l'action *ex stipulatu* des XII Tables une simplification du complexe qui associe *sacramentum in personam* et *arbitrium liti aestimandae*. La loi (ou peut-être avant elle la coutume) a remplacé pour le contrat *verbis* ce lourd mécanisme par une *iudicis arbitrive postulatio* qui résume en un seul procès deux procédures et deux sentences et confie

l'ensemble de l'affaire à un seul juge. Il s'agit d'un régime privilégié qui suppose une autorisation particulière de la loi, comme le souligne Gaius 4, 17a, pour échapper aux lourdeurs de l'action *generalis* ainsi qu'à la *poena sacramenti*. Aussi faut-il pour bénéficier de ces privilèges que l'action soit « causée » : *ex sponsione* selon le formulaire de Gaius. Pour la *verborum obligatio* c'est une facilité donnée aux affaires.

Mais rien ne fait obstacle à ce que ce contrat puisse après l'introduction de la *iudicis arbitrive postulatio* continuer à faire naître un *sacramentum* ⁽⁹²⁾, sans que l'on connaisse le critère du choix entre ces deux procédures. Leur concours est rappelé par Gaius (4, 20) sans autre précision. Dans le régime de l'action *in rem per sponsionem* devant les centumvirs (Gaius 4, 95), c'est un *sacramentum* que déclenche la *sponsio* préjudicielle, la *iudicis arbitrive postulatio* étant exclue puisque le procès est porté non devant un juge mais un jury.

En somme, dans la *iudicis arbitrive postulatio* on continue à distinguer *iudicare* et *damnare* comme dans le complexe qui unit le *sacramentum in personam* à l'*arbitrium liti aestimandae*; ces deux prononcés sont toujours respectivement l'œuvre d'un *iudex* et d'un *arbiter*, mais le même juge dit *iudex sive arbiter* réunit les deux qualités et s'acquitte des deux rôles. La *iudicis arbitrive postulatio* est une synthèse simplifiée de l'ensemble *sacramentum-arbitrium*; deux procédures sont fondues en une seule grâce à l'abandon de la *poena sacramenti* et du rituel qui l'entoure. Mais en dépit de cette simplification qui ne retient, des deux

(92) Contre l'emploi du *sacramentum in personam* pour sanctionner la *verborum obligatio* à l'époque archaïque il n'y a pas lieu de tenir la formule à l'origine sacrale de ce contrat pour incompatible (comme faisant double emploi) avec le serment du *sacramentum*; ces deux formules sacrales ne coïncident pas, l'une est promissoire, l'autre est déclarative, elles n'ont pas le même objet et ne s'excluent pas: sur ce point BROGEMM, p. 170-171; dans un autre sens KASER, *ZP*, p. 78-79; ZSS 1973, p. 205. D'ailleurs toute cette dialectique risque d'être inutile: quand le contrat *verbis* donne lieu à une poursuite judiciaire, il est déjà fortement en voie de laïcisation ou déjà laïcisé. Tant que *sponsus* et *sponsio* ont été des actes du pur droit sacré, leur sanction religieuse était hors du domaine de la justice civile.

instances désormais réduites à l'unité, que la quintessence, la pureté des catégories reste intacte: comme dans le système plus ancien qui survit parallèlement, autre chose reste le *iudex*, autre chose l'*arbiter*, bien que ces deux rôles soient assurés par le même juré. Autre chose reste *iudicare*, autre chose *damnare*, bien que ce soient deux aspects d'une seule sentence. La réunion des qualités de *iudex* et *arbiter* en la même personne est le premier pas qui conduira ensuite pour d'autres actions à la relative confusion de ces deux personnages moyennant l'acquisition par le *iudex* tout court de la fonction estimatoire de l'*arbiter* sans l'adjonction de ce titre, comme cela paraît être le cas pour la *condictio certae rei*.

En conclusion, avant l'apparition de cette dernière procédure les deux paires *iudex-arbiter* et *iudicare-damnare* coïncident selon la relation de l'agent à la fonction: le *iudex* a pour fonction de *iudicare*, il constate de façon déclarative l'existence de la source de l'obligation, alors que l'*arbiter* procède à l'estimation et condamne (*damnare*). Dans le complexe *sacramentum in personam - arbitrium*, le système fonctionne à l'état pur, tel qu'il est apparu à l'origine: *iudex* et *arbiter*, chacun respectivement au terme de ces deux instances associées, se succèdent, le premier pour *iudicare*, le second pour *aestimare* et *damnare*. Dans la *iudicis arbitrive postulatio*, ce mécanisme archaïque est ramené à l'unité au profit de la vie des affaires dans la sanction du *sponsus*: les deux fonctions de *iudicare* et *damnare*, tout en restant distinctes, incombent au même juge, qui est cumulativement *iudex* et *arbiter* pour les exercer dans la même sentence.

Lorsque l'obligation porte sur un poids certain d'*aes*, il n'y a pas d'estimation à faire et un arbitre est inutile. Le *iudex*, quelle que soit la procédure (*sacramentum in personam* ou *iudicis arbitrive postulatio*), ajoute à sa fonction de *iudicare* celle de *damnare*, et il prononce une condamnation pécuniaire, ayant selon les cas pour objet ou bien le montant d'une composition légale fixe ou bien le double de l'*aes* volé ou bien la somme promise par *sponsio* etc. Cette extension de la compétence du *iudex* résulte, dans les temps archaïques, de la diffusion progressive du métal, d'abord rare, pour servir de moyen de paiement

en concurrence avec le bétail. Il n'y a pas d'hypothèses à faire pour l'ère de l'économie prémétallique.

II

1. — Tout ce qui vient d'être dit sur la correspondance du couple *iudex-arbiter* avec le binôme *iudicare-damnare*, permet d'aborder l'exégèse de la formule de la *manus iniectio*. Gaius 4, 21 *quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio*. Il est possible qu'en dehors des variations monétaires ce texte ait pu connaître des rajustements, en particulier qu'il faille supposer⁽⁹³⁾ originellement une version *te non solvisti*, conforme aux *verba* de la *solutio per aes et libram* (Gaius 3, 174 *me a te solvo*). Pour *iudicatus sive damnatus*, il faut rejeter l'explication courante d'une alternative, comme si *sive* était étranger à la formule, qui s'adresserait tantôt à un *iudicatus* tantôt à un *damnatus*, jamais aux deux à la fois. On suppose qu'à côté de l'exécution d'un jugement la *manus iniectio* pouvait servir à sanctionner, sans décision de justice, une *damnatio* automatiquement exécutoire comme celle du legs auquel elle donne son nom. Sans se prononcer sur une telle efficacité de la *damnatio* archaïque, il suffit de remarquer que la formule de la *manus iniectio* se termine sur le cas unique du jugement: *sestertium X milium iudicati manum inicio*, sans la moindre allusion à une *damnatio*. Si le formulaire avait associé au début deux cas séparés du *iudicatus* et du *damnatus*, comme s'il s'agissait de deux *manus iniectioes* indépendantes, il aurait dû à la fin à côté du cas du jugement indiquer aussi, pour respecter cette dualité, celui de la *damnatio* exécutoire. De plus, Gaius dans son commentaire, en bon pédagogue, aurait dû à côté du jugement indiquer que la formule était également mise au service d'une *damnatio*⁽⁹⁴⁾. Passons, en outre, sur le silence des XII

(93) EISELE, *Beiträge zur r.Rechtsgeschichte*, 1896, p. 16. KASER, *ZP*, p. 97, n. 34.

(94) Sur ces objections, LIEBS, *ZSS* 1968, p. 230-231.

Tables à l'égard de *damnationes* de ce type qui auraient mis en branle automatiquement l'exécution sur la personne⁽⁹⁵⁾. En réalité, l'expression *iudicatus sive damnatus* forme un tout, prononcé en bloc par le créancier, comme forme un tout l'expression *iudex sive arbiter* (*iudex arbiterve*). Dans les deux cas *sive* marque une opposition copulative qui fixe deux qualités distinctes sur la même tête. Le débiteur est à la fois *iudicatus* et *damnatus*, de même que le juge est simultanément *iudex* et *arbiter* dans la *iudicis arbitrive postulatio*. De plus ces deux binômes se recouvrent, puisque le *iudex* a pour rôle de *iudicare* et l'*arbiter* celui d'*aestimare* et *damnare*.

Quelle que soit la *legis actio* qui a précédé la *manus iniectio* contre le *iudicatus sive damnatus*, celui-ci est *iudicatus* en tant que la source de son obligation a été constatée par le *iudex* (délit, contrat etc.); il est *damnatus* en tant que l'*arbiter* après estimation a prononcé la condamnation pécuniaire, qui est la condition indispensable de la *manus iniectio iudicati*⁽⁹⁶⁾. C'est le *iudex* lui-même qui prononce la condamnation pécuniaire, lorsque d'emblée l'obligation porte sur une somme certaine d'*aes* (*sponsio*, composition pécuniaire à tarif fixe etc.), ce qui en l'absence d'estimation rend superflue l'intervention d'un *arbiter*. Dans le droit des XII Tables, le cumul des qualités de *iudicatus* et *damnatus* en la personne du débiteur est le même, si le procès préalable, sur lequel s'articule la *manus iniectio*, s'est déroulé selon les formes du *sacramentum in personam* ou de la *iudicis arbitrive postulatio*. Dans le premier cas le défendeur est *iudicatus* en vertu de la sentence déclarative « *sacramentum iustum, sacramentum iniustum* », rendue par le *iudex* sur l'existence de la source de l'obligation (par ex. *furtum*); il est ensuite *damnatus* en vertu de la sentence de l'*arbiter*, qui a procédé à la *litis aestimatio* emportant condamnation (*arbitrium liti aestimandae*). Dans le cas de *iudicis arbitrive postulatio*, le même juge à

(95) Pour une origine postdécenvirale du legs *per damnationem*, WLASSAK, ZSS 31,1910, p. 201 suiv.

(96) Il est inutile de rappeler que la *manus iniectio* n'intervient pas après le *sacramentum in rem*, en l'absence de tout rapport obligatoire entre les parties.

la fois *iudex* et *arbiter* s'acquitte seul des fonctions de *iudicare* et *damnare*, et dans une sentence unique confère au défendeur la double qualité de *iudicatus sive damnatus*, en ayant constaté d'abord l'existence d'un contrat *verbis* resté sans effet (*iudicare*), pour procéder ensuite à l'estimation pécuniaire de la condamnation (*damnare*).

L'association de *iudicare* et *damnare* se retrouve dans d'autres textes. Lorsque Cicéron (*Rab. Post.* 8) parle de *causa iudicata atque damnata*, dans un passage déjà cité, à propos des *repetundae*, il résume la succession des deux sentences du procès en concussion : la première constate la culpabilité de l'accusé (*iudicare*), la deuxième grâce à sa *litis aestimatio* (selon la terminologie de la loi *repetundarum* épigraphique) le condamne (*damnare*). On a déjà indiqué l'étroite parenté de la procédure des *repetundae* avec la justice civile, puisque la loi Calpurnia de 149 commença par donner à ce type de poursuite la forme du *sacramentum*, inévitablement suivi de la *litis aestimatio*, si bien que la succession des deux sentences du procès de concussion a comme prototype un schéma propre aux actions de la loi. Il ne faut donc pas s'étonner si d'une procédure à l'autre on retrouve le binôme *iudicare-damnare*.

Dans la *sententia Minuciorum* de 117 av. JC. (FIRA III n. 163) ⁽⁹⁷⁾, on trouve à propos d'un différend (*controversiae*) entre *Genuates* et *Vituri* le rappel d'une sentence antérieure en ces termes : ligne 42 *ob iniurias indicati aut damnati*. Malgré l'ignorance où l'on est sur le fond et la forme de ce procès plus ancien et les règles de droit qui y présidèrent, les arbitres *Minucii* commis par le sénat usent de la langue du droit romain. Moyennant le remplacement de *sive* par *aut*, mot qui marque ici une différence mais non une disjonction comme c'est souvent le cas ⁽⁹⁸⁾, l'expression est la même que dans la formule de la *manus iniectio*, si bien qu'il n'y a pas, comme on le fait habituellement,

(97) Sur ce texte : DE RUGGIERO, *Arbitrato publico* (réimpress. 1971), p. 294 suiv. ; VOLTERRA, *Iura* 1956, p. 239 suiv. ; CASTELLO, *Synthese Ara-
gio-Ruiz*, 1964, II, p. 1124 suiv.

(98) LEUMANN-HOFMANN-SZANTYR, *Lateinische Grammatik* II (1972), p. 498-500.

à séparer les *damnati* des *iudicati*; ce sont les mêmes personnages jugés coupables (*iudicati*) et condamnés (*damnati*), sans que l'on puisse déterminer l'objet précis de cette condamnation (pécuniaire?) qui entraîne incarcération (pour dettes?). Le mot *damnare*, à cette époque étant commun au droit civil et au droit criminel, n'est pas de nature à nous éclairer sur la nature de ce procès⁽⁹⁹⁾. Quoiqu'il en soit, aussi bien dans ce texte que dans les *verba* de la *manus iniectio* et que chez Cicéron *Rab. Post.* 8 à propos des *repetundae*, l'expression *iudicatus sive damnatus* se révèle, avec de légères variantes sur la particule copulative (*sive, atque, aut*), indivisible.

