

La *captiva adultera*.  
Problèmes  
concernant l'*accusatio adulterii*  
en droit romain classique (\*)

par HANS ANKUM  
(Amsterdam)

§ 1. Durant l'année 18 avant J.-C. Auguste fit passer la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, contenant entre autre le devoir d'être mariés pour tous les citoyens romains ayant un âge prescrit par la loi (1). Ce devoir fut sanctionné par la norme que les *caelibes* appartenant à cette catégorie de personnes qui devaient être mariées étaient totalement incapables d'acquérir des successions testamentaires et des legs (2). Quelques mois plus tard (3), Auguste promulgua la *lex Iulia de adulteriis coercendis* par laquelle il défendit et menaça de peines tous les rapports sexuels en dehors du mariage entre personnes de sexe diffé-

(\*) Texte élaboré et fort amplifié d'une conférence faite le 18 septembre 1984 à Athènes pendant la 38<sup>e</sup> session de la *Société Internationale « Fernand De Visscher » pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité* dans le cadre du thème central de la session: « Éros et le Droit dans l'Antiquité ».

(1) Cfr M. KASER, *Das Römische Privatrecht* (ci-après *RP*), I<sup>2</sup>, München 1971, pp. 319-320.

(2) Cfr KASER, *RP*, I<sup>2</sup>, p. 724. Il y avait pourtant des exceptions pour les *cognati* en ligne directe, vraisemblablement jusqu'au sixième degré.

(3) Voir Cassius Dio, *Ῥωμαϊκὴ ἱστορία*, livre 54, 16, 3-6. Cfr G. RORONDI, *Leges publicae populi Romani*, réimpr. Hildesheim 1962, p. 445. RABRESA, cité *infra* à la note 20, pp. 296-297, donne comme date probable de la loi *Iulia de adulteriis* l'année 17 avant J.-C., malgré qu'il soit d'avis que la loi sur l'adultère est du point de vue logique antérieure à la loi sur le mariage.

rent<sup>(4)</sup>. Dans ce travail nous voulons étudier la position juridique de la *captiva adultera* dont Ulpien s'occupe au D.48.5.14 (13).7. Les §§ 4 et 5 y sont consacrés. Avant de nous dédier à la prisonnière de guerre mariée qui a eu pendant sa captivité des rapports sexuels avec un tiers, nous donnerons une esquisse des traits essentiels du crime d'*adulterium* (§ 1) et nous traiterons plus en détail de la réglementation juridique de l'*accusatio adulterii* (§ 2) et des normes spéciales concernant l'*accusatio adulterii iure mariti vel patris* et *iure extranei* qui donnent une position favorable à l'*accusator* (§ 3).

A la suite de la *lex Iulia de ad(ulteriis) coerc(endis)*<sup>(5)</sup> qui eut une tendance moralisatrice<sup>(6)</sup>, deux actes: *stuprum* et *adul-*

(4) *Le stuprum cum masculo* ne tombait pas sous la loi *Iulia de adult. coerc.* Le texte Inst. 4.18.4 qui dit le contraire est de la main des compilateurs; cfr note 10. Le crime de *stuprum* avec un homme libre était réglé par une loi *Sca(n)tinia de nefanda Venere*, probablement de 149 avant notre ère, qui menaçait le *stuprator* d'une peine pécuniaire. *Pauli Sentent.* II.26.12 et 13 (= *Collatio Mosaicarum et Romanarum legum* [citée ci-après comme *Coll.*], V.2. 1 et 2) parle de la peine capitale. Voir sur ce crime Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (cité *infra* seulement par le nom de l'auteur), Leipzig 1899 (réimpr. Graz 1955), pp. 713-714; ROTONDI, *Leges publicae* (note 3), p. 293; et I. PFAFF, *Stuprum*, dans *RE* 4 A 1, Stuttgart 1931, col. 423.

(5) Les détails de l'état du droit avant la *lex Iulia de adulteriis* sont peu clairs. Les organes de l'état ne se sont occupés de d'une manière incidente des rapports sexuels hors mariage. La femme et son amant, pourvu qu'ils soient surpris dans la maison de son père ou de son mari, étaient punis dans le cadre du *iudicium domesticum* par le *paterfamilias* de la femme coupable ou par son mari ayant la *manus* sur elle. Ces derniers avaient même le droit de tuer la femme adultère et son complice, quand ils les avaient surpris dans leur maison en flagrant délit; cfr Aulugelle, X, 23 5. Vu qu'au premier siècle avant J.-C. la plupart des mariages étaient des *matrimonia sine manu* et que les liens familiaux devenaient moins forts, la répression domestique était considérée comme insuffisante à cette époque. Voir sur le droit antérieur à la *lex Iulia* ESMEIN, cité *infra* à la note 20, pp. 73-86; W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München 1962, pp. 121-123; et G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, dans *ANRW*, II, 14, Berlin-New York 1982, pp. 731-732, note 17.

(6) Voir sur le contenu de la *lex Iulia de adult. coerc.* récemment RADITSY, cité à la note 20, pp. 310-319.

*terium* (dont nous donnerons des définitions *infra*, pp. 157-158) sont devenus des *crimina publica*, et une *quaestio perpetua*, la *quaestio de adulteriis*, a été instituée pour les juger. Ce jury a existé vraisemblablement jusqu'au règne d'Alexandre-Sévère (?). Avant la disparition de la *quaestio de adulteriis* ces deux crimes étaient aussi poursuivis (surtout dans les provinces) dans la *cognitio extraordinaria*. Après la suppression de la *quaestio*, les organes de la *cognitio* (Empereur, gouverneurs de province, *praefectus praetorio*, *praefectus urbi*) sont devenus les seuls juges compétents.