La phrase finale du créancier: *ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio*, ne tolère pas la substitution de *nexi, confessi, damnati* à *iudicati*. *Iudicati* est le génitif de *iudicatum* et non de *iudicatus*, comme l'indique la phrase introductive de Gaius: 4, 21 *per manus iniectioem ... agebatur ... velut iudicati lege XII Tabularum*. Autrement, la formule aurait dit: *tibi sestertium X milium iudicato manum inicio*. La juxtaposition d'un datif et d'un génitif pour le même personnage eût été intolérable. De même, dans la formule voisine: *ob eam rem ego tibi pro iudicato manum inicio* (Gaius 4, 24), *iudicato* est l'ablatif de *iudicatum*⁽¹⁰⁰⁾. D'une formule à l'autre est rappelée la *causa* de la mainmise, et elle est entendue non comme la qualité de *iudicatus*, mais comme le *iudicatum*, réel ou fictif. Dans les *verba* de la *manus iniectio iudicati*, le montant de la dette a été d'abord mis en relation avec *iudicatus sive damnatus*, à la fin le montant est répété en fonction du *iudicatum*. La répétition de ce montant eût été une redondance insupportable, si deux fois il eût porté sur le *iudicatus*, et on ne comprendrait pas alors que celui-ci soit appelé d'abord *iudicatus sive damnatus* pour devenir ensuite *iudicati* tout court. De même la *lex Luceri-*

(99) Sur ce jugement mentionné dans la *Sententia Minuciorum*: Wlassak, ZSS 25, 1904, p. 183 suiv.; HÄGERSTRÖM, I, p. 450; ARANGIO-RUIZ, FIRA III, p. 508, n. 1; LIEBS, ZSS 1968, p. 231; SERENI, *Comunità rurali nell'Italia antica*, 1955, p. 12; 46 suiv.; DEGRASSI, ILLRP, II, p. 46, n. 20, qui hésite entre la *poena des iniuriae* ou le montant de *multae*.

(100) GIRARD, *Manuel*, p. 1045: « comme s'il y avait jugement ».

na fait suivre la mention *pro iudicato* du montant de l'amende: ILLRP n. 504 (*ceiv*)*ium qui volet pro iudicatos n(umum) (L) manum iniectio estod*. Que la *manus iniectio* soit *iudicati* ou *pro iudicato*, ces mots dans la bouche de l'inciens sont inséparables du montant qui déclenche la mainmise. Dans la formule seule complètement connue de la *manus iniectio iudicati*, la répétition de la somme due se déroule selon un rythme inexorable, typique de la mentalité romaine, pour rappeler que si le débiteur est *iudicatus* pour tel montant c'est en vertu d'un *iudicatum* équivalent. Enfin, tout doute est levé par la *lex Ursonensis*: 61 *iudicati iure manus iniectio esto*, où *iudicati* se rattache à *manus iniectio* et non à *iure* qui a la même valeur que dans les XII Tables: 3, 1 *rebusque iure iudicatis* ⁽¹⁰¹⁾. Il n'est que trop évident que la *causa* ainsi indiquée de la *manus iniectio* est un *iudicatum* et non un *iudicatus*.

Il n'en reste pas moins dans les *verba* du créancier une contradiction évidente entre l'expression *iudicatus sive damnatus et sestertium X milium iudicati*. Le mot *iudicatum*, assorti du montant de la condamnation, ne veut pas dire seulement que le débiteur est *iudicatus* une fois la source de son obligation constatée, mais par surcroît qu'il est *damnatus* pour cette somme. Le mot a la même portée dans les XII Tables: 3, 3 *ni iudicatum facit*, par quoi il faut entendre que l'*aes* n'a pas été versé. Dans *iudicatum* est absorbée la *damnatio*; en lui sont subsumés les deux actes de *iudicare* et *damnare* qui concluent le procès. Peu importe que la condamnation pécuniaire soit prononcée par un *arbiter*, après estimation, ou par le *iudex* lui-même lorsque d'emblée l'obligation porte sur un poids certain d'*aes*. En outre, personne ne doute que la procédure singulière des *arbitria*, en marge des *legis actiones* proprement dites et en particulier de la *iudicis arbitrive postulatio*, lorsqu'un ou plusieurs arbitres statuent seuls sans l'intervention d'un *iudex*, comme dans le cas de la *vindicia falsa*, ne débouche elle aussi sur le *iudicatum* des XII Tables 3, 3. Le mot a acquis dans ce code une valeur générale qui lui permet d'embrasser toute condamnation pécuniaire

(101) D'ORS, *Epigrafia jurídica de la España Romana*, 1953, p. 174; cf. KASER, *AJ*, p. 12.

de la procédure civile. Cette particularité philologique qui contredit brutalement la spécialisation des verbes *iudicare* et *damnare* pour fondre dans *iudicatum* ces deux fonctions appartenant respectivement au *iudex* et à l'*arbiter*, va de pair avec l'absence d'un substantif archaïque issu de *damnare* pour désigner la condamnation pécuniaire. Plaute et Térence ignorent « *damnatio* » qui ne fait son apparition que tardivement⁽¹⁰²⁾.

Iudicatus avait vocation pour absorber lui aussi le contenu de *damnare*. Dans la *manus iniectio* l'expression *iudicatus sive damnatus* marque une dualité que la langue postérieure aux XII Tables respecte encore (supra), mais pas toujours. Par *iudicatus* on entend souvent *damnatus* ou *condemnatus*. Cet élargissement du sens trouve une formulation théorique chez Gaius, lorsque à propos de la formule: « *quod ego tibi tot milibus iudicio condemnatus sum* »⁽¹⁰³⁾ de la remise de dette *per aes et libram* il commente: 3, 175 *sicut iudicatus condemnatum se esse significat*, ce qui laisse entendre clairement que dans l'esprit du professeur il s'agissait d'un sens dérivé^(103bis). Gaius lui-même donne ailleurs un exemple de cette équivalence entre *iudicatus* et *damnatus* quand il parle de délai accordé aux *iudicati* pour s'acquitter (3, 78 *ad expediendam pecuniam*), alors que la loi Rubria (21, 14) dit plus techniquement: *iure legeque damnatus*. Il est intéressant de comparer les textes suivants: Ter. *Phorm.* 334 *ducent damnatum domum*; Cic. *de orat.* 2, 255 *qui iudicatum duci videt*; Flacc. 45 *iudicatum hic duxit*. Les deux mots étaient employés indifféremment. Mieux que cela, à côté de *iudicatus* pouvait figurer le montant ou l'indication de la condamnation pécuniaire, comme à côté de *iudicatum* dans la formule de la *manus iniectio*: Liv. 6, 14, 3 *iudicatum pecuniae cum duci vidisset*; 23, 14, 3 *pecuniae iudicati in vinculis*; Gell. 20, 1, 47 *quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur* (= XII Tables 3, 5). Dès l'époque républicaine, le vocabulaire avait atteint une polyvalence qui tantôt respecte l'antithèse archaïque *iudicare - damnare*, tantôt en est venue à confondre *iudicatus* et *damnatus*.

(102) Thes. I.1. v. *damnatio*; *auctor ad Heren.* I, 16, 26.

(103) Sur cette lecture, LIEBS, ZSS 1968, p. 229 suiv.

(103bis) Sur ce texte, KNIER, *Gai Inst.* III, 2, p. 377.

de la procédure civile. Cette particularité philologique qui contredit brutalement la spécialisation des verbes *iudicare* et *damnare* pour fondre dans *iudicatum* ces deux fonctions appartenant respectivement au *iudex* et à l'*arbiter*, va de pair avec l'absence d'un substantif archaïque issu de *damnare* pour désigner la condamnation pécuniaire. Plaute et Térence ignorent « *damnatio* » qui ne fait son apparition que tardivement ⁽¹⁰²⁾.

Iudicatus avait vocation pour absorber lui aussi le contenu de *damnare*. Dans la *manus iniectio* l'expression *iudicatus sive damnatus* marque une dualité que la langue postérieure aux XII Tables respecte encore (supra), mais pas toujours. Par *iudicatus* on entend souvent *damnatus* ou *condemnatus*. Cet élargissement du sens trouve une formulation théorique chez Gaius, lorsque à propos de la formule: « *quod ego tibi tot milibus iudicio condemnatus sum* » ⁽¹⁰³⁾ de la remise de dette *per aes et libram* il commente: 3, 175 *sicut iudicatus condemnatum se esse significat*, ce qui laisse entendre clairement que dans l'esprit du professeur il s'agissait d'un sens dérivé ^(103bis). Gaius lui-même donne ailleurs un exemple de cette équivalence entre *iudicatus* et *damnatus* quand il parle de délai accordé aux *iudicati* pour s'acquitter (3, 78 *ad expediendam pecuniam*), alors que la loi Rubria (21, 14) dit plus techniquement: *iure legeque damnatus*. Il est intéressant de comparer les textes suivants: Ter. *Phorm.* 334 *ducent damnatum domum*; Cic. *de orat.* 2, 255 *qui iudicatum duci videt*; Flacc. 45 *iudicatum hic duxit*. Les deux mots étaient employés indifféremment. Mieux que cela, à côté de *iudicatus* pouvait figurer le montant ou l'indication de la condamnation pécuniaire, comme à côté de *iudicatum* dans la formule de la *manus iniectio*: Liv. 6, 14, 3 *iudicatum pecuniae cum duci vidisset*; 23, 14, 3 *pecuniae iudicati in vinculis*; Gell. 20, 1, 47 *quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur* (= XII Tables 3, 5). Dès l'époque républicaine, le vocabulaire avait atteint une polyvalence qui tantôt respecte l'antithèse archaïque *iudicare - damnare*, tantôt en est venue à confondre *iudicatus* et *damnatus*.

(102) Thes. l.l. v. *damnatio*; *auctor ad Heren.* I, 16, 26.

(103) Sur cette lecture, LIEBS, ZSS 1968, p. 229 suiv.

(103bis) Sur ce texte, KNIEP, *Gai Inst.* III, 2, p. 377.

Ce sont ces variations de la langue qui sont responsables de l'obscurité qui a longtemps entouré l'étude des actions de la loi *in personam*. Le point de départ de ces singularités verbales remonte au mot *iudicatum* dans le droit des XII Tables lui-même, où il ne se rapporte pas seulement à l'acte de *iudicare* mais s'étend aussi à celui de *damnare*. Dans le *iudicatum* on trouve de façon synthétique à la fois le jugement purement déclaratif (*iudicare*) qui constate la source de l'obligation (contrat, délit), et la condamnation judiciaire qui s'ensuit (*damnare*). Plus tard le même processus extensif fera souvent du *iudicatus* aussi un *damnatus*.

L'exécution de la sentence n'a pas la même physionomie selon que d'emblée la dette porte sur un certain montant d'*aes* ou, au contraire, a pour objet une *res certa* ou un *incertum*. En cas de délit correspondant à un tarif légal fixe de la composition pécuniaire ou si un certain poids d'*aes* a été volé, le délinquant est *iudicatus*, en tant que le délit a été constaté, et *damnatus* par le même *iudex* (sans intervention d'un *arbiter*) au montant du tarif légal ou au double de l'*aes* volé. Si une *res* a été volée, un *arbiter* l'évalue et condamne au double. Mais, dans tous les cas en matière délictuelle, le délinquant est *iudicatus* en langage technique seulement quant à l'existence du délit, et il est *damnatus* à verser la composition, quelle que soit la manière dont elle est établie. En cas de *sponsio d'aes*, le promettant est *iudicatus* quant à l'existence de sa dette non payée et *damnatus* pour le même montant. En outre, dans tous les cas où de l'*aes* est dû en vertu d'un délit ou d'un acte juridique, au 31^e jour après le jugement l'objet de la condamnation reste le même que pendant les 30 jours de répit accordés par les XII Tables.

Les choses se présentent différemment, lorsque une *res certa* ou un *incertum* sont dus en vertu d'un acte juridique, notamment un contrat *verbis*. Le débiteur est *iudicatus*, en tant que l'acte est constaté ainsi que son inexécution, telle est l'œuvre du *iudex*; de plus il est *damnatus* par l'*arbiter* à verser l'évaluation de la prestation. La qualité de *iudicatus* n'est pas la même en matière délictuelle ou contractuelle, bien que dans les deux cas elle porte sur la source de l'obligation: le délinquant *iudicatus*

voit seulement son délit constaté et il faut qu'il soit en outre *damnatus* pour devoir la composition; le promettant du contrat *verbis* est *iudicatus* en ce sens que sa promesse de *certa res* ou *incertum*, une fois constatée, doit être exécutée telle quelle (*in ipsam rem*), et c'est seulement si l'exécution n'a pas lieu en nature que l'estimation en *aes* sera due. Quelle que soit la procédure (*sacramentum in personam* suivi d'un *arbitrium liti aestimandae* ou bien *iudicis arbitrive postulatio*), le *iudex* se borne à constater le contrat, et *l'ipsa res* est due en vertu de la promesse, une fois que celle-ci a été déclarée valable par la sentence; c'est en cela que le promettant est *iudicatus*, ce qui le contraint à l'exécution *in ipsam rem*. Il est, en outre, condamné par l'*arbiter* à verser l'estimation de la prestation, au cas où il n'exécute pas en nature, et c'est en cela qu'il est *damnatus*. Pour le promettant d'une *certa res* ou d'un *incertum*, la double qualité de *iudicatus sive damnatus* correspond aux fonctions respectives du *iudex* et de l'*arbiter*, soit exercées séparément, lorsque un *sacramentum in personam* est suivi d'un *arbitrium*, soit cumulées en la personne du *iudex arbiterve* de la *iudicis arbitrive postulatio*. La condamnation pécuniaire évaluée par l'*arbiter* n'est due qu'à défaut de l'exécution en nature en vertu de la promesse constatée par le *iudex*. On perdrait son temps à chercher comment la rédaction de la double sentence dans le *sacramentum in personam* suivi d'un *arbitrium* et de la sentence unique dans la *iudicis arbitrive postulatio* articule l'une sur l'autre l'exécution en nature et la condamnation pécuniaire. Mais dans une procédure comme dans l'autre, il faut compter, à propos du délai légal laissé au débiteur après le prononcé du jugement, sur un instant où en l'absence d'exécution en nature la condamnation pécuniaire est désormais seule due, puisque c'est elle seule que retient la formule de la *manus iniectio* au 31^e jour.

Lorsque Gaius écrit: 4, 48 *iudex non ipsam rem condemnat cum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat* (104), il n'a sans

(104) Les controverses sur l'établissement du texte sont apaisées: voir KASER, *ZP*, p. 90, n. 20; PUGLIESE, *Processo Civile* I, p. 431. *Olim* marque ici comme souvent chez Gaius un contraste entre l'ancien droit et le droit plus récent.

doute pas en vue les actions *in rem*, pour lesquelles il n'y a pas au temps des *legis actiones* de condamnation proprement dite en l'absence de tout rapport obligatoire entre les parties: le jugement ne fait alors que constater la propriété ou le droit réel du gagnant, sans ordonner, si le perdant est possesseur intérimaire, la restitution de la *res* ⁽¹⁰⁵⁾. Dans le domaine des actions *in personam*, la condamnation *in ipsam rem* peut revêtir des aspects variés: le talion est ordonné par le juge (Gell. 20, 1, 38 *iudici talionem imperanti*); l'arbitre de l'action *pluviae arcendae* (laquelle est un *arbitrium* sans *iudex*; supra) paraît dans l'ancien droit prononcer l'ordre d'*aquam arcere* ⁽¹⁰⁶⁾; lorsque une *certa res* ou un *incertum* est dû en vertu d'un acte juridique (ex. contrat *verbis*), c'est en vertu de cet acte même, judiciairement constaté, que le débiteur est tenu d'exécuter: il est *iudicatus* en tant que débiteur de la *res* elle-même et *damnatus* seulement quant à l'estimation. Aussi dans le cas d'un acte juridique, le mot *condemnare* de Gaius est impropre dans la langue des

(105) KASER, ZSS 1967, p. 514-515.

(106) Dans la procédure formulaire, l'obligation d'*aquam arcere oportere* (termes contenus dans la formule) ne peut atteindre un résultat matériel que par le jeu de la *clausula arbitraria* (sur les différentes formules proposées, voir SITZIA, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, 1977, p. 222 suiv.). Sur le *iussum de restituendo* dans les actions arbitraires, voir KASER, ZP, p. 259. Pour notre action le *iussum restituendi* contenu dans l'*officium iudicis* (Ulp. D. 39,3,6,6) paraît remonter à l'ancien droit d'après Cicéron dans un texte qui semble se rattacher aux *legis actiones* (SITZIA, p. 12, n. 45): *Top. 39 aqua ... iubetur ab arbitro coerceri*, texte où il est aussi question du *ius arcendi*. A propos de cette action nombreux sont les textes qui lui assignent une finalité matérielle (D. 39,3,1 pr. *avertetur aqua* etc.; voir BROGGINI, *Iudex arbitrove*, p. 71, n. 63; HINRICHS, *Geschichte der gromatischen Institutionen*, 1974, p. 177 suiv.). Pour la *legis actio* on ne possède pas de renseignement sur la manière dont la condamnation pécuniaire s'articule sur le *iussum* de l'*arbiter*. Mais il est vraisemblable que la *condemnatio in ipsam rem*, exécutoire pendant les 30 jours consécutifs à la sentence de l'*arbiter*, entraîne, si elle n'est pas suivie d'effet, l'obligation de payer le montant de la condamnation pécuniaire au 31^e jour, conformément au schéma proposé plus bas sur la relation entre les deux condamnations dans les actions de la loi. — On a longtemps cru à tort que le juge des actions de la loi n'avait pas la faculté de donner des ordres: BIONDI, *Studi Bonfante* IV, p. 34; RE, v. *sententia* III A, 1503.

actions de la loi pour exprimer une obligation simplement constatée par le *iudex*, mais non dans l'usage de son temps qui tient souvent, comme on l'a vu, pour interchangeables *iudicare*, *damnare*, *condemnare*, comme il le note lui-même (3, 175 déjà cité) ⁽¹⁰⁷⁾. Gaius a employé un terme devenu depuis longtemps générique au point de s'appliquer aussi bien à une condamnation pécuniaire, comme c'est son sens propre, que, à titre dérivé, dans le régime des actions de la loi à l'exécution en nature d'une obligation dont l'existence a été reconnue en justice. De même que par *iudicatus* on peut entendre aussi *condemnatus* (supra), inversement *condemnare* peut prendre le sens de *iudicare*.

Les XII Tables à propos de la *manus iniectio* font deux fois état du jugement et en termes différents: 3,1 *rebus iure iudicatis*; 3,3 *ni iudicatum facit*. Ces formules se situent à deux moments distincts de la procédure: il est question de *res iudicatae* pendant les 30 *dies iusti* qui suivent le jugement, et de *iudicatum* au 31^e quand la *manus iniectio* est entreprise: 3,2 *post deinde manus iniectio esto*. A cette date, on ne s'occupe plus de l'exécution en nature (*ipsa res*) définitivement mise hors de cause, mais du non-paiement de la condamnation pécuniaire; le verset « *ni iudicatum facit* » correspond à la clause de la *manus iniectio*: « *quandoc non solvisti* », et c'est là un bel exemple de l'*accomodatio verborum* qui rattache aux termes de la loi les *verba* des parties (Gaius 4, 11). *Solvere* dans la langue républicaine, comme le révèle une prospection à travers les auteurs littéraires et la langue du droit, s'applique alors par excellence au paiement en argent ⁽¹⁰⁸⁾. Et dans la formule de la *manus iniectio* il n'est plus question que de lui seul. On est alors au 31^e jour après le jugement. A cette date, le verset « *ni iudicatum facit* », placé après l'expiration des *dies iusti*, tient le versement

(107) Certains auteurs ont noté que Gaius aurait dû dire *iudicare* à la place de *condemnare* déjà en un temps où la recherche était sur ce point moins avancée qu'aujourd'hui: COQ, *Dar. Sag.*, v. *sacramentum*; LUZZATTO, *Procedura civile* II, p. 119-120.

(108) *Solvere* verra plus tard sa portée s'élargir: Paul D. 46,3,54 « *solutionis* » *verbum pertinet ad omnem liberationem*; D. 50,16,47. Voir BEHREND, p. 173; CRUZ, *Da solutio*, 1962, p. 66 suiv.; KASER, *RPR* I, p. 636, n. 6. Sur le sens pur de *solvere*, NICOLET, *Historia* 1979, p. 280 suiv.

de l'*aes* pour exigible et libératoire. Avant l'expiration du délai légal (Gell. 20, 1, 43)⁽¹⁰⁹⁾, le créancier n'était en droit de rien réclamer. C'est seulement si la *solutio* n'intervient pas au 31^e jour, que se poursuit le cours inexorable de la *manus iniectio*. Dans les *verba* du créancier la somme est indiquée deux fois, et la deuxième elle est accolée au mot *iudicatum*: *sestertium X milium iudicati manum inicio*. Il n'est donc pas douteux que le verset « *ni iudicatum facit* », une fois que le délai est écoulé, n'a en vue que le paiement de la condamnation pécuniaire le lendemain (31^e jour), à l'instant que l'*ipsa res* est désormais hors jeu⁽¹¹⁰⁾.

(109) Gell. 20, 1, 43 *velut quoddam institutum, id est iuris inter eos quasi interstitutionem quandam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi iure posset*. Sur ce texte BEHREND'S, *Zwölftafelprozess*, p. 130; HORAK, ZSS 1976, p. 249. Il paraît exagéré de vouloir tirer de ce texte que la *solutio per aes et libram* dans le droit des XII tables était exclue pendant les 30 *dies iusti*. D'autre part, il n'est pas évident qu'en ce temps le paiement formel était seul libératoire (cf. MAGDELAÏN, *La loi à Rome*, 1978, p. 70, n. 73). BEHREND'S, *cit.* et p. 135 admet depuis l'apparition de la monnaie la possibilité de *pecuniam solvere* sans forme pendant le délai légal, ainsi que de *pacisci* et *satisfacere* (cf. HORAK, p. 279, n. 54). En ce qui concerne l'édit du préteur, BEHREND'S pense à une rédaction plaçant la *solutio* du *condemnatus*: *post dies XXX* (p. 195 suiv.; 202). LENEL, *EP*, p. 408 propose de lire au titre de *re iudicata*: « *condemnatus ut pecuniam solvat (intra XXX dies)* ». (Sur ce problème de délai: LA ROSA, *Actio iudicati*, 1963, p. 53 suiv.). Il n'y a pas lieu de prendre ici position à l'égard de l'édit. Dans le texte de Gaius notoirement interpolé: D. 42,1,7 *intra dies constitutos, quamvis iudicati agi non possit, multis tamen modis iudicatum liberari posse hodie non dubitatur* (KOSCHAKER, ZSS 1916, p. 364; LA ROSA, p. 52, 54; BEHREND'S, p. 130, n. 83; 196, n. 437), l'interpolation de *multis modis* élargit les possibilités de se libérer pendant le délai légal (le droit classique p. ex. connaît ici la novation: KASER, *ZP*, p. 291, n. 19), et Gaius n'a pu parler de doutes que quant à l'étendue de ces possibilités. Il me paraît exclu de vouloir tirer de ce texte que la *solutio* proprement dite eût pu être tenue à une époque quelconque pour impossible pendant ces trente jours.

(110) Il n'était pas inutile de consolider une opinion assez répandue sur le sens de *iudicatum* dans ces textes: KASER, *AJ*, p. 126; SIMON, ZSS 1965, p. 154. Sur *iudicatum* en général comme condamnation pécuniaire, voir HÄGERSTRÖM, I, p. 438. On retrouve *iudicatum facere* dans Gaius 3, 180 dans le célèbre dicton des *veteres* sur la *litis contestatio*. Voir aussi: D. 2,12,6; D. 5,1,45,1; D. 9,4,35; D. 26,7,25; D. 46,1,45. Sur la forme *iudicatus*, génitif *-us*, Gell. 14, 2, 25 (BEHREND'S, p. 49).

Cette exégèse s'écarte de l'opinion commune qui veut que l'exécution du jugement par le débiteur doive avoir lieu avant que n'expirent les 30 *dies iusti*, sans tenir compte du point culminant qui est le 31^e jour, auquel la loi place l'ultime éventualité de la *solutio*. Mais que se passe-t-il avant? La loi parle alors non de *iudicatum* mais de *res iudicatae*: 3, 1 *acris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*. Pour *rebus iure iudicatis*, on hésite entre l'ablatif et le datif. Le datif est plus probable⁽¹¹¹⁾, comme l'indique la paraphrase d'Aulu-Gelle: 20, 1, 42 *confessi igitur acris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conqui-rendae pecuniae causa*⁽¹¹²⁾. Le verset décenviral accorde 30 jours pour l'exécution des *res iudicatae*, par quoi il faut entendre globalement la *condemnatio ad ipsam rem* (moyennant la réserve déjà faite sur l'impropriété relative du mot *condemnatio* ici) et la condamnation pécuniaire. Cette dernière n'est pas exclue d'une expression aussi générale, d'autant plus qu'en matière délictuelle il n'y en a pas d'autre. Pour les délits (comme pour la *sponsio* d'*aes*), pendant ces 30 *dies iusti* comme au 31^e jour après le jugement il n'est question que de verser la *poena* (ou la somme promise). Lorsque une prestation en nature se combine avec la condamnation pécuniaire, pendant 30 jours le débiteur peut se libérer en fournissant l'une ou en payant l'autre, mais au 31^e jour seul le versement de l'*aes* est libératoire, et c'est lui seul dont la formule de la *manus iniectio* enregistre l'absence à cette date. L'expiration des *dies iusti* a mis un terme à la fourniture de l'*ipsa res*. Il n'y a pas à parler de novation, mais d'un système qui repose aussi bien sur les termes de la loi (*res iudicatae* par opposition à *iudicatum*) que sur la rédaction des sentences, laquelle n'est plus à notre portée. L'expiration du 30^e jour substitue définitivement à l'*ipsa res* la condamnation pécuniaire qui peut encore être versée au 31^e, ce qui ne va pas sans évoquer le mécanisme de la *litis contestatio* du procès formulaire, qui éteint l'obligation déduite en justice pour la

(111) Sur ce datif: FUNAIOLI, *Atti d. Congresso int. di D.R., Roma 1934*, I, p. 75 suiv.; HÄGERSTRÖM, II, p. 380.

(112) Gaius 3, 78 *post tempus, quod eis partim lege XII Tabularum, partim edicto praeoris ad expediendam pecuniam tribuitur*.

remplacer par l'éventualité d'une condamnation. Mais les systèmes sont différents et ne situent pas leurs effets au même instant: en procédure formulaire à l'achèvement de la phase *in iure*, en *legis actio* à l'expiration des *dies iusti* après la sentence. De la possibilité d'exécuter en nature jusqu'au 30^e jour après le *iudicatum*, il ressort clairement que la *litis contestatio* n'a produit aucun effet extinctif sur l'obligation de *rem dare* ou de fournir un *incertum*, non plus que sur l'exigence du talion ou celle d'*aquam arcere* etc.

Dans le droit des XII Tables, pour les actions réipersécutoires *in personam* (p. ex. l'*actio ex stipulatu*), on ne discerne pas bien à première vue quel sens peut représenter à l'expiration des *dies iusti* la substitution de la condamnation pécuniaire à l'obligation de *rem dare* ou de fournir un *incertum*. Certes on peut dire, comme on l'a fait ⁽¹¹³⁾, que l'estimation en *aes* de la prestation tend à faciliter, une fois que le débiteur s'est révélé hors d'état de s'en acquitter, son rachat par un tiers, comme cela est prévu par la loi (3, 5). Mais dans le remplacement d'une prestation en nature par un versement en *aes* il y a plus à l'origine qu'une simple opportunité, et à l'origine il ne s'agit pas seulement d'alléger la condition désastreuse du débiteur en facilitant le paiement par un parent ou ami. Puisque en matière délictuelle la formule *iudicatus sive damnatus* désigne l'auteur du délit déclaré coupable (*iudicatus*) et condamné en outre à payer l'amende prévue (*damnatus*), il y a lieu de se demander si cette même formule à propos d'un acte juridique n'a pas commencé, avant les XII Tables, pareillement par tenir le débiteur qui ne s'acquitte pas de son obligation, comme un délinquant lui aussi *iudicatus* et, en outre, lui aussi condamné, *damnatus*, à payer le prix de son rachat. A ce compte par exemple l'inexécution du contrat *verbis* aurait été traitée dans le régime prédécemviral comme un délit. Et dans le droit des XII Tables la condamnation pécuniaire du promettant, si elle a une fonction réipersécutoire comme substitut de *Pipsa res*, n'en serait pas moins la survivance dénaturée d'une rançon. La séparation relativement récente du pénal et du réipersécutoire dans les procès *in perso-*

(113) KASER, *ZP*, p. 96; 287.

nam aurait brisé l'unité initiale qui faisait toujours de l'*aes* dans la condamnation le prix de la vengeance. Il y aura lieu d'apprécier l'éventualité d'un tel système, dans lequel le déroulement de l'instance, la procédure d'exécution et ses délais ne sauraient être identiques à ceux des XII Tables.