Les peines infligées par la *lex Iulia* sont d'ordre patrimonial. La loi menaçait les coupables d'*adulterium* de la confiscation d'une partie de leurs biens : pour l'*adulter* de la moitié de son patrimoine, pour l'*adultera* du tiers de ses biens et de la moitié de sa dot. Dans les *Pauli Sententiae*, II.26.14 (rédigées au début du IV<sup>e</sup> siècle après J.-C.) on trouve aussi, comme peine cumulée avec ces peines patrimoniales, la *relegatio in insulam* temporaire<sup>(8)</sup> ou à perpétuité. Il n'est pas certain<sup>(9)</sup> que cette peine était déjà incluse dans la *lex Iulia de adult. coerc.*<sup>(10)</sup>. Nous

(7) Voir sur la persistance de la *quaestio de adulteriis* W. KUNKEL, *Quaestio*, dans *RE* 24, Stuttgart 1963, col. 770 = W. KUNKEL, *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar 1974, p. 92 ; R.A. BAUMAN, *Some remarks on the structure and survival of the Quaestio de adulteriis*, dans *Antichthon* 2 (1968), pp. 68-93 ; G. PUGLIESE, *Linee generali* (note 5), p. 745. Différemment P. GARNSEY, *Adultery trials and the survival of the « quaestiones » in the Severan age*, dans *JRS* 57 (1967), pp. 56-60, qui affirme que la *quaestio de adulteriis* était déjà disparue dans la période des Sévères.

(8) On peut déduire du fait que selon la loi *Iulia de adulteriis* celui qui se mariait avec une femme qui avait été condamnée pour adultère pouvait être condamné pour *lenocinium*, que la *relegatio* pouvait avoir un caractère temporaire ; cfr E. SEHLING, *Das Strafsystem der 'lex Iulia de adulteriis'*, *SZ* 4 (1883), p. 162. Une autre conclusion possible de cette norme de la *lex Iulia* est que cette loi ne connaissait pas encore la peine de la *relegatio*.

(9) Voir sur ce problème SEHLING, *SZ* 4 (1883), cité à la note précédente, pp. 162-163, et BAUMAN, *Antichthon* 2 (1968), cité à la note 5, pp. 79-80 et note 95.

(10) Aux Institutes de Justinien 4.18.4 nous lisons que la loi *Iulia de adult. coerc.* a menacé les coupables de la peine capitale ; ce § est pourtant

savons par une lettre de Pline le Jeune de 107<sup>(11)</sup> que Trajan condamna deux personnes coupables d'*adulterium* à la *relegatio*. Il est possible que Domitien ait introduit la peine de mort pour des esclaves coupables de ce crime<sup>(12)</sup>. Constantin a été le premier à menacer la femme adultère et son complice de la peine de mort dans une constitution de 326<sup>(13)</sup>. La *lex Iulia de adult. coerc.* a contenu une autre sanction: celui qui avait été condamné pour *adulterium* n'avait plus le droit d'être témoin; à la suite de cette prescription l'*adultera* et l'*adulter* condamnés ne pouvaient plus être témoin *in iudicio*, et le dernier ne pouvait pas non plus être témoin lors de la confection d'un testament<sup>(14)</sup>. Auguste a voulu empêcher que les femmes adultères se remariaient. La *lex Iulia de adult. coerc.* décréta que celui qui se mariait consciemment avec une femme qui avait été condamnée pour adultère<sup>(15)</sup> devait être puni pour avoir commis le crime de *lenocinium*<sup>(16)</sup>. La *lex Iulia de maritalibus ordinibus* ordonna que la femme qui avait été *deprehensa in adulterio* par quelqu'un n'avait pas le droit de se remarier<sup>(17)</sup>. Son nouvel époux et elle étaient considérés par cette loi comme des *caelibes*. Dans le droit classique tardif le mariage avec une femme convaincue d'adultère était nul<sup>(18)</sup>.

totalément de la main des compilateurs des Institutes, qui veulent donner l'impression que la réglementation de leur époque remonte à la loi *Iulia*; cfr C. FERRINI, *Opere*, II, Milano 1929, pp. 417-418.

(11) Pline le Jeune, *Epistulae*, VI,31,5.

(12) Cfr R.A. BAUMAN, *The 'Leges iudiciorum publicorum' and their interpretation in the Republic, Principate and Later Empire*, dans *ANRW*, II, 13, Berlin-New York 1980, p. 142 note 226 et RADTSA, cité à la note 20, p. 311.

(13) C.9.9.29(30).4: *Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet.*

(14) Voir Pap. D.22.5.14, Paul D.22.5.18 et Ulp. D.28.1.20.6.

(15) Ulpien D.48.5.30(29).1 a interprété la loi dans un sens large: selon ce juriste celui qui s'était marié sciemment avec une femme qui avait été condamnée pour *stuprum* devait être puni également.

(16) Cfr Ulp. D.48.5.30(29).1, Alexandre-Sévère C.9.9.9 de 224, et Valérien, Gallien et Valérien C.9.9.17.1 de 257. La *lex Iulia de adult. coerc.* avait aussi prescrit que celui qui s'était marié avec une femme qui fut condamnée pour adultère ultérieurement n'avait pas le droit de *huiusmodi uxorem retinere*; cfr Pap. D.48.5.12(11).13.

(17) Voir Ulp., *Epit.* 13.2 et 16.2 et Ulp. D.23.2.43.10,12 et 13.

(18) Cfr Pap. D.34.9.13.

Comme Papinien l'écrit au D.48.5.6.1, la *lex Iulia de adult. coerc.* a employé *promiscue* les mots *adulterium* et *stuprum* pour indiquer le commerce sexuel non seulement par et avec une femme mariée, mais aussi par et avec une femme non mariée. Les juristes classiques ont fait pourtant, toujours quand les différences des effets juridiques le demandent, une distinction très nette entre *adulterium* et *stuprum* (19). Ils parlent d'*adulterium* (20) *stricto sensu* pour indiquer l'acte de commerce sexuel défendu commis *dolo malo* (21) par une femme mariée libre (22) de condition honorable (une *matrona*) (23) avec un homme libre ou esclave (24), marié ou pas marié, ou par un tel homme avec une

(19) Cfr Pap. D.48.5.6.1, Ulp. D.48.5.14(13).2, et Modest. D.48.5.35(34).pr. et 1 et D.50.16.10.1.