Préalablement, il convient de confirmer que dans les actions de la loi des XII Tables la *litis contestatio* ne produit pas un effet extinctif de l'obligation déduite en justice (p. ex. celle née d'une promesse *verbis*), de telle sorte qu'après la fin de la phase *in iure* et jusqu'à l'expiration du 30^e jour qui suit le jugement, la prestation en nature reste libératoire. Il ne semble pas que la doctrine contemporaine qui depuis quelques décennies a pris le juste parti d'admettre la *condemnatio in ipsam rem* dans l'ancien droit, se soit avisée de la contradiction qui en résulte avec la conviction que la *litis contestatio* a éteint l'obligation servant de support à l'*ipsa res*. Si l'obligation est éteinte, l'*ipsa res* est en l'air, et la prestation en nature perd toute signification.

2. — Lorsque Gaius écrit: 3, 180 *tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum*, d'emblée le problème est porté sur le seul plan de la procédure formulaire, comme on l'a souvent remarqué⁽¹¹⁴⁾. *Iudicium legitimum*⁽¹¹⁵⁾ est une expression qui appartient en propre à cette procédure et fait antithèse à *legis actio*. L'instance est légitime à trois conditions (que le procès ait lieu à Rome entre citoyens romains *sub uno iudice*), et cette légitimité dans la procédure formulaire (Gaius 4, 104) fait pendant à celle du procès des actions de la loi. Pour que la *litis contestatio* formulaire ait un effet extinctif *ipso iure*, il ne suffit pas que l'action ait une *intentio in personam in ius concepta* (Gaius 4, 107), il faut en outre que l'instance soit légitime. Autrement dit, dans le mécanisme tout doit être civil: non seulement la formule, mais aussi le procès. L'automatisme civil *ipso iure* par opposition au moyen prétorien *exceptionis ope* exige dans le jeu procédural la légitimité de l'instance.

(114) JAHR, *Litis Contestatio*, 1960, p. 70; BONIFACIO, *Studi Volterra* IV, p. 404.

(115) Sur cette notion, BONIFACIO, *Studi Arancio-Ruiz* II, p. 207 suiv.; KASER, *ZP*, p. 116.

Il n'y a pas à épuiser sa sagacité pour comprendre pourquoi et comment un effet extinctif de plein droit appartient à la *litis contestatio* dans les cas où en outre l'*intentio in personam* est *in ius concepta*: à elle seule la *litis contestatio* en tant que prise à témoins, quelle qu'en soit la forme, ne produit aucun effet. La cause est ailleurs. Cet instant de la procédure est celui où la formule délivrée par le magistrat est définitivement consentie par les plaideurs. L'effet extinctif est le produit non de la *litis contestatio*, en tant qu'elle fait appel au témoignage des présents soit oralement⁽¹¹⁶⁾ (*testes estote*), soit par la rédaction d'un écrit muni de leurs sceaux⁽¹¹⁷⁾, l'effet extinctif est le produit de la formule *in ius concepta*, parce que c'est seulement à cet instant que la formule, une fois définitivement rédigée, est réputée avoir reçu le triple agrément du magistrat qui la délivre, du demandeur qui en a fait la *postulatio*, et du défendeur qui l'accepte. On peut discuter pour savoir si la *litis contestatio* est un acte solennel ou non. L'essentiel reste que, au moment où a lieu sous une forme ou une autre la participation des témoins, la formule restée jusque là à l'état de projet acquiert une valeur pleine et définitive et va produire ses effets. Or seule une formule *in personam in ius concepta* est de nature à entraîner l'extinction *ipso iure* du droit déduit en justice. L'effet extinctif attribué à la *litis contestatio* est en réalité celui d'une formule de ce type à ce moment du procès, quand les *concepta verba* (Gaius 4, 30) atteignent leur efficacité. C'est ce qu'il convient de démontrer.

Lorsque Gaius veut expliquer la règle: *tollitur obligatio litis contestatione*, il ne fait pas intervenir la participation des témoins, laquelle se borne à ponctuer un instant de procédure, il cite un *dictum* des *veteres* à la fin de la République, dans lequel, sans qu'on y ait pris garde, s'exprime une exégèse de la formule: 3, 180 *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnatio-*

(116) Le texte de Festus 50 L où la *litis contestatio* est expliquée par l'appel des parties à l'assistance (*testes estote*) est rattaché par WLAŠSAK, *Litis Contestation*, 1889, p. 69 suiv., à la procédure formulaire; cf. KASER, *ZP*, p. 57, n. 34.

(117) JAHN, p. 26 suiv.; KASER, *ZP*, p. 221 suiv.

nem iudicatum facere oportere. Dans les mots: *ante litem contestatam dare debitorem oportere*, on trouve une paraphrase de l'*intentio* d'une formule du type de la *condictio*: *si paret ... dare oportere*. Dans les mots suivants: *post litem contestatam condemnari oportere*, la paraphrase de la formule se poursuit à propos de la *condemnatio*: *quanti ea res est, tantam pecuniam ... condemna s.n.p.a.* Si on laisse de côté la partie finale du *dictum*, laquelle a trait au jugement comme conclusion de toute la procédure, les deux premières parties du propos des *veteres* s'articulent l'une sur l'autre comme au sein de la formule *Intentio* sur la *condemnatio*. Ce que proposent les *veteres*, c'est un résumé d'une formule du type de la *condictio* (comme le prouve la suite du texte 3, 181 *dari mihi oportere*)⁽¹¹⁸⁾; les termes de la formule sont réduits dans cette exégèse à leur plus simple expression: l'*intentio* est condensée dans *dare debitorem oportere*, alors que la *condemnatio* est ramenée à *condemnari oportere*. Quel but poursuivent les *veteres*, lorsque de façon lapidaire ils décomposent de la sorte une formule de *condictio*, et opposent l'une à l'autre l'*intentio* et la *condemnatio*, en les coordonnant dans le temps: l'*intentio* étant appréciée *ante litem contestatam* et la *condemnatio* produisant ses effets *post litem contestatam*?

Ce but est simple. Les *veteres* présentent une lecture d'une formule du type de la *condictio* de nature à faire comprendre que de l'*intentio* à la *condemnatio* s'effectue une sorte de novation: l'*obligatio* contenue dans l'*intentio* (*si paret dare oportere*) s'éteint en vertu de la rédaction même de la formule au profit de l'*obligation* de verser le montant de la condamnation pécuniaire, ce que les *veteres* appellent *condemnari oportere*. A leurs yeux, la formule elle-même réalise un jeu de substitution entre l'*intentio* et la *condemnatio*; pour eux elle remplace l'*obligation* civile définie dans la première (*dare oportere*) par une obligation qui prend naissance dans la seconde. Une obligation prend la place d'une autre; un *oportere* ancien, le *dare oportere* de l'*intentio*,

(118) L'existence d'une formule *ex stipulatu certi* n'est pas assurée. Voir KASER, *RPR* I, p. 542. Sur ce problème une tablette récemment découverte à Pompéi apporte une lumière nouvelle: KASER, *Labeo* 1976, p. 21 suiv.

s'éteint au profit d'un *oportere* nouveau né de la *condemnatio*, le *condemnari oportere* des *veteres*. L'obligation civile déduite en justice expire par le seul fonctionnement de la formule, qui après une phase préparatoire de rédaction manifeste au moment de la *litis contestatio* sa pleine efficacité. On prit coutume d'attribuer à la *litis contestatio* un effet qui appartient à la formule, parce qu'il se produit au moment de la participation des témoins à la liaison du procès. En citant le *dictum* des *veteres*, Gaius rétablit la vérité et rend à la formule ce qu'il a commencé par attribuer à la *litis contestatio*.

Il n'est pas évident que ce *dictum* soit d'une très haute qualité juridique, il a quelque chose de fruste et correspond au niveau intellectuel de la jurisprudence de ce temps⁽¹¹⁹⁾. L'idée que dans une formule de *condictio* l'obligation civile contenue dans l'*intentio*, notamment si elle porte sur une *certa res*, est remplacée par la *condemnatio* pécuniaire, vient assez spontanément à l'esprit. Au service de cette idée, les *veteres* ont forgé avec plus ou moins de bonheur un *condemnari oportere* (supposant le bien-fondé de l'action), qui n'a pas d'autre raison d'être dans l'exégèse de la formule que de jouer le rôle de substitut au *dare oportere* de l'*intentio*. Cette exégèse a fait naître l'effet extinctif *ipso iure* de la *litis contestatio*. Le *dictum* des *veteres* en est le berceau⁽¹²⁰⁾. Cet effet extinctif résultant de l'interprétation littérale d'une formule civile *in personam* n'a rien à voir avec les *legis actiones*.

(119) En ce sens avec une autre argumentation, KASER, *ZP*, p. 228.

(120) Les Romains ont compris le *dictum* des *veteres* comme contenant une sorte de novation, et ainsi s'explique sa place dans les Institutes de Gaius à côté de la novation proprement dite. Mais il n'y a pas à s'engager dans un débat académique pour savoir s'il y a identité entre les deux institutions, ce que démentent certains détails de fonctionnement (KASER, *ZP*, p. 229, n. 37). Il faut surtout éviter de se demander si la *litis contestatio* avec son *condemnari oportere*, qui suppose un jugement de condamnation, ne serait pas une novation conditionnelle, ce qui introduirait dangereusement dans le droit de la procédure la théorie de cette dernière. Entre la *litis contestatio* et la novation, il suffit de s'en tenir à une certaine parenté à la suite du *dictum* des *veteres*. Voir: BONIFACIO, *Novazione*, 1959 (2^e éd.), p. 75 suiv.; du même, *Studi sul processo formulare* I, 1956, p. 27 suiv.; *Studi Albertario* I, p. 97; BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, 1968, p. 161 suiv.

En droit classique, d'après Gaius (4, 107) à la condition que le procès corresponde à un *iudicium legitimum* (supra), l'effet extinctif de la *litis contestatio* s'étend à toute obligation civile quand l'action *in personam* est *in ius concepta*. Cela suppose qu'à partir du *dictum* des *veteres* les autres formules civiles d'actions personnelles ont été soumises à une interprétation semblable à celle que les *veteres* ont pratiquée sur les formules du type de la *condictio* ⁽¹²¹⁾. Une extension de ce genre n'offre aucune difficulté pour les *intentiones* en « *quidquid dare facere oportere* », puisque les obligations civiles de ce genre sont susceptibles de novation ⁽¹²²⁾. Plus délicate paraît une extension de l'exégèse des *veteres* aux formules délictuelles civiles comme celle du vol : « *si parat ... furtum factum esse, quamobrem pro fure damnum decidere oportet* », d'autant plus qu'on ignore si les obligations délictuelles peuvent faire l'objet d'une novation ⁽¹²³⁾. Toutefois Gaius 4, 107 ne laisse place à aucune restriction quand il parle de l'extinction *ipso iure* de toute action dotée d'une *intentio iuris civilis* dans un procès *in personam*. En droit classique, le *damnum decidere oportet* de l'*intentio* est désormais éloigné de ses origines archaïques (entente sur une composition) et a vu son sens se décolorer au point de ne plus faire songer qu'à une simple dette, si bien qu'il n'y a pas d'obstacle à le soumettre au mécanisme novatoire de la *litis contestatio* ⁽¹²⁴⁾.

Là s'arrêtent les possibilités d'expansion du procédé exégétique qui tend à découvrir un jeu novatoire entre l'*intentio* et la *condemnatio* des formules. La réussite de ce genre d'entreprise exige qu'on puisse discerner une obligation dans l'une comme dans l'autre pour se rapprocher du schéma habituel de la novation. Ce n'est pas le cas lorsque l'*intentio* est *in factum* ou quand l'action est *in rem*. Gaius 4, 107 marque avec soin ces limites de l'extinction *ipso iure* dans l'action et rappelle que dans ces cas

(121) KASER, *ZP*, p. 228, n. 33 décrit sur d'autres bases une semblable évolution.

(122) Pap. D. 46,2,27; KASER, *RPR* I, p. 647, n. 7.

(123) KASER, *RPR* I, p. 614; p. 649, n. 22.

(124) BEHREND, *Zwölftafelprozess*, p. 66 remarque toutefois que Gaius traite de la *litis contestatio* (3, 180-181) dans une section réservée aux contrats.

pour faire obstacle à son renouvellement il faut recourir à une exception.

Il est vraisemblable que les lois sur la procédure formulaire, la loi *Aebutia* et la loi *Iulia iudiciorum privatorum*, aient joué un rôle dans l'histoire de l'effet extinctif de la *litis contestatio* (125). La science contemporaine tend à admettre à l'aide l'indices convaincants que la loi *Aebutia* a eu une portée limitée et s'est bornée à légaliser l'emploi de la formule pour les *condictiones*. S'il en est bien ainsi, le *dictum* des *veteres* pour assurer l'extinction *ipso iure* de l'obligation déduite en justice ne peut concerner que des formules de *condictio* (126), puisque jusqu'à la loi *Iulia* elles seules dans la nouvelle procédure reposent sur une instance légitime (*iudicium legitimum*), condition indispensable pour l'automatisme de l'extinction sans recours à une exception (Gaius 3, 180; 4, 107). Or le *dictum* des *veteres* (3, 180-181) a trait à des *intentiones* en *dare oportere*. A n'en pas douter ce *dare oportere* est dans l'esprit des *veteres* exclusivement celui des *condictiones*, qui seules de leur temps peuvent donner lieu à une instance légitime en procédure formulaire. Dans le régime de la loi *Aebutia*, sont réunies pour les formules de *condictio* les trois conditions (procès à Rome, entre romains, tranché par un *iudex unus*), lesquelles dans le régime de la loi *Iulia* sont requises pour tout *iudicium legitimum* au sens de cette loi, quelle que soit d'autre part la formule.

La légalisation de toute instance par la loi *Iulia*, quand ces trois conditions sont satisfaites, sans égard au type de la formule, a permis de généraliser dans la mesure du possible la méthode d'exégèse des formules par les *veteres*. Tant que les *condictiones* furent avant cette loi seules susceptibles d'une instance formulaire légitime, le *dictum* des *veteres* ne pouvait s'appliquer uniquement qu'à elles. Dès qu'à partir de la loi *Iulia* la légitimité de l'instance put être assurée, quelle que fût la formule, alors la méthode exégétique des *veteres* fut en mesure de s'appliquer à toute formule civile capable de laisser discerner

(125) KASER, *ZP*, p. 228, n. 33.

(126) C'est ce que confirme Cic. *de orat.* I, 168 à propos de l'action *incerta ex stipulatu*; voir KASER, *Studi Albertario* I, p. 35.

un mécanisme novatoire entre l'*intentio* et la *condemnatio*. On arriva à la conclusion que cette quasi-novation fonctionnait dans toute formule civile *in personam*, si par surcroît le *iudicium* était *legitimum*. Les formules *in factum* et *in rem* restèrent à la porte.

En procédure formulaire, le renouvellement de l'action *de eadem re* est rendu impossible soit par l'effet extinctif *ipso iure* de la *litis contestatio*, soit, dans tous les cas où il n'intervient pas, par le jeu de l'exception *rei iudicatae vel in iudicium deductae* (Gaius 3, 181; 4, 106-107). Ces deux obstacles au renouvellement de l'action sont propres à la procédure formulaire. Partout où l'exception est superflue, c'est un mécanisme interne de la formule qui éteint l'obligation civile incluse dans l'*intentio*, en lui substituant par un procédé novatoire automatique l'obligation de payer que les *veteres* ont réputé résider dans la *condemnatio*. En somme, c'est toujours la formule, soit par cette sorte de novation inscrite dans son propre texte, soit par l'adjonction d'une exception, qui fait obstacle à une nouvelle action *de eadem re*.

Il s'ensuit que dans les actions de la loi le non-renouvellement de l'action obéit à un régime totalement différent, puisque cette procédure ignore aussi bien les exceptions que la formule. Pour les actions *in personam*, rien dans les *verba* de la *legis actio* n'est de nature à faire jouer un mécanisme novatoire, semblable à celui qu'assure dans l'agencement de la formule la substitution de la *condemnatio* à l'*intentio*. On perd son temps à rechercher dans les actions de la loi un effet extinctif *ipso iure* dans la *litis contestatio*, qui est propre à la procédure formulaire. Pour faire obstacle au renouvellement de l'action, la *legis actio* avait un régime différent; Gaius marque l'opposition avec fermeté: 4, 108 *Alia causa fuit olim legis actionum. Nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

Les mots *alia causa* sont très forts et marquent une coupure. En *legis actio*, en dehors de toute exception et sans l'aide du *dictum* des *veteres* pour les actions *in personam*, c'est de plein droit que l'action une fois intentée ne peut être renouvelée: *ipso iure*

agi non poterat, sans que cet automatisme ne doive rien à la *litis contestatio* aussi bien pour les actions personnelles que réelles. Tout repose sur l'*agere*, sans que l'on sache au juste à quel instant il expire. « *Actum ne agas* » (Donatus, *comm. Ter. Phorm* 419), cet adage souvent répété⁽¹²⁷⁾ traduit dans la langue littéraire l'interdiction de renouveler l'action. L'instant conclusif de l'*actum est* paraît être dans l'ancienne procédure, plutôt que le prononcé du jugement⁽¹²⁸⁾, le moment où *in iure* le procès est lié selon la même terminologie en vigueur dans la procédure formulaire: Gaius 4, 106 *et si quidam imperio continenti iudicio actum fuerit*; 4, 107 *si vero legitimo iudicio in personam actum sit* ... Gaius s'exprime dans les mêmes termes à propos de la *legis actio*: 4, 108 *nam qua de re actum semel erat*⁽¹²⁹⁾. Mais d'une procédure à l'autre, la liaison du procès interdit le renouvellement de l'action selon des principes totalement différents.

En procédure formulaire, la participation des témoins ne joue qu'un rôle accessoire⁽¹³⁰⁾, qui ponctue un instant de la procédure. C'est par voie d'exception toutes les fois où n'intervient pas le mécanisme novatoire de l'*intentio iuris civilis in personam*, que le renouvellement de l'action est empêché. Dans un cas comme dans l'autre, l'obstacle émane d'une pièce propre à la procédure formulaire: l'exception *rei iudicatae vel in iudicium deductae* ou la rédaction d'un certain type de formule. En *legis actio*, le non-renouvellement de l'action tient à un motif d'ordre formaliste,

(127) Plaut. *Rud.* 19, 683; *Cist.* 703; *Pseud.* 260; *Ter. Phorm.* 406; *Cic. Att.* 5, 15, 1; *Lael.* 85; *Liv.* 28, 40, 3. Voir SCHMIDLIN, *Tijd. v.Rechtsgesch.* 1970, p. 378. Sur la formulation rhétorique « *bis de eadem re agere non licet* », voir LIEBS, *ZSS* 1967, p. 104-132; cf. BISCARDI, *Lezioni*, p. 408; voir aussi BEKKER, *Akt.* I, p. 335. Sur la règle du renouvellement de l'action dans la loi *repetundarum* épigraphique, voir H.D. MEYER, *ZSS* 1978, p. 138-157.

(128) Donat. *Ter. Phorm.* 419 *acta res de qua sententia prolata est*; ce témoignage tardif n'est pas probant pour la procédure archaïque; voir toutefois PUGLIESE, *Giudicato Civile*, p. 729 (dans *Encicl. del Diritto* t. 18, 1968); du même, *Processo civile* I, p. 396.

(129) JAHR, *Litis Contestatio*, p. 72; 124; 137; KASER, *ZSS* 1967, p. 8-9; 25.

(130) WLASSAK, *L.K.*, p. 80-81.

comme cela a été souvent remarqué⁽¹³¹⁾: on ne peut *agere* à nouveau, parce que cela supposerait la répétition des *verba* rituels qui sont prononcés une fois pour toutes.

On est mal informé pour savoir s'il existe dans les actions de la loi une étroite relation, comme en procédure formulaire, entre *factum est* et la participation des témoins. La *litis contestatio* de l'ancien droit est fort mal connue: Wlassak⁽¹³²⁾ a sans doute raison de rattacher à la procédure formulaire le texte de Festus 50 L sur l'appel lancé par les plaideurs: *testes estote*, ce que confirme dans ce texte la mention *ordinato iudicio* qui a trait à la rédaction de la formule selon un sens d'*ordinare* confirmé par la lexicographie la plus récente⁽¹³³⁾. D'autre part, Gaius au livre IV dans son exposé sur la procédure archaïque ne dit rien de la *litis contestatio*. On discute pour savoir si elle se situe après les *verba* des plaideurs ou au moment de la nomination du juge; on a pu en outre depuis Wlassak se demander si, dans les cas où les parties reviennent *in iure* au bout de 30 jours en vertu de la loi *Pinaria* ou dans le cas de la *condictio*, la *litis contestatio* n'est pas dédoublée. En *legis actio*, il vaut mieux s'abstenir de se prononcer sur la place d'un appel aux témoins, d'ailleurs très faiblement attesté. Et le même doute plane sur le moment précis de *factum est*. Il n'y a pas à établir de relation scientifique entre deux moments de la procédure, quand on ignore la place exacte aussi bien de l'un que de l'autre. Mais s'ils ont peut-être coïncidé, il n'y a pas lieu de prêter à la *litis contestatio* l'efficacité qui

(131) KASER, ZSS 1967, p. 21; BONIFACIO, *Studi Volterra* IV, p. 410; BISCARDI, *Lezioni*, p. 117. A cela ne fait pas obstacle qu'en religion on répète un sacrifice jusqu'au succès de la *litatio* ou qu'on répète souvent un rite vicié (WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, 1912, p. 418). La problématique est alors tout autre. Contra, LIEBS, ZSS 1969, p. 170; 181.

(132) WLASSAK, *L.K.*, p. 69 suiv.

(133) Voir le mot *ordinare* dans: *Oxford Lat. Dict.*, fasc. V (1976); *Thes. Ll.*, vol. IX, 2, fasc. VI (1978). — Autre chose est l'*ordinatio litis* comme procédure préparatoire: LENEL, *EP*, p. 142; 384 suiv.; KASER, *ZP*, p. 217, n. 10; cf. J.G. WOLF, *Litis contestatio*, 1968, p. 27 suiv. On a tort de confondre l'*ordinato iudicio* de Festus avec ce type de procédure; cf. SELB, *Festschrift für Flume*, 1978, I, p. 204.

appartient à *l'actum est*: la participation des témoins ne peut être qu'un phénomène d'accompagnement, dénué d'efficacité propre.

III

Afin de poursuivre l'enquête sur l'arbitrage dans la procédure civile archaïque, les actions de la loi offrent avec l'expression *damnum decidere oportere* un incomparable instrument d'exploration, à quoi correspond dans les XII Tables l'impératif *damnum decidito* (8, 16; 12, 3) ⁽¹³⁴⁾ à propos du vol et de la *vindicta falsa*. Dans ces clauses chaque mot (*damnum* ⁽¹³⁵⁾, *decidere*, *oportere*) devra être pesé avec soin pour retrouver dans leur combinaison, devenue incolore à l'âge classique, le principe de la conciliation (*decidere*) des plaideurs à l'époque de leur rédaction. Dans la loi décenvirale comme dans la procédure, *damnum decidere* se rapporte à *l'arbitrium liti aestimandae* qui évalue le montant de la composition.

Il ne fut pas indispensable d'avoir découvert l'étymologie de *damnum* pour identifier son sens dans les XII Tables et les actions qui en découlent; Mommsen ⁽¹³⁶⁾ avait vu juste pour le sens en se trompant sur l'étymologie. Il avait parfaitement compris que le *damnum* pour le vol et la *vindicta falsa* est la composition pécuniaire. Mais aujourd'hui une étymologie scientifique a l'avantage de confirmer une interprétation exacte, rattachée d'abord à une étymologie fausse. Les linguistes ⁽¹³⁷⁾ sont mainte-

(134) Le verset 8, 16 est reconstitué avec certitude: sur la critique de HITZIG, ZSS 23, 1902, p. 324 suiv. voir LIEBS, ZSS 1968, p. 181, n. 31.

(135) Sur *damnum*, on possède à présent le très savant mémoire de LIEBS, ZSS 1968, p. 173-252, exhaustif sur bien des points; mais je regrette de ne pouvoir adhérer à sa démonstration et ses conclusions.

(136) *Strafrecht*, p. 12 suiv. Voir aussi DAUBE, *Studi Solazzi*, 1948, p. 93 suiv.

(137) Voir l'état du problème chez LIEBS, p. 175 suiv., où on trouvera une bibliographie complète. Récemment il y a lieu de signaler: BENVENISTE, *Vocabulaire des Institutions Indo-européennes*, 1969, I, p. 75-77; II, p. 226-229; FRISK, *Griech. etym. Wörterbuch I* (1960), p. 348 v. δάπτω; CHANTRAINE, *Dict. étym. de la langue grecque I* (1968), p. 252 v. δάπτω;

nant d'accord pour retrouver dans *damnum*, parent de *daps*, sacrifice, banquet, la même racine que dans grec *δαπάνη*, dépense, prodigalité (*δάπτω*, dévorer; cf. v.isl. *tafn*, animal de sacrifice). Entre ces formes, le suffixe commun en *-n* est le critère formel d'une parenté qui se manifeste dans le sens: comme *δαπάνη damnum* chez Plaute est aussi la dépense, non à titre de survivance isolée comme le laisserait supposer telle citation parcimonieuse, mais assez largement sur toute une gamme d'emplois (*Bac.* 376; 1032; *Merc.* 699; *Pseud.* 440). Exemples: *Asin.* 182 *neque ille scit quid det, quid damni faciat* (et lui-même ne sait ce qu'il donne, ce qu'il dépense - trad. Ernout); *Truc.* 950 *stultus atque insanus damnis certant* (le sot et le fou se disputent à qui se ruinera le mieux - trad. Ernout).

De même *damnosus* ⁽¹³⁸⁾, dépensier, est attesté chez Plaute (*Curc.* 472), où cependant le mot figure déjà dans le sens plus récent de: qui cause du tort, dommageable, ruineux.

De dépense à composition pécuniaire, la relation est directe ⁽¹³⁹⁾. Et ce sens de *damnum*, bien connu des lexicographes ⁽¹⁴⁰⁾ est en dehors des XII Tables lui-même attesté dans divers textes où il survit de façon aussi rare qu'indubitable: Cic. *de orat.* 1, 194 *vitia autem hominum atque fraudes damnis, ignominis, vinclis, verberibus, exsiliis, morte multantur*; *off.* 3, 5, 23 *hoc enim spectant leges, hoc volunt: incolumem esse civium coniunctionem, quam qui dirimunt, eos morte, exsiliis, vinclis, damno coercent*. Chez Plaute *damnum* dans le sens de composition apparaît sous forme comique dans *Casina* 722: *duplici damno dominos multant*, où par contraste avec les XII Tables (*duplicione damnum decidito*) c'est le propriétaire qui subit la peine du double frappant le

DEVOTO, *Origini indeuropee*, 1962, p. 327. La consultation des *Glossaria Latina* est instructive: *Abavus* II (1926), *Belles Lettres*, p. 53, *D.-patitur: multatur*; *Philoxenus* II, p. 164 *damnum: ζημία*.

(138) LIERS, p. 200-201; BENVENISTE, II, p. 228.

(139) BENVENISTE, I, p. 77; II, p. 228; WALDE-HOFMANN, I, p. 322; voir les remarques de LIERS, p. 187.