(20) Voir sur le *crimen adulterii* en droit romain: J. CHAILLEY, *L'adultère à Rome avant et sous la loi Julia*, thèse Paris, Auxerre 1882; A. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome*, dans A. ESMEIN, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, Paris 1886 (cité ci-après par le nom de l'auteur seulement), pp. 71-169; L. FLORENTIN, *De l'adultère*, Droit romain, thèse Nancy 1890, pp. 1-67; L.M. HARTMANN, *Adulterium*, dans *RE*, I, 1, Stuttgart 1894, col. 432-435; MOMMSEN (note 4), pp. 688-699; O. WELSCH, *Die Bestrafung des Ehebruchs nach römischem, canonischem und älterem deutschen Recht*, thèse Heidelberg 1908, pp. 8-17; S.K. DE WAARD, *De huwelijktroww in het Romeinse recht*, dans *Themis* 86 (1925), pp. 446-454; C. CORSANEGO, *La repressione romana dell'adulterio*, Roma 1936, pp. 15-40; L. CHIAZZESE, *Adulterio (diritto romano)*, dans *NNDI*, I, Torino 1957, pp. 322-323; M. ANDRÉEV, *Divorce et adultère dans le droit romain classique*, *RHD* 1957, pp. 24-32; G. BRANCA, *Adulterio (diritto romano)*, dans *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, pp. 620-621; Th. MAYER-MALY, *Adulterium*, dans *Der kleine Pauly*, I, Stuttgart 1964, réimpr. München 1979, col. 79-80; G. PUGLIESE, dans V. ARANGIO-RUIZ, A. GUARINO, G. PUGLIESE, *Il diritto romano* (Guide allo studio della civiltà romana, VI, 1), Roma 1980, pp. 295-297; et L. Ferrero RADITSA, *Augustus' Legislation Concerning Marriage, Procreation, Love Affairs and Adultery*, *ANRW*, II, 13, Berlin-New York 1980 (cité ci-après par le nom de l'auteur seulement), pp. 278-339, spéc. 310-319.

(21) Cfr Ulp. D.48.5.13(12).

(22) Cfr Pap. D.48.5.6.pr. et Diocl. et Maxim. C.9.9.24(25) de 291.

(23) N'étaient pas considérées comme telles, entre autres les prostituées, les *lenae*, les actrices, les femmes condamnées dans un *iudicium publicum*, et les serveuses de bar; cfr *Pauli Sentent.* II.26.11 et Diocl. et Maxim. C.9.9.22 de 290, C.9.9.24(25) de 291 et Constantin C.9.9.28(29) de 326.

(24) Cfr Ulp. D.48.2.5 et D.48.5.28(27).16 et Marcien D.48.5.34(33).pr.

telle femme <sup>(25)</sup>. On peut traduire *adulterium* par adultère, pourvu qu'on se rende compte que ces deux notions ne sont pas identiques. En droit romain le commerce sexuel entre un homme marié et une femme non mariée n'est pas un *adulterium*, tandis que les systèmes juridiques modernes y voient un cas d'adultère, et le commerce sexuel entre un homme marié et une femme mariée est seulement considéré comme *adulterium*, parce qu'il est question de manque de fidélité conjugale de la femme ; le manque de fidélité de l'homme envers son épouse n'a pas de relevance juridique. *Stuprum stricto sensu* est, dans la terminologie des juristes classiques, tout acte de commerce sexuel défendu commis *dolo malo* <sup>(26)</sup> en dehors du mariage et qui ne peut être qualifié comme *adulterium*. Il s'agit donc des contacts sexuels entre une femme non mariée (une *virgo* ou une *vidua*) qui est de condition honorable (une *matrona*) <sup>(27)</sup>, et un homme libre ou esclave, marié ou pas marié <sup>(28)</sup>. Nous employons dans cette étude les mots *adulterium* et *stuprum* toujours dans ces sens plus précis.

Il est clair que les Romains ont considéré l'*adulterium* comme un crime plus grave que le *stuprum*. Cela s'explique sans doute par le fait que l'adultère d'une femme mariée peut avoir comme conséquence qu'un enfant qui n'a pas été conçu par le mari sera introduit dans une famille. On peut le déduire de la manière dont le mot *adulterium* est expliqué par Papinien D.48.5.6.1 :

(25) Les deux coupables sont appelés *adultera* et *adulter*.

(26) Voir Ulp. D.48.5.13(12) : *Haec verba legis 'ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo' et ad eum, qui suasit, et ad eum, qui stuprum vel adulterium intulit, pertinent.*

(27) Cfr pour les femmes qui ne sont pas considérées comme telles et *in quas stuprum non committitur* (D.25.7.1.1), *supra*, note 23.

(28) Les rapports sexuels entre deux personnes vivant *in concubinato* n'étaient pas punissables quand la concubine appartenait à la catégorie des femmes *in quas stuprum non committitur*. Plusieurs juristes ont reconnu le caractère légitime du concubinage avec une *liberta* ou une femme libre née *obscuro loco* et même, pourvu qu'une *testatio* préalable ait été faite, avec une *mulier ingenua honesta* ; les rapports sexuels entre les concubins n'étaient pas considérés par eux comme des actes de *stuprum*. Cfr Atilicinus-Ulp. D.25.7.1.1, Marcell-Marcien D.25.7.3 et Modest. D.48.5.35.1. Voir sur ce problème ESMEIN, pp. 98-99 et RADTSA, p. 314.

*proprie adulterium in nupta committitur propter partum ex altero conceptum composito nomine.* Bien que les peines des deux crimes soient presque identiques <sup>(29)</sup>, il y avait en droit romain beaucoup de points sur lesquels les normes concernant l'*adulterium* et le *stuprum* sont différentes. A maints égards ceux qui étaient suspects ou coupables d'*adulterium* étaient traités d'une manière plus sévère que ceux qui étaient suspects ou coupables de *stuprum*. Les deux points essentiels, pour lesquels on peut constater une différence formelle entre l'*adulterium* et le *stuprum*, sont le *ius occidendi* et le *ius accusandi*. Le premier, sur lequel nous dirons quelques mots à la fin de ce paragraphe, n'existait que dans quelques cas d'adultère bien précisés par la loi *Iulia de adult. coerc.* <sup>(30)</sup>. En ce qui concerne l'*accusatio*, à la différence de la réglementation en vigueur pour le *stuprum* qui était identique au régime d'accusation ayant force de loi pour tous les crimes publics, pour le *crimen adulterii* un régime spécial et compliqué a été introduit par la loi *Iulia*, dont nous devons traiter en détail aux §§ 2 et 3, avant de pouvoir étudier le problème du caractère du *ius accusandi* exercé au cas d'une *captiva adultera*.