(140) *Oxford Latin Dictionary* II, p. 484, v. *damnum*; *Thes. LL.*, v. *damnum* II C (vol. V, 27); voir aussi SANTORO, *Ann. Sem. Giurid. Palermo* 30, 1967, p. 70. Ce sens de *damnum* a été parfois dévalorisé à tort (ainsi par HEINZE, *Vom Geist des Römertums*, p. 35, n. 18; LIERS, p. 189).

voleur⁽¹⁴¹⁾. Si dans la langue du droit, on part de « dommage, perte », comme sens premier de *damnum*, et qu'on tienne « composition » comme un sens dérivé, alors dans le renversement de l'évolution on se trouve acculé à admettre que *damnum* comme composition est la perte, le dommage subi par le délinquant, et il ne faut pas s'étonner que par un excès de logique sur des bases fausses on en soit arrivé à une aussi étrange solution⁽¹⁴²⁾.

Pour savoir si *damnum* dans l'ancien droit a commencé par signifier composition ou dommage, les XII Tables ne laissent pas le choix : à côté de *duplione damnum decidito*, correctement interprété par Plaute comme visant la composition au double de la valeur de la chose volée, cette loi ignore *damnum* en tant que dommage ou perte. Dans ce code, le dommage (ou perte) est défini par d'autres termes⁽¹⁴³⁾ tels que *noxia*, pour laquelle les décevirs avaient une prédilection particulière, *pauperies*, *rupititia*. *Noxia* si fréquent dans le code décemviral tend plus tard à s'effacer, et en droit classique poursuit une carrière discrète⁽¹⁴⁴⁾, notamment en rappel de cette loi (D. 9,1,1 pr.; D. 9,4,2,1; D. 50,16,238,3) ou en fonction de la noxalité (D. 9,4,4 pr.; D. 9,4,20). *Noxia* a mal résisté à la concurrence de *damnum* qui avec la loi *Aquilina* fait sa première apparition connue dans le sens de dommage (ou perte?) en style législatif⁽¹⁴⁵⁾. Pour se convaincre, comme tout dans ce dossier y invite, que *damnum* dans les XII Tables n'avait que le sens de composition pour acquérir celui de dommage ou perte dans la législation postérieure, il n'est pas inutile d'avoir une vue d'ensemble des définitions données soit par des juristes, soit par des antiquaires, des différents

(141) Sur ce texte, DAUBE, *Studi Solazzi*, p. 97.

(142) Voir LIEBS, p. 185, note; 186. Sur le *damnum* entendu comme perte subie par le délinquant, voir la discussion du problème chez HÄGERSTRÖM, I, p. 481.

(143) HÄGERSTRÖM, I, p. 478 suiv.; BETTI, *Antitesi*, p. 19.

(144) LISOWSKI, RE sup. VII, 596 suiv.

(145) DAUBE, p. 97-98. On discute pour savoir si dans le chapitre 3 de la loi *Aquilina*: « *si quis alteri damnum fawit* », *damnum* désigne le dommage subi par la chose ou la perte encourue par le propriétaire; voir LIEBS, p. 197. Gaius 3, 216 parle aussi de *damnum* à propos du chapitre 2.

mots qui dans ce code désignaient tel ou tel dommage: *damnum* sert d'unique synonyme aux interprètes de la loi qui ramènent la diversité de la terminologie décenvirale à ce seul mot qui n'a acquis ce sens général qu'après ce code.

Fest. 180, 25 L *noxia, ut Ser. Sulpicius Ru<fus ait, damnum significat in XII>* (Paul 181 *noxia apud antiquos damnum significabat...*).

Fest. 430, 20 L *Sarcito in XII* (8, 9) *Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato.*

Fest. 320, 24 L *Rupitias ... XII* (8, 2) *significat damnum dederit.*

Paul. Fest. 246, 10 *Pauperies damnum dicitur, quod quadrupes facit.*

Paul Sent. 2, 31, 7 *Servus, qui furtum fecerit damnumve dederit...* (en paraphrase de XII Tables 12, 2 a *si servus furtum faxit noxiamve noxit*; cf. la clause bien connue des ventes d'esclaves: *furtis noxisque solutus*, Varro *r.r.* 2, 10, 5).

Chacun de ces textes pris individuellement fait naître le soupçon que les décenvirs ne parlaient pas de *damnum* dans le sens de dommage, mais employaient dans ce but tel autre mot. Par deux fois Servius Sulpicius rend par *damnum* dans la langue de son temps des termes archaïques du code décenviral, et laisse entendre que en cette matière le vocabulaire a changé. On recueille la même impression dans les Sentences de Paul quand elles substituent ce mot à *noxia* dans la paraphrase d'un verset de la loi. Pris ensemble, tous ces textes ont en commun de traduire systématiquement tel ou tel vieux mot des XII Tables par *damnum* en vocabulaire moderne. L'automatisme de cette mutation généralisée marque clairement le passage d'un registre verbal ancien à un autre plus récent; *damnum* comme dommage est toujours absent des XII Tables et toujours présent chez les commentateurs de cette loi, qui utilisent un vocabulaire en rupture avec le vieux code.

Dans celui-ci, *damnum* est seulement la composition en attendant de devenir plus tard le dommage dans la loi Aquilia. Mais dans les XII Tables *damnum* est en concurrence avec *poena*

pour désigner la peine pécuniaire privée. La juxtaposition de ces deux termes dans le même code ne paraît pas un effet du hasard: comme on l'a souvent remarqué ⁽¹⁴⁶⁾, la *poena*, terme emprunté au grec, se rapporte aux tarifs fixes des atteintes à la personne, alors que *damnum* ⁽¹⁴⁷⁾, calculé à un multiple de la valeur litigieuse, a trait aux délits de caractère patrimonial (vol, *vindictia falsa*). Le montant de la *poena* est fixé par la loi, alors que le *damnum* repose sur l'estimation par un arbitre de la valeur du bien, portée ensuite à un multiple, le double dans les cas connus. Le mot *poena*, avant de connaître la fortune que l'on sait, commença par n'avoir qu'une médiocre diffusion dans la langue courante; il est rare chez Plaute ⁽¹⁴⁸⁾. Cet emprunt au grec paraît avoir eu pour mission de qualifier techniquement quelque chose d'inconnu à Rome avant les XII Tables: une peine pécuniaire privée établie par la loi, quand celle-ci prévoit un taux fixe. Au contraire *damnum* appartient à un vieux fond du vocabulaire latin pour désigner une composition dont le montant variable est débattu par les parties (*damnum decidere*), en attendant que la loi introduise ou confirme une certaine uniformité en imposant tel multiple.

Le sens de *decidere*, transiger, est bien établi dans la langue juridique ⁽¹⁴⁹⁾. En droit classique, *damnum decidere* s'entend aussi bien de la composition volontaire que de la composition légale. Lorsque en matière de vol les parties préfèrent s'entendre, selon une faculté qui leur est ouverte depuis le plus ancien droit, plutôt que de s'en remettre à un juge, *damnum decidere* à propos de cet accord se dit aussi bien du voleur (D. 4,4,9,2) ⁽¹⁵⁰⁾ que du

(146) MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 12-13; 1013-1014; LIEBS, p. 185, note 43; 187; 198; HÄGERSTRÖM, I, p. 481; DAUBE, p. 96-97.

(147) *Damnum* dans le sens de composition a plus tard rejoint l'atteinte à la personne (Gell. 20, 1, 32) ou la peine archaïque du meurtre involontaire: Serv. *Georg.* 3, 387 *arietis damno*.

(148) HEINZE, *Vom Geist des Römertums*, p. 32.

(149) VIR s.v. § B. Sur *damnum decidere*, MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 13, 1; 751, 4; BETTI, *Litis aestimatio* I, p. 17, note; 19 suiv.; DAUBE, p. 96 suiv.; KASER, *RPR* I, p. 148; SANTORO, p. 70. — LIEBS, p. 188; 192-193, se sépare de la doctrine commune pour aboutir à la traduction à notre avis inacceptable: « *den Entzug aus der Welt schaffen* ».

(150) Sur ce texte, HUVELIN, *Furtum*, p. 75.

volé (D. 47,2,46,5) ⁽¹⁵¹⁾. Et l'intérêt de la transaction est pour le voleur de s'en tirer avec une pénalité plus faible que celle que prévoit la loi ⁽¹⁵²⁾.

Si l'affaire est portée en justice, en droit classique la formule de l'action *furti nec manifesti* contient la clause: *quamobrem N. Nm. pro fure damnum decidere oportet* (Gaius 4, 37; Lenel *EP* p. 328) ⁽¹⁵³⁾, laquelle se rapporte au voleur: obligation lui est faite de composer. On sait que cette clause est en procédure formulaire un héritage de la *legis actio* moyennant le passage à la troisième personne. Dans l'ancien droit la composition fut imposée par la loi. Ainsi la langue classique a conservé côte à côte les deux emplois de *damnum decidere*, selon que la composition est volontaire ou légale. Pour ce qui est du second cas, dans les mots *duplione damnum decidito* des XII Tables a été pétrifié le moment historique où l'accord (*decidere*) sur le montant de la composition (*damnum*) a été rendu obligatoire en justice par les décemvirs à côté de l'éventualité de l'entente amiable, non sans ôter à *decidere* en cas de procès un mobile libre, si bien que plus tard dans ces mots en style classique on n'entend plus dans la formule de l'action *furti* que l'obligation de payer la peine privée ⁽¹⁵⁴⁾.

Dans les lignes qui précèdent, il a été admis que pour les atteintes à la personne les XII Tables ont introduit le mot *poena*, tiré du grec, pour désigner des tarifs fixes de composition, jusque là inexistantes en l'absence de loi pour les instituer. Pour le vol, l'expression *damnum decidere*, définissant l'accord des parties sur le montant de l'amende privée, a permis grâce à son emploi à l'impératif dans les XII Tables de saisir le moment où on est passé de la composition volontaire (restant d'ailleurs toujours possible) à la composition légale, même si avant la loi le mécanisme procédural était déjà conçu pour accroître les chances de réussite de ce qui n'était encore qu'une faculté. Qu'on ne

(151) Sur ce texte LIEBS, p. 193; 182-183.

(152) KELLY, *Roman Litigation*, 1966, p. 138 suiv.

(153) Sur cette clause dans la *cautio pro praede litis vindiciarum*, LENEL, *EP*, p. 524.

(154) KASER, *RPR* I, p. 610.

dise pas que ce que fait la loi, la coutume a pu le faire avant elle et que les décevirs n'ont fait qu'enregistrer des solutions déjà acquises. Il n'y a aucune raison de prêter aux usages qui ont pu régner en matière délictuelle avant les XII Tables la même valeur impérative que cette loi a pu conférer à ses prescriptions. De tels usages n'ont pu être que facultatifs avant la rigidité de la loi qui seule pouvait imposer des tarifs fixes pour les atteintes à la personne et prévoir des multiples précis de la valeur litigieuse pour les délits portant sur les biens. D'où de simples usages auraient-ils tiré la force nécessaire pour s'appliquer avec la même rigueur que la loi? Ils sont difficiles à identifier pour l'*iniuria* et les délits assimilés, pour lesquels il est permis d'imaginer une plus large extension du talion que dans le code décevirial. Mais pour le vol non manifeste, l'expression *damnum decidere oportere*, qui survit comme une relique du passé dans la procédure formulaire (Gaius 4, 37; 4, 45), est une incomparable machine à remonter le temps. Dans le droit des XII Tables, elle a signifié que la composition, que les parties ont la faculté de calculer à l'amiable (D. 2,14,17,1), à défaut d'accord leur est imposée judiciairement au multiple imposé par la loi. La loi définit une composition obligatoire, auparavant la composition avait cependant un régime plus complexe qu'une simple faculté laissée au choix des parties.

Rien n'autorise à penser que l'expression *damnum decidere oportet* ne soit pas comme la plupart des formules des actions de la loi plus ancienne que les décevirs, et ce sentiment est confirmé par la haute antiquité de la transaction (*decidere*) en matière délictuelle. Cette clause d'abord orale survit sous forme écrite en procédure formulaire à l'état pur sans la mention du multiple, laquelle figure seulement dans la *condemnatio* (Gaius 4, 37) ⁽¹⁵⁵⁾. Il n'est pas assuré que dans les actions de la loi l'indication du multiple ait figuré dans les *certa verba* du procès, comme on le suppose souvent mais avec prudence ⁽¹⁵⁶⁾ : *te pro fure*

(155) LENEL, *EP*, p. 328; HITZIG, *ZSS* 23, 1902, p. 325 suiv.; DE VISSCHER, *Études*, p. 293 suiv.

(156) KARLOWA, *Der r.Civilprozess zur Zeit der Legislationen*, p. 115; BROGGINI, *Iudex arbiterve*, p. 152. Voir surtout KASER, *ZP*, p. 65, n. 10.

(*duplione*) *damnum decidere oportet*. Avec ou sans mention du multiple dans le régime décenviral ce qu'expriment les mots *damnum decidere oportet*, c'est l'obligation de composer voulue par la loi, alors que ces mêmes mots avant elle s'en tenaient à une simple faculté. La même clause restée inchangée a vu son sens pivoter sur lui-même, selon que la composition (*decidere*) tenue d'abord pour simplement possible devient ensuite nécessaire. C'est le mot *oportet* qui a fait les frais de cette mutation. Il est naturel de penser que dans cette clause venue de l'ère prédécenvirale, où la composition était encore facultative, *oportet* ait eu son sens premier, qui marque la convenance plutôt que la nécessité, comme le soulignent Ernout et Meillet qui mettent ce mot en contraste avec *opus est*, *necesse est* (Dict. 4^e éd. p. 463) ⁽¹⁵⁷⁾. Une chance, une faculté sont offertes au délinquant de se sauver en payant. *Oportet* signifie alors « il est expédient », « il convient » : ce qui est offert au coupable, c'est le rachat de sa personne. Après les XII Tables *oportet* dans la même formule n'exprime plus une convenance mais une nécessité. La composition n'est plus une faculté, elle est devenue légalement obligatoire.

Avant les XII Tables, le voleur non manifeste après la preuve de son méfait est mis en face d'une alternative : payer une rançon ou subir la vengeance sur sa personne. S'il refuse l'offre de composer, qui lui est présentée comme une simple éventualité, la *manus iniectio* s'abattra sur lui avec sa rigueur archaïque qui n'est pas une simple voie d'exécution des jugements comme dans le régime décenviral mais l'instrument brutal de la vengeance ⁽¹⁵⁸⁾. Le refus de composer de la part du coupable ouvre aussitôt la voie à la vengeance sous forme d'une *manus iniectio* contrôlée par le magistrat, qui prononce l'*addictio*. Avant les XII Tables le délinquant *sui iuris* est placé en face de l'alternative de la rançon ou de la vengeance en des termes qui évoquent le système de la noxalité, lorsque c'est au père ou au maître de faire le choix dont le fils ou l'esclave est l'enjeu. La noxalité a

(157) Voir aussi *Thes. I.L.* IX, 2 fasc. V (1976), 738, v. *oportet*.

(158) Sur cet aspect archaïque de la *manus iniectio*, voir BETTI, *Struttura dell'obbligazione romana*, 1955, p. 133.

conservé après les XII Tables le mécanisme alternatif qui avant elle était aussi celui du vol non manifeste par un *sui iuris* et sans doute celui de quelques autres délits.

L'offre de composition est formulée par le volé, une fois le vol constaté au terme de la procédure de *sacramentum in personam*. Alors le volé armé de la preuve du délit pourrait être tenté d'exercer la même vengeance que si le vol avait été manifeste. Les historiens du droit archaïque ont eu raison de spéculer sur cette tentation qui n'a certainement pas manqué d'être ressentie ⁽¹⁵⁹⁾. Et ils ont raison de penser qu'à Rome l'obstacle le plus simple qui peut être opposé à une vengeance estimée excessive, est le refus de l'*addictio* auquel se heurtera la *manus iniectio* du volé ⁽¹⁶⁰⁾. Alors le volé n'a pas d'autres moyens de tirer la procédure du point mort où elle est tombée ou à l'instant de tomber, qu'en faisant lui-même au voleur l'offre de composer, soit à l'amiable, soit par voie d'arbitrage. Le volé ira demander un ou plusieurs arbitres au magistrat, exactement comme il le fait dans le régime décemviral de la *vindictia falsa* (XII Tables 12, 3) à propos des fruits indûment perçus par le possesseur intérimaire du procès réel.

Quand on se trouve aux origines mêmes de la justice criminelle, on sait par le droit comparé que c'est le coupable qui pour échapper à la vengeance sans merci cherche une entente auprès du groupe qu'il a offensé. Mais à la veille des XII Tables, à Rome, pour le vol non manifeste la situation est tout autre: on a dépassé depuis longtemps le degré initial de l'évolution; la cité s'est emparée elle-même de l'affaire, elle a grâce au *sacramentum in personam* fait obtenir la preuve du vol, laquelle place le voleur non manifeste dans une situation comparable à celle de la flagrance. Mais le magistrat refuse au volé l'*addictio* du coupable. Alors, contrairement à ce qui se passe dans les civilisations très primitives, c'est la victime du délit qui fait au coupable l'offre de composer. Après le *sacramentum in personam* qui a prouvé le vol, les parties, si un accord amiable a échoué ou n'a

(159) BROGGINI, p. 63; 108.

(160) KOSCHAKER, ZSS 1916, p. 357; KASER, RPR I, p. 148.

pas été tenté, reviennent devant le magistrat et le volé après avoir rappelé la preuve du vol déclare: *damnum decidere oportet*, par quoi grâce au mot *oportet* (« il convient », « il est expédient ») il ouvre au délinquant la faculté de composer par l'intermédiaire d'un arbitre. Si le voleur refuse contre son intérêt cet *arbitrium liti aestimandae*, la *manus iniectio* sanctionnera ce refus sous forme non de voie d'exécution, mais de vengeance.

La cité n'a pas éliminé définitivement la vengeance, elle a mis des embûches sur sa route. Avant les XII Tables, la composition pour le vol non manifeste n'est pas encore obligatoire, mais le volé, à qui la vengeance est refusée après la preuve du vol, n'a pas d'autre issue que d'offrir au voleur de composer grâce aux bons offices d'un arbitre nommé par le magistrat. Dans la bouche du volé les mots *damnum decidere oportet* n'expriment pas encore à la veille des XII Tables une nécessité juridique, mais font savoir qu'il est « expédient » pour chacune des parties de s'entendre à travers un arbitrage: le volé doit le demander s'il ne veut pas perdre tout recours au pénal, et le voleur a intérêt à l'accepter, s'il ne veut pas déclencher une vengeance immédiate. Entre *oportet* dans le sens de « il est expédient » et celui de « il faut », avant et après les XII Tables, on pourrait penser que la nuance est mince; avant et après cette loi l'arbitrage aura lieu, mais ceux qui sont sensibles aux finesses du droit romain ne manqueront pas de voir qu'il s'agit, en réalité, de deux systèmes juridiques différents, selon que le volé fait d'abord la simple offre de composition arbitrale, peu susceptible il est vrai d'être refusée, ou intente une action proprement dite poursuivant une composition devenue obligatoire aux termes de la loi.

La situation qui vient d'être décrite à propos du vol, n'est sûrement pas unique dans le très ancien droit romain; il y a lieu de penser que d'autres délits non flagrants étaient traités de façon analogue. Il est intéressant de relever après les XII Tables un cas exceptionnel où c'est encore la victime du délit qui fait une offre de composition facultative. Lorsque la loi écrit: 8, 2 *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*, le déroulement de la phrase correspond à celui du délit et de sa sanction: d'abord le délit, *membrum ruptum*, ensuite la tentative

de pacte, enfin le talion. Par la phrase incidente *ni cum eo pacit*, il faut entendre que l'offenseur a refusé le pacte que lui offrait la victime désignée par *cum eo*. Dans le verset, le pacte n'est pas une simple éventualité qui aurait pu fort bien être laissée de côté. La loi impose la tentative de pacte que l'offensé doit faire auprès de l'offenseur avant de pouvoir passer au talion. Le talion n'intervient que si l'offenseur a refusé un pacte, dont le prix lui paraissait trop élevé. On n'a pas pris garde que c'est de la sorte que le mécanisme du pacte est décrit chez Aulu-Gelle, inspiré par Africain. Par deux fois cet auteur met comme condition à l'exercice du talion que le délinquant ait refusé la composition volontaire: 20, 1, 34 *eius qui membrum alteri rupisset et pacisci tamen de talione redimenda nollet*; 20, 1, 38 *reus, qui depecisci noluerat*. Pour que l'offenseur fasse échouer le pacte, encore faut-il évidemment que la victime en ait pris l'initiative. L'échec du pacte est présenté par la loi comme l'indispensable préliminaire du talion. Cet échec est imputé par la loi au mauvais vouloir du délinquant, alors que la victime apparaît sous le jour favorable de l'offensé qui offre et doit offrir, fut-ce à un prix fort élevé, le pardon. Aulu-Gelle a fort bien démonté le raisonnement des décevirs, non exempt de perfidie sous un aspect lénifiant; et il aboutit dans le droit fil du système à la conclusion que si l'offenseur subit le talion c'est parce que il l'a lui-même choisi; il avait auparavant la *facultas paciscendi*, ménagée à son profit par le législateur, il a volontairement laissé passer cette chance que aux termes de la loi son adversaire ne pouvait manquer de lui permettre de courir; en fin de compte le talion est l'effet direct de son refus: 20, 1, 36 *praesertim cum habeas facultatem paciscendi et non necesse sit pati talionem, nisi eam tu elegeris*.

Si c'est exceptionnellement que dans le droit des XII Tables à propos du talion survit un cas où l'offre de composition émane de l'offensé, il n'y a pas lieu de douter qu'avant cette loi cette attitude de la victime du délit n'ait été assez fréquente. A ce stade du droit romain, à la veille d'une vaste codification, on est loin du temps où l'hostilité des groupes familiaux conduisait, par crainte de représailles redoutables, l'auteur d'un meurtre ou délit grave à implorer lui-même de la famille du mort ou de la victime un pardon qu'il fallait payer très cher. Depuis longtemps la

cité a imposé des freins à l'exercice de la vengeance spontanée. Quand le délit n'est pas flagrant, il faut avant tout en faire la preuve en justice. Une fois cette preuve faite, le magistrat refusera d'entériner aussitôt après par *addictio* une *manus iniectio* sur la personne du coupable. Le cours de la vengeance est de nouveau arrêté. La vengeance n'est possible qu'avec l'accord de la cité qui s'abstient de le donner. Alors l'initiative de la composition par un renversement historique remarquable n'appartient plus comme à l'aube du droit au délinquant aux abois cherchant son pardon, mais à la victime du délit qui, une fois celui-ci prouvé, n'a aucun moyen régulier d'exercer son ire: elle n'a plus d'autre issue que de convertir sa colère en argent sous la forme d'une composition qu'elle sollicite elle-même du délinquant. C'est à ce degré de l'histoire de la répression, à la veille des XII Tables, que la prétention du volé: *damnum decidere oportet* substitue à la vengeance une composition à titre de « convenance » ou « commodité » selon le sens archa ique d'*oportet*. Le rejet de la vengeance par la cité avait conduit le débat à une impasse dont il ne pouvait sortir que par cette initiative du volé. Avant les XII Tables il n'est pas encore obligatoire mais il est expédient de composer, parce que pour le volé la voie de la vengeance est fermée provisoirement et parce que contre le voleur la vengeance reprend ses droits s'il ne collabore pas à l'arbitrage. Une dialectique graduée oppose le délinquant et la victime sous le contrôle du magistrat; et à chaque phase est en cause soit la suspension soit le libre cours de la vengeance. Au terme de cette confrontation la victime ne pourra assouvir sa vengeance que si elle a d'abord proposé sans succès d'y renoncer au prix d'une composition.

S'il y a une part de vérité dans les remarques qui pr c dent, c'est sur le mot *oportet* que s'articule le problème des origines de l'obligation civile. Par ce mot on a commencé par désigner une simple convenance qui permet au coupable de certains délits de racheter sa personne pour échapper à la vengeance de la victime, en attendant que les XII Tables ne transforment en de nombreux cas cette convenance ou faculté en règle in flectable. S'il en est ainsi, le concept d'obligation a, malgré sa brillante destinée, une origine modeste et rudimentaire. La loi a établi en matière d lic-

tuelle tantôt des tarifs fixes, tantôt un régime de multiplication de la valeur litigieuse. Il est permis de penser qu'avant les décevirs des usages aient pu orienter la pratique dans ce sens, mais ils étaient dépourvus de la force contraignante dont seule la loi peut doter ses dispositions. L'arbitre jouissait sans doute d'une certaine latitude; et si des modes de calcul ou des tarifications tendaient à être adoptés, ce n'est pas en eux-mêmes mais dans la sentence de l'arbitre qu'ils trouvaient force de droit. De simples usages dans l'évaluation des peines privées devaient être impuissants à assurer aux sentences une uniformité qui devait être plus tard le fruit de la loi. En principe le calcul des amendes privées était l'œuvre de l'arbitre, même si une sorte de coutume avait pu prendre une certaine consistance. A défaut de l'accord amiable des parties, rien ne pouvait se substituer à l'autorité de l'arbitre, si bien qu'en cas de vol d'*acs*, aucune estimation n'étant alors nécessaire, l'intervention d'un arbitre n'était cependant pas superflue pour fixer une composition, dont le calcul reposait sur son autorité officiellement investie et non sur l'usage.

Il ne devrait pas y avoir de doutes sur le moment⁽¹⁶¹⁾ de la procédure où le demandeur prononce la formule: *damnum decidere oportet*. Pour parler de composition, il faut que le délit ait été prouvé. Le *sacramentum in personam* a pour fonction d'établir cette preuve, et dans la sentence « *sacramentum Primi iustum; sacramentum Secundi iniustum* », ce qui est tranché c'est l'existence ou l'inexistence du délit à partir de la déclaration initiale du demandeur: *aio te mihi furtum fecisse paterae aureae*, aussitôt contredite par l'adversaire. Une fois prononcée la sentence de culpabilité, la procédure doit être relancée, parce que à ce point la *manus iniectio* n'est pas encore autorisée contre le délinquant pour le vol non manifeste et les délits obéissant au même régime. Le recommencement de la procédure a lieu *in iure*, quand le volé revenu devant le magistrat et faisant état du vol précédemment établi demande la nomination d'un arbitre en vue du calcul de la composition. Il va de soi que c'est seulement à ce moment que le volé pourra parler utilement de

(161) Voir les justes remarques de HUVELIN, *Mél. Gérardin*, p. 336.

damnum decidere oportere. Par ces mots, il faut entendre avant les XII Tables la faculté, après cette loi l'obligation de composer, mais en dépit de cette variation de sens leur place dans l'ensemble de la procédure reste la même. Faculté ou obligation de composer, il ne peut être question de l'une ou de l'autre que dans la procédure complémentaire *in iure* de l'*arbitrium liti aestimandae*: alors seulement, après la preuve du délit résultant du *sacramentum in personam*, le problème de la composition peut être posé. Tant que cette preuve n'a pas été fournie, on ne peut parler d'un arbitre chargé de calculer une composition qui, facultative ou obligatoire, doit d'abord voir reconnaître sa raison d'être. C'est seulement après les XII Tables dans le cas de vol d'*aes* que le juge du *sacramentum*, après avoir enregistré la preuve du délit, prononce une sentence au double en vertu de la loi, l'intervention d'un arbitre étant inutile en l'absence d'estimation à faire.