Le père de famille qui surprenait sa fille en flagrant délit d'*adulterium* dans sa propre maison ou dans la maison de son beau-fils avait le droit de tuer immédiatement (*in continenti*) l'*adulter* et sa fille, de sa propre main (*sua manu*) <sup>(31)</sup>. Il avait seulement le droit de les tuer tous les deux. Quand il tuait seulement l'*adulter*, ou seulement l'*adultera* <sup>(32)</sup>, et pas l'autre, il com-

(29) SEHLING, *Das Strafsystem der lex Iulia de adulteriis*, SZ 4 (1883), pp. 160-163.

(30) Nous sommes bien informés sur le *ius occidendi* que la loi *Iulia de adulteriis* a donné dans des cas exceptionnels, sous des conditions précises, en cas de découverte en flagrant délit d'un couple adultère. La loi a fait une distinction nette entre les cas de découverte par le *paterfamilias* et par le mari de la femme infidèle. En exigeant que plusieurs conditions soient remplies, la loi a limité beaucoup le *ius occidendi* que le mari et le père avaient avant 18 avant J.-C.

(31) Cfr Pap. D.48.5.23(22), Paul *Coll.*, IV.12.1 et 2, Ulp. D.48.5.24 et Macer D.48.5.25(24).3.

(32) Il s'agit ici d'une restriction du droit du *paterfamilias* qui a normalement le *ius vitae ac necis* relativement à sa fille. Ici il ne peut exer-

mettait un *homicidium* et pouvait être puni sur la base de la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* (33). La loi *Iulia de adult. coerc.* a exigé que les coupables soient tués tous les deux, pour limiter le nombre des cas où le *ius occidendi* fût exercé: le père qui sait qu'il doit tuer sa propre fille (*sua manu!*), après avoir tué son complice, décidera le plus souvent de s'abstenir de ce droit (34). Le père pouvait tuer l'homme adultère de toute dignité, même si ce dernier était un magistrat (35). La loi a donné le *ius occidendi* seulement à celui qui avait la femme adultère dans sa *potestas* (36), ou qui avait été le *paterfamilias* de celle-ci au moment où elle *in manum convenit* (37). Papinien et Ulpien (38) ont interprété la condition de la loi, selon laquelle celui qui veut tuer la femme adultère doit l'avoir en son pouvoir, dans un sens strict: quand le père est un *filius familias* il n'a selon eux pas le *ius occidendi*. Paul (39) a soutenu l'opinion contraire. Pour la question de savoir si le père d'une femme adultère émancipée peut la tuer, nous trouvons une discussion comparable. Papinien a donné une réponse négative, Marcellus et Paul étaient de

cer ce droit que sous la condition qu'il tue aussi l'*adulter*; cfr Paul *Coll.*, IV.8.1.

(33) Cfr Pap. *Coll.*, IV.9.1, Paul *Coll.*, IV.2.6 et Macer D.48.5.33(32).pr.

(34) Cfr Pap. D.48.5.23(22).4.

(35) Cfr Marcell.-Paul *Coll.*, IV.2.5, Paul *Coll.*, IV.12.1 et Macer D.48.5.25(24).3. Nous verrons ci-dessous, p. 161, que le mari pouvait seulement tuer un *adulter* qui avait une situation juridique inférieure.

(36) Il peut s'agir aussi bien d'un *pater naturalis* que d'un *pater adoptivus*; cfr Pap. D.48.5.23(22).pr. et Paul *Coll.*, IV.12.1. Ulpien D.48.5.24(23).1 a interprété l'exigence de la *patria potestas* ainsi, qu'il suffit que celui qui veut se servir de son *ius occidendi* ait le pouvoir paternel *eo tempore quo occidit*, même s'il ne l'avait pas eu au moment du mariage de sa fille.

(37) Cfr Pap. *Coll.*, IV.7.1. Ce fragment a été pris du *liber singularis de adulteriis* de Papinien. Les auteurs modernes qui se sont occupés de ce travail sont d'avis qu'il a été remanié dans la période postclassique; cfr V. GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione e innovazione*, ANRW, II, 15, Berlin-New-York 1976, pp. 655-658. C'est possible. Les fragments de cette monographie de Papinien que je cite dans cette étude sont certainement classiques quant à leur contenu.

(38) Pap. D.48.5.21(20) et Ulp. D.48.5.22(21).

(39) Paul *Coll.*, IV.12.2.



l'opinion inverse <sup>(40)</sup>.

Quand nous passons maintenant au *ius occidendi* que la loi *Iulia* a donné au mari <sup>(41)</sup> qui a surpris son épouse et l'*adulter* en flagrant délit, nous voulons souligner d'abord qu'il n'a — autrement que dans le droit d'avant 18 avant J.-C. — jamais <sup>(42)</sup> le droit de tuer sa femme <sup>(43)</sup>. S'il trouve les deux adultères dans sa propre maison, il peut tuer l'*adulter*, pourvu que celui-ci soit une personne ayant un statut juridique inférieur. Les juristes mentionnent entre autres comme tels: un esclave, un *libertus* qui avait été affranchi par lui-même, par sa femme ou par leurs parents ou enfants, un acteur, un *leno* ou quelqu'un qui avait été condamné dans un *iudicium publicum* <sup>(44)</sup>. Il doit faire *triduo proximo* une déclaration publique devant le magistrat qui a la *iurisdictio* au lieu où il a tué l'adultère, autrement: *inpune non interficit* <sup>(45)</sup>. Quand il tue son épouse ou quand il tue l'*adulter*, si celui-ci n'appartient pas à la catégorie des personnes pour laquelle la loi a donné le *ius occidendi*, le mari est coupable de *homicidium* et peut être puni en vertu de la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* <sup>(46)</sup>.

D'après la loi *Iulia* le mari — et selon Ulpien aussi le père <sup>(47)</sup> — qui ne veut pas user de son *ius occidendi* peut, sans risquer une peine, retenir *adulterum in uxore sua deprehensum* <sup>(48)</sup>, pen-

(40) Pap. *Coll.*, IV.7.1, Marcell.-Paul *Coll.*, IV.2.4.

(41) Selon la plupart des juristes, il était sans importance que le mari soit *sui iuris* ou un *paterfamilias*; cfr Macer D.48.5.25(24).2.

(42) Quand KASER, *RP*, I<sup>2</sup>, p. 323 écrit: « Der Mann darf die beim Ehebruch ertappte Frau straflos töten », cette phrase est peu heureuse, parce qu'il ressort de ce que l'auteur écrit à la note 14 qu'elle ne décrit pas le droit classique, mais seulement le droit antérieur à la loi *Iulia de adult. coerc.*

(43) Voir en toute clarté: Pap. *Coll.*, IV.10.1: *nulla parte legis marito uxorem occidere conceditur*, et Paul *Coll.*, IV.12.3: *excepta uxore quam prohibetur (occidere)*.

(44) Voir Paul *Coll.*, IV.3.1-6 et *Coll.*, IV.12.3-6, Macer D.48.5.25(24).pr. et D.48.5.33(32).pr., ainsi que Alexandre-Sévère C.9.9.4.pr. (avant 223).

(45) Paul *Coll.*, IV.3.5. Cfr aussi Paul *Coll.*, IV.12.5.

(46) Cfr Pap. *Coll.*, IV.10.1, Paul *Coll.*, IV.3.6 et IV.12.4, Macer D.48.5.33(32).pr. et Alexandre-Sévère C.9.9.4.1 (avant 223).

(47) Ulp. D.48.5.26(25).1.

(48) Cfr Ulp. D.48.5.26(25).pr.

dant une durée de vingt heures au maximum après la découverte, afin de se procurer des témoins par lesquels il pourra prouver plus tard l'adultère commis.

Le *ius occidendi* et ce droit de rétention reviennent, comme le dit Macer au D.48.5.25(24).3, au mari et au père qui ont le droit d'entamer une *accusatio adulterii iure mariti vel patris*. Comme nous verrons au § 3, ce droit d'accusation n'appartient au mari et au père qu'au cas où la femme adultère était liée avec son mari dans un *iustum matrimonium*.

Les droits dont nous venons de parler dans ce paragraphe n'ont jamais été reconnus en cas de *stuprum*. Ainsi, le père qui surprend sa fille commettant un *stuprum* ne peut la tuer impunément.

§ 2. Pour l'*accusatio* du crime de *stuprum* aucune règle spéciale n'a été en vigueur<sup>(49)</sup>; comme pour chaque *crimen publicum*, les personnes suspectes d'avoir commis ce crime peuvent être accusées par *quivis ex populo*, dans un *iudicium publicum* devant la *quaestio de adulteriis*.

Toute différente était la réglementation de l'*accusatio* concernant le *crimen adulterii*. Pour ce crime le législateur a dû trouver un compromis entre le droit antérieur relatif à l'*adulterium*, selon lequel le *paterfamilias* et le mari avaient des droits de sanction exclusifs<sup>(50)</sup>, et le principe des *iudicia publica*, selon lequel chaque citoyen masculin avait le droit d'accuser<sup>(51)</sup>. Il est conforme à ce principe général qui excluait la femme de la qualité d'être *accusator*<sup>(52)</sup>, que la femme mariée n'a jamais été capable d'accuser son mari devant la *quaestio de adulteriis*<sup>(53)</sup>.

(49) Cfr Pap. D.48.5.23(22).1 qui écrit d'une manière explicite que le père d'une *vidua* (une femme non mariée) ayant commis un *stuprum* n'a pas de *ius praecipuum* quant à l'*accusatio*.

(50) Voir *supra*, note 5.

(51) Cfr Ulp. D.23.2.43.10 où il parle d'une personne *condemnata publico iudicio, quo iudicio cuilibet ex populo caperiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas*.

(52) Cfr sur ce principe Pomp. D.48.2.1 et Macer D.48.2.8.

(53) W. WOŁODKIEWICZ, *La prescription de l'action pénale à Rome: à propos de la constitution de Dioclétien de 293 C.J.9.22.12*, dans *RHD* 63

Pomponius écrit au D.48.2.1: *Non est permissum mulieri publico iudicio quemquam reum facere*. Le droit romain a reconnu quelques exceptions<sup>(54)</sup> à cette règle générale, mais jamais pour les crimes d'*adulterium* et de *stuprum*. Les empereurs Septime-Sévère et Caracalla ont écrit en 197 d'une manière explicite dans un rescrit incorporé au C.9.9.1:

*Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato* (55) *queri velint, lex Iulia declarat, quae, cum masculis iure mariti facultatem accusandi detulisset, non idem feminis privilegium detulit.*

Quand une femme mariée commet le crime d'*adulterium*, aucune *accusatio* ne peut être entamée contre elle ou contre son amant ni par son mari, ni par son père, ni par un tiers, si son mari<sup>(56)</sup> n'a pas divorcé d'avec elle<sup>(57)</sup>. C'était sans doute la loi *Iulia de adult.coerc.* qui l'a prescrit ainsi. Il s'agit d'une mesure de protection du mariage, comme Ulpien l'a expliqué au D.48.5.27

(1985), p. 15, note 82 écrit à tort: « La femme avait un délai de cinq ans pour agir contre l'adultère de son mari, mais le mari ou son *pater* avaient seulement un délai de soixante jours pour agir contre celui de la femme... ». A la différence de l'adultère de la femme, l'adultère du mari n'est pas en droit romain un *adulterium* du point de vue de sa femme, et le *stuprum* de son mari n'a jamais donné lieu à une *accusatio* entamée par son épouse. Si le mari a eu des rapports sexuels avec une femme mariée, c'est le mari de celle-ci qui est qualifié pour être l'*accusator* en ce qui concerne ce crime.

(54) Cfr pour ces exceptions Pomponius D.48.2.1 et Pap. D.48.2.2.pr.

(55) La violation de ce mariage n'est pas un *adulterium* dans le sens strict; elle est seulement un *adulterium* quand le mari de Cassia, la femme qui a demandé le rescrit, a eu un commerce sexuel avec une *matrona* mariée.

(56) Selon le droit des Nouvelles de Justinien (Novelle 117, c.8, § 2) le régime est exactement le contraire: le mari doit d'abord engager l'accusation d'adultère et c'est seulement si ce crime a été prouvé qu'il a le droit de divorcer de sa femme, sans subir les peines du divorce téméraire.

(57) Cfr Pap. D.48.5.12(11).10 et Ulp. D.48.5.27(26).pr. ainsi qu'une constitution d'Alexandre-Sévère de 226 au C.9.9.11: *Crimen (= accusatio) adulterii maritum retenta in matrimonio uxore inferre non posse nemini dubium est.*

(26).pr. <sup>(58)</sup>. Si le mari l'a attrapée en flagrant délit d'adultère et qu'il refuse de la répudier, empêchant ainsi la possibilité d'une *accusatio adulterii*, il peut être poursuivi pour *lenocinium* en vertu de la *lex Iulia de adult. coerc.* <sup>(59)</sup>. Ulpien <sup>(60)</sup> a donné une interprétation extensive de cette prescription en écrivant que le mari doit être puni également, quand le mari ne peut excuser son ignorance de l'adultère et quand il dissimule sa tolérance en faisant semblant de ne pas croire à la culpabilité de sa femme.

Une des nombreuses particularités de l'*accusatio adulterii* est qu'une personne <sup>(61)</sup> ne peut jamais accuser à la fois l'*adultera* et l'*adulter* <sup>(62)</sup>. Esmein a vraisemblablement trouvé la raison de cette interdiction d'un procès simultané contre les deux coupables ensemble. Il écrit <sup>(63)</sup>: « Nous verrions là une mesure ayant pour but d'assurer la répression. On craignait peut-être que les efforts réunis des deux principaux coupables ne réussissent à attendrir ou à corrompre les juges... ».

La personne voulant agir comme *accusator adulterii* peut normalement choisir librement si elle veut commencer par la femme ou par son complice <sup>(64)</sup>. Il y a cependant une exception impor-

(58) Il écrit: *probatam enim a marito uxorem et quiescens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare, nisi prius lenocinii maritum accusaverit.*

(59) Cfr Paul *Coll.*, IV.12.7 et Ulp. D.48.5.30(29).1 ainsi que Septime-Sévère et Caracalla dans une constitution de 199 C.9.9.2: *Crimen lenocinii contrahunt, qui deprehensam in adulterio uxorem in matrimonio detinuerunt, non qui suspectam adulteram habuerunt.* Cfr aussi Pline le Jeune, *Epistulae*, VI, 31, 5-6: Trajan ne tolère pas, dans un procès de 107 après J.-C., que la femme adultère Galitta reste chez son mari, bien que celui-ci n'ait pas envie de la répudier.

(60) Ulp. D.48.5.30(29).pr.

(61) Deux personnes différentes voulant tenter à la fois chacune séparément une *accusatio iure extranei* peuvent pourtant *postulare* contre l'*adultera* et l'*adulter*; cfr Ulp. D.48.5.18(17).6.

(62) Cfr Pap. D.48.5.40(39).6, Ulp. D.48.5.16(15).9 et D.48.5.18(17).6, Macer D.48.5.33(32).1 et Alexandre-Sévère C.9.9.8 de 224.

(63) ESMEIN, p. 135.

(64) Cfr Jul. D.48.5.5 et Ulp. D.48.5.16(15).8 et 9. Pour le cas où un mari avait soutenu que sa femme avait commis l'adultère avec un de ses esclaves, Antonin le Pieux a décidé que ce mari devait commencer par accuser sa femme au lieu de soumettre son esclave à la torture *in praesenti*.

tante à ce principe de libre choix, qui a aussi son origine dans l'idée de la protection du mariage. Si la femme suspecte d'adultère s'est remariée après avoir été répudiée par son mari, celui qui veut intenter une *accusatio adulterii* doit d'abord *adulterum peragere*, c'est-à-dire faire condamner l'*adulter*, avant de pouvoir accuser l'*adultera* (65). Si pourtant le procès pénal contre l'homme suspect d'adultère ne mène pas à sa condamnation, la femme divorcée qui a trouvé un nouveau mari ne peut plus jamais être accusée pour un prétendu manque de fidélité concernant son mariage antérieur (66). Les juristes affirment que la *lex Iulia de adulteriis* l'a explicitement ordonné ainsi (67). La loi a pourtant donné au mari qui suspecte sa femme d'adultère un moyen de prévenir l'application de cette réglementation favorable à la femme mariée (68). Il a la possibilité de lui signifier (*denuntiare*), après leur divorce, qu'il va l'accuser d'adultère (*adulterii se acciturum*). Dans ce cas, le ci-devant mari peut commencer l'accusation par elle, même si elle s'est remariée après la *denun-*

*clum eius* (scil. *mulieris*) ; cfr Marci. D.48.5.34(33).pr. Il est question ici d'une mesure exceptionnelle de protection de la femme suspecte d'adultère.

(65) Cfr Jul. D.48.5.5 et Ulp. D.48.5.2.pr. Voir aussi Pap. D.48.5.12(11).11 et D.48.5.40(39).1 et 3, Ulp. D.48.5.18(17).6 et Gordien C.9.9.12(14) de 239. Pour que la femme puisse invoquer la défense en question, il faut qu'elle soit remariée au moment où l'ex-mari accuse l'homme suspect d'avoir commis l'adultère avec elle. Si à ce moment la femme est encore une *vidua* et que le procès pénal contre cet homme s'est terminé par son acquittement, rien n'empêche l'ancien mari d'accuser la femme ; cfr Ulp. D.48.5.20(19).2.

(66) Bien que Dioclétien et Maximien aient aboli presque toutes les *praescriptiones* dans le procès d'adultère, ils ont conservé, en même temps que l'*exceptio quinquennii* dont nous parlerons ci-dessous, p. 169, la *praescriptio* de la femme par laquelle elle se défend en invoquant le fait qu'elle s'est remariée après le divorce et avant qu'une *accusatio adulterii* n'ait été intentée contre elle ou contre son complice ; cfr C.9.9.27 de 295 après J.-C.

(67) Cfr Jul. D.48.5.5 et Ulp. D.48.5.2.pr.

(68) La norme selon laquelle l'*accusatio* ne peut commencer par la femme peut avoir pour conséquence, que même une femme coupable reste impunie, car il y a des cas où il aurait été possible de prouver que la femme a commis un adultère sans que l'identité du complice puisse être établie. Dans ces cas le procès contre un homme suspect mène à son acquittement, et ainsi la femme remariée ne pourra plus être impliquée dans un procès pénal pour adultère.

*tiatio* <sup>(69)</sup>, et quand elle sera condamnée pour l'*adulterium* commis pendant son mariage précédent, son mari actuel n'a pas le droit de la conserver comme épouse <sup>(70)</sup>.

Tandis que le régime commun, selon lequel *quivis ex populo* pouvait être *accusator*, était appliqué au crime de *stuprum*, les normes concernant la légitimation active à l'*accusatio adulterii* étaient bien plus compliquées; elles donnaient une place prioritaire et privilégiée au mari et au père de la femme suspecte d'adultère. La loi *Julia de adult.coerc.* a introduit deux *accusationes* distinctes: l'*accusatio iure mariti vel patris* <sup>(71)</sup> et l'*accusatio iure extranei*. Je tiens à souligner que ces deux types différents d'accusation n'existent que pour le *crimen adulterii*. Volterra <sup>(72)</sup> écrit que l'*accusatio iure extranei* se rapporte non seulement au crime d'*adulterium*, mais aussi au crime de *stuprum*, et beaucoup d'auteurs l'ont suivi dans cette voie <sup>(73)</sup>. Cela n'est pas exact. Par rapport au *stuprum*, les juristes romains n'ont jamais parlé d'*accusatio iure extranei*; ce terme n'a de sens que lorsqu'on peut l'opposer à l'*accusatio iure mariti vel patris*, qui n'existe pas pour le *stuprum*, ce crime pouvant être poursuivi par n'importe quel citoyen romain. Il ne s'agit pas ici seulement d'une faute de terminologie; l'opinion que « l'*accusatio iure extranei* si rivolge tanto contro l'*adulterium* quanto contro lo *stuprum* <sup>(74)</sup> », fait oublier qu'il y avait quelques différences fondamentales entre le régime de l'accusation pour *stuprum* par *quivis ex populo*, et le régime de l'accusation pour *adulterium iure extranei*, que nous examinerons ci-dessous au § 3.

(69) Cfr Pap. D.48.5.40(39).3, et Ulp. D.48.5.17(16) et D.48.5.18(17).

(70) Cfr Pap. D.48.5.12(11).13; voir aussi ci-dessus note 16.

(71) A cette accusation le regretté Edoardo VOLTERRA a consacré une monographie importante, intitulée: *Per la storia dell' 'accusatio adulterii iure mariti vel patris'*, dans *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari* 17 (1928), pp. 1-62.

(72) VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), p. 9 et p. 47.

(73) L'erreur commise par VOLTERRA a été reprise par de nombreux auteurs, entre autres par BANDINI, cité *infra*, à la note 181, DAUBE, *The Accuser under the Law Julia de Adulteriis*, dans *Hellenika* 9 (1956), pp. 15-21, et RADITSA (note 20), p. 313.

(74) VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), p. 9.

La loi *Iulia de adult. coerc.* a donné un droit exclusif pour accuser la femme et l'homme suspects d'avoir commis un *adulterium*, pendant la période de soixante jours qui s'écoule après le divorce, au mari et au *paterfamilias* <sup>(75)</sup> de la femme <sup>(76)</sup>. Le mari avait priorité sur le père <sup>(77)</sup>. Cette période <sup>(78)</sup> est une période non de *dies continui*, mais de *dies utiles* <sup>(79)</sup>, c'est-à-dire de jours pendant lesquels le mari et le père avaient la possibilité de s'adresser au magistrat pour présenter leur *accusatio* <sup>(80)</sup>. Quand l'un de ces deux accusateurs privilégiés a incriminé la femme adultère ou son amant, tant que le procès contre l'un des deux coupables avait lieu, le délai destiné à l'*accusatio* prioritaire du mari et du père ne courait pas; ce n'est qu'après la fin du procès contre l'un des coupables que le délai continuait à courir contre l'autre. Quand le mari ou le père intentait dans ces

(75) La loi a sans doute parlé du *paterfamilias*. Scaevola D.48.5.15(14).2 donne encore le *ius accusandi* privilégié seulement au *pater* concernant sa fille *quam in potestate habet*. Pap. Coll., IV.7.1, qui ne lui reconnaît pas encore le *ius occidendi*, accorde le *ius accusandi* privilégié aussi au père de la fille émancipée. On peut donc constater un développement comparable pour le *ius accusandi* et pour le *ius occidendi*: à la fin de la période classique, le père qui n'avait pas sa fille dans sa *potestas* était assimilé au *paterfamilias*.

(76) Cfr sur ce droit exclusif: Scaevola D.48.5.15(14).2, Pap. D.48.5.12(11).6, Pap.-Paul Coll., IV.4.1, Tryph. D.4.4.37.1, Paul D.48.5.31(30).1, Ulp. D.48.5.4.1 et D.48.5.16(15).pr. et Alex. Sev. C.9.9.6.pr. (223).

(77) Cfr Ulp. D.48.5.2.8 et D.48.5.3. Si le mari et le père se présentent en même temps comme *accusator*, le magistrat présidant la *quaestio* (ou la *quaestio* elle-même) doit donner la préférence au mari; même quand le père a déjà commencé le procès et a déposé le *libellus* contenant l'accusation, le mari aura la préférence. Le juriste indique aussi la raison pour laquelle le mari est préféré au père; c'est parce qu'il faut croire du mari *et propensiore ira et maiore dolore executurum eum accusationem*.

(78) Pendant cette période personne d'autre n'avait le droit d'intenter une *accusatio*; cfr Scaevola D.48.5.15(14).2: *nec ulli alii intra id tempus agendi potestas datur*.

(79) Cfr Pap. D.48.5.12(11).6, Ulp. D.48.5.4.1 et D.48.5.16(15).pr. et Alex. Sev. C.9.9.6.pr. (223).

(80) Puisqu'ils pouvaient présenter leur *accusatio de plano*, même les *dies feriati* étaient comptés comme des *dies utiles*, pourvu que celui qui voulait être *accusator* ait eu la possibilité de contacter le magistrat; cfr Pap. D.48.5.12(11).6.

soixante *dies utiles* l'*accusatio adulterii*, un régime privilégié était en vigueur pendant le *iudicium publicum* en faveur de l'*accusator*. Nous en traiterons *infra* au § 3.

Après le délai de soixante *dies utiles*, le mari<sup>(81)</sup>, le père et tous les autres avaient, pour accuser la femme d'*adulterium iure extranei*, quatre *menses utiles*<sup>(82)</sup>, c'est-à-dire quatre mois composés de jours auxquels celui qui voulait être *accusator* pouvait accomplir les formalités de l'accusation (*accusationis sollemnia implere*)<sup>(83)</sup>. A cet effet, les jours pendant lesquels celui qui voulait accuser une femme d'adultère avait été en prison n'étaient pas pris en considération pour le calcul des quatre mois<sup>(84)</sup>. La femme avait donc une *praescriptio* en vertu de laquelle elle ne pouvait plus être accusée après les six *menses utiles* ayant suivi le divorce<sup>(85)</sup>. Cette *praescriptio* fut abolie par Dioclétien et Maximien en 295<sup>(86)</sup>. En principe, dans le délai de quatre mois, celui qui se présente le premier au magistrat présidant la *quaestio* ou au juge de la *cognitio* sera admis comme *accusator*. Quand deux tiers se présentent en même temps, le magistrat (ou le jury) ou le juge de la *cognitio* décide qui sera *iustus accusator*<sup>(87)</sup>. Quand un tiers a déjà entamé un procès contre une femme devant la *quaestio de adulteriis*, et si le mari

(81) WOŁONKIEWICZ, cité *supra* à la note 53, p. 15, note 82 écrit: « le mari ou son *pater* avaient seulement un délai de 60 jours pour agir contre celui (à savoir l'adultère) de la femme; au-delà les tiers pouvaient agir pendant encore six mois... ». Cette phrase n'est pas exacte: le mari et le père pouvaient — comme les tiers — accuser *iure extranei* la femme encore quatre mois après le délai de deux mois dans lesquels ils avaient pu être *accusator iure mariti vel patris*.

(82) Voir sur la possibilité du mari de se présenter après les soixante jours comme *accusator iure extranei*: Ulp. D.48.5.4.2 et Alex. Sev. C.9.9.6 (223).

(83) Probablement les jours fériés n'étaient-ils pas comptés ici dans les quatre mois, puisqu'il semble que l'autorisation de présenter au magistrat le *libellus accusationis* était réservé à l'*accusator* privilégié des deux premiers mois; cfr Pap. D.48.5.12(11).5 et 6.

(84) Cfr Pap. D.48.5.12(11).5.

(85) Cfr Paul *Coll.*, IV.4.1, Ulp. D.48.5.4.1 et D.48.5.30(29).5, Marci. D.48.16.1.10, et Diocl. et Maxim. C.9.9.21 (290).

(86) C.9.9.27(28).

(87) Cfr Ulp. D.48.5.2.9.



peut prouver que ce n'est pas dû à sa négligence qu'il n'a pas encore accusé sa femme précédente *iure mariti* dans les soixante jours qui se sont déjà écoulés, le mari peut selon Ulpien <sup>(88)</sup> encore être admis comme *accusator*, et même quand la femme a déjà été acquittée dans un procès pénal entamé par un tiers, le mari qui allègue des raisons suffisantes pour lesquelles il n'a pas encore institué l'*accusatio* peut — comme le dit Ulpien <sup>(89)</sup> — renouveler l'accusation contre son ancienne épouse.

Passé le délai de soixante *dies utiles* après le divorce, le mari, le père et tous les tiers avaient encore le droit d'accuser l'homme suspect d'avoir commis l'adultère jusqu'à la fin d'une période de cinq ans, qui commençaient à courir au moment où le crime avait été commis <sup>(90)</sup>. Ces cinq ans étaient des *anni continui* <sup>(91)</sup>, desquels en principe <sup>(92)</sup> aucune déduction n'était faite. Dioclétien et Maximien, qui ont aboli plusieurs *praescriptiones* concernant l'*adulterium*, ont conservé pour les deux suspects d'adultère la *praescriptio quinquennii temporis* <sup>(93)</sup>. Dans des cas exceptionnels le délai de cinq ans pouvait en droit classique également profiter à la femme: quand après le divorce les six *menses utiles* ne s'étaient pas encore écoulés, mais que le délai de cinq ans après le jour du crime était déjà expiré, la femme ne pouvait plus être accusée <sup>(94)</sup>.

On peut se demander pourquoi la loi *Iulia* a tant limité la période pendant laquelle la femme pouvait devenir *rea* dans un

(88) Ulp. D.48.5.4.2.

(89) Ulp. D.48.5.4.2.

(90) Cfr Pap. D.48.5.12(11).4 et D.48.5.40(39).5, Ulp. D.48.5.30(29).6-7 et D.48.5.32(31), ainsi que Marci. D.48.16.1.10.

(91) Cfr Paul D.48.5.32(31): *Quinquennium non utile sed continuo numerandum est.*

(92) En se basant sur l'équité (*aequum est*) Paul D.48.5.32(31) retranche quand même dans quelques cas des cinq années les jours pendant lesquels une *postulatio* (présentation d'une *accusatio*) précédente a empêché une *accusatio* de l'*adulter*, par