Contrairement à ce qui vient d'être dit, on a coutume de penser que dans le droit des XII Tables l'action pour vol non manifeste commençait par ces mots: *aio te mihi furtum fecisse paterae aureae, quamobrem te pro fure (duplione?) decidere oportet* ⁽¹⁶²⁾. Pour les raisons précédemment exposées, dans l'ancien droit l'accouplement de ces deux formules, la première sur l'existence du vol, la deuxième sur l'obligation de composer, est radicalement impossible tant que le *iudex* du *sacramentum in personam* n'a eu pour fonction que de constater le délit, alors que l'*arbiter* du procès complémentaire calculait le montant d'une condamnation, dont il était lui-même l'auteur. Toutefois, alors qu'au cours de la République les fonctions de *iudex* et *arbiter* tendent à fusionner, il n'est pas impossible qu'à la faveur de ce processus l'action de vol non manifeste ait vu les rôles du juge et de l'arbitre se confondre sur la même tête, si bien que la formule double imaginée par certains savants au début de cette action ait pu correspondre à ce nouvel état du droit. Alors le juge a absorbé la fonction de l'arbitre, dans une procédure simplifiée, et le demandeur réclame d'emblée simultanément la preuve du vol et le châtimement du voleur.

(162) KARLOWA, *Civilprozess*, p. 115; BROGGINI, p. 152; KASER, *AJ*, p. 200.

L'action de vol n'est sans doute pas un cas isolé. Les fonctions différentes du juge et de l'arbitre ont dû imposer à d'autres hypothèses le dédoublement de la procédure, qui confie au juge d'abord le soin de constater le délit, ensuite à l'arbitre celui de prononcer une amende privée. Mais ce que l'action de vol est seule à enseigner grâce à une documentation privilégiée, c'est que l'action délictuelle tendant à obtenir une telle peine est née d'une simple offre de composition, présentée à titre de faculté par la victime du délit au délinquant, à un moment de l'histoire du droit romain où il n'y avait pas d'autre moyen de faire progresser une procédure bloquée par le refus du magistrat de collaborer à la vengeance privée.

Faut-il compter sur une origine totalement différente de la condamnation pécuniaire dans les actions réipersécutoires? La prudence ordonne de ne pas raisonner sur le cas du legs *per damnationem*, dont l'existence n'est même pas assurée à l'époque des XII Tables⁽¹⁶³⁾. Le contrat *verbis* offre un terrain plus sûr. Il n'y a pas lieu de penser qu'avant les décemvirs il était directement sanctionné par une *manus iniectio*⁽¹⁶⁴⁾: la participation de témoins n'étant pas exigée à peine de nullité à la conclusion de l'acte, on ne voit pas comment on aurait pu se dispenser de la preuve en justice aussi bien du contrat que de son inexécution. A s'en tenir à Gaius, deux actions de la loi sont mises au service de la promesse *verbis*: la *iudicis arbitrive postulatio* (4, 17a) et le *sacramentum in personam* (4, 95). Comme la remarque en a été faite plus haut, ce qu'il y a de remarquable dans l'enseignement du nouveau Gaius, c'est que le sort du *sponsus* ou *sponsio* est confié à un juré qui est *iudex sive arbiter* (*iudex arbiterve*), autrement dit exerce à la fois les deux fonctions de *iudex* et *arbiter* dans la procédure qui tire son nom de ce cumul. Il apparaît clairement que l'addition de ces deux titres sur la tête du même homme est une simplification de la procédure plus complexe qui les distribue séparément au juré du *sacramentum in personam* et à l'*arbiter* chargé ensuite de la *litis aestimatio*. Au lieu du lourd mécanisme d'une procédure principale confiée

(163) WLASSAK, ZSS 31, 1910, p. 202; KASER, RPR I, p. 111.

(164) Cf. HORAK, ZSS 1976, p. 267 suiv.

à un *iudex* et d'une procédure complémentaire relevant d'un *arbiter*, pour faciliter le crédit le contrat *verbis* fait naître plus simplement une *iudicis arbitrive postulatio* attribuant au même juré les fonctions de ces deux personnages, sans que cependant cette réussite technique n'entraîne pour ce contrat à l'avenir l'exclusion définitive du *sacramentum*, qui reste en réserve. A ce point de l'enquête, il apparaît qu'il fut un temps où le contrat *verbis* n'était guère autrement traité qu'un délit: le *sacramentum in personam* servait à vérifier sa conclusion ainsi que son inexécution, ensuite l'*arbitrium liti aestimandae* passait à une condamnation pécuniaire, pour laquelle on est en droit de se demander si elle était pénale ou répersécutoire. Plutôt pénale. Pendant un certain délai l'exécution en nature (*ipsa res*) reste possible. A l'expiration de ces *dies iusti* qui suspendent toute voie d'exécution, le seul moyen d'échapper à la *manus iniectio* est de verser un montant d'*aes* qui rachète la personne du promettant infidèle. On n'a aucune peine à comprendre que le créancier ait préféré une composition pécuniaire à une peine sacrale (*sacer esto*) n'emportant aucun profit, une fois violée la foi jurée. Avant les XII Tables, dans l'action *ex stipulatu* le mot *oportere* a sans doute commencé par avoir le même sens (« il est expédient ») que dans l'action *furti* prédécevirale, en offrant de la même manière au défendeur une faculté d'échapper à un sort cruel. Dans un cas comme dans l'autre, le défendeur sauve sa personne, mais dans l'action de vol tout est laïc, alors que pour le contrat *verbis* le rôle de la composition est d'effacer une faute religieuse. S'il en est bien ainsi, la sanction du contrat *verbis* s'est laïcisée avant le contrat lui-même qui conserve le terme sacramentel *spondeo*, appelé ensuite à se laïciser à son tour. On ne peut rien dire du montant de la composition, ni supposer qu'elle portait sur un multiple de la valeur de la promesse. Elle a pu progressivement se réduire au simple, tout en gardant un caractère pénal, comme dans les hypothèses fréquentes où les XII Tables ne donnent comme suite à un délit que l'obligation de *noxiam sarcire* ⁽¹⁶⁵⁾. Même lorsque la promesse portait sur un montant d'*aes*, on n'échappait pas, sauf accord des parties, à la nécessité d'un

(165) KASER, *RPR* I, p. 162; *AJ*, p. 219.

arbitrium pour fixer la composition : le calcul de celle-ci n'avait pas d'autre fondement que l'autorité de l'arbitre investi par le magistrat, sans qu'aucun usage n'ait pu avant les XII Tables acquérir en ce domaine force de droit.

Dans cette loi, l'action *ex stipulatu* est au simple et sans doute déjà réipersécutoire. *Oportere* n'exprime plus une offre de composition mais un devoir juridique né d'un contrat, non de la violation de la foi jurée. L'action sanctionne désormais le contrat, non le délit religieux que représentait son inexécution. Mais dans ce nouveau régime du contrat *verbis*, subsiste dans le double titre *iudex arbiterve* un souvenir du régime archaïque qui laissait d'abord à un *iudex* le soin de vérifier que la promesse avait été violée pour confier ensuite à un *arbiter* le calcul de la composition. Autre résidu du passé : c'est parce qu'il s'est agi d'abord d'une composition, que le contrat *verbis*, quel que soit son objet, a continué après les XII Tables à déboucher sur une condamnation pécuniaire.

Il n'y a pas lieu de penser qu'en procédure civile *damnare* ait commencé par avoir un sens réipersécutoire contre le promettant *verbis* et un sens pénal contre l'auteur d'un délit. Une telle distinction est le produit d'un droit déjà relativement évolué. Dans le droit des XII Tables, le juré (*iudex arbiterve*) qui a à connaître du contrat *verbis*, est *iudex* pour établir son existence par l'acte de *iudicare*, qui laisse possible pendant 30 jours l'exécution en nature (*ipsa res*) ; ce même juré est aussi *arbiter* pour estimer en *aes* la prestation par l'acte de *damnare*. Et cette estimation qui vaut indemnité peut encore être versée le 31^e jour après la sentence. Pendant 30 jours la fourniture de *ipsa res* est possible en vertu du contrat lui-même, dont l'acte de *iudicare* ne fait que reconnaître la validité : cet aspect de la sentence n'est que déclaratif. La condamnation pécuniaire a commencé par être une composition rachetant le promettant infidèle avant de tomber au rang de simple équivalent en *aes*. La relation des actes de *iudicare* et *damnare* est la même pour le contrat *verbis* que pour un délit : c'est parce que le *iudex* du vol non manifeste ne fait que constater le délit par l'acte purement déclaratif de *iudicare*, que l'*arbiter* prononce ensuite la condamnation au

double de la valeur de la chose volée. Le couple *iudex-arbiter* et le binôme correspondant *iudicare-damnare* appartiennent à un schéma procédural qui fait d'abord constater un délit ou l'inexécution d'une promesse solennelle pour prononcer ensuite le montant de la composition. Ce schéma est le même pour le contrat *verbis* et les délits, parce que le manquement à la parole donnée commença par être tenu pour un délit pouvant donner lieu au rachat du coupable. L'unité du système ne fut altérée que lorsque pour l'obligation *verborum* le principe d'indemnité remplaça celui de composition.

Dans le droit des XII Tables, dans l'expression *iudicatus sive damnatus* de la *manus iniectio* on n'a aucune peine à reconnaître un personnage qui a d'abord été jugé (*iudicatus*) soit pour un délit soit comme débiteur *verbis*, et aussitôt après frappé de condamnation pécuniaire (*damnatus*) à titre de peine ou de simple réparation. Cette bivalence de *damnare* n'est pas archaïque. Peu importe que ce verbe ait eu ou non un sens préjuridique, dont on cherche vainement les traces et qui serait « contraindre à dépenser »⁽¹⁶⁶⁾ ou « *einen Verlust beibringen* »⁽¹⁶⁷⁾. Dans la langue du droit *damnare*, avant de s'étendre en droit criminel

(166) BENVENISTE, II, p. 228.

(167) LIEBS p. 214, Sur les traces éventuelles d'un sens préjuridique de *damnare*, voir l'analyse détaillée de LIEBS, p. 201-216. Cet auteur rappelle justement, p. 215, l'opinion de LÖFSTEDT (*Verm. Studien*, 1936, p. 96) pour qui l'explication *damno adficere* (Non. 4241) est tardive et étymologisante. Pour LIEBS essentiellement trois textes conserveraient le sens archaïque préjuridique de *damnare*: *einen Verlust beibringen*. Mais Plaute *Trin.* 829 *pauperibus te parcere solitum, divites damnare atque domare* présente simplement Neptune comme justicier qui manie les naufrages soit pour épargner soit pour punir, on ne peut priver le texte de son ton moralisateur (voir trad. ERNOUT; HÄGERSTRÖM, I, 480). Dans les vers de Lucilius 423-424 *hunc Tullius Quintus iudex heredem fecit, et damnati alii omnes*: il n'est pas étonnant d'appeler *iudex* le testateur, puisqu'il est courant que le testament soit traité de *iudicium* (*Thes. Ll.* VII, 2 fasc. IV, v. *iudicium* 610, 51-75). Les *damnati* sont ceux qui ne bénéficient pas de dispositions à cause de mort: Nonius 424 L explique le mot par *exheredatur*. Chez Accius *trag.* 153 *maior erit luctus cum me damnatum audiet*, le plus simple est de rapporter *damnatum* au *iudicium armorum* qui a donné le titre à la pièce (Nonius *ibid.* explique par *morti datum*). En somme le sens préjuridique de *damnum* reste une hypothèse.

aux peines corporelles ⁽¹⁶⁸⁾, appartient très tôt et d'abord exclusivement à la procédure civile, où il désigne une condamnation pécuniaire qui a toujours la même valeur de composition qu'on trouve dans le substantif *damnum* au début de sa carrière juridique. *Damnare* et *damnum*, ces deux mots de la langue du droit, issus du sens plus général de dépense, ont pour objet très précis la rançon du coupable. Et il ne saurait être question de donner en droit au verbe à l'origine un autre sens qu'au substantif. Aussi bien le *iudicatus sive damnatus* de la *manus iniectio*, avant de se présenter dans le droit des XII Tables sous le double visage du pénal et du répersécutoire, a commencé par être avant cette loi quelqu'un qui se rachète par une composition soit d'un délit proprement dit soit d'un manquement à la foi jurée.

Conclusion

A la lumière de la philologie, les origines de la justice civile apparaissent plus complexes que ne le laisse percevoir le seul raisonnement juridique. Il ne s'agit pas de choisir entre une origine arbitrale à la manière de Wlassak ou une juridiction officielle en une seule phase allant jusqu'au jugement, avant que la bipartition du procès ne vienne alléger la tâche du magistrat. Le maître du procès a délégué très tôt son autorité au profit d'un *iudex* qui se prononce aussi bien sur la propriété d'un bien que sur l'existence d'un délit ou l'inexécution d'une promesse. Mais là s'arrête sa tâche, il constate, il ne condamne pas. Sur ce premier procès, en matière *in personam* du moins, se greffe avant toute intervention du législateur une seconde procédure, elle entièrement arbitrale, qui a d'abord tendu à titre facultatif à faire dans certains cas obtenir une composition à la victime du délit ou au créancier de la promesse. Si l'arbitrage échoue, la vengeance reprend ses droits. Elle avait été provisoirement suspendue après la sentence du *iudex* par le refus du magistrat d'entériner par *addictio* la *manus iniectio*. L'arbitrage était alors la seule voie possible et c'est la victime du délit ou le stipulant

(168) LIEBS, p. 224-225.

qui était amené à solliciter de l'adversaire une composition. Et telle est l'origine de la condamnation pécuniaire.

Plus tard, l'obligation civile a été, dans une procédure renouvelée par la loi, le nouvel aspect de ce qui avait commencé par n'être qu'une faculté. En matière délictuelle, elle tend, comme autrefois l'arbitrage volontaire, au rachat du coupable. Pour la *verborum obligatio*, disparaît l'idée de composition pour manquement à la foi jurée au profit d'une simple indemnité de type répersécutoire. Le passage de l'arbitrage facultatif à l'obligation civile mise en mouvement dans les actions de la loi correspond aux deux sens du mot *oportet*: « il convient » et « il faut ».

Si ce schéma historique est exact, l'arbitrage joue un rôle considérable dans les origines de la justice civile, mais non celui qu'on avait commencé par croire. L'arbitrage n'est pas primordial, il vient à un certain moment de l'évolution se greffer, si les parties sont d'accord, sur la sentence du *iudex* qui établit le délit du coupable, et son but est à ce point d'offrir un substitut à la vengeance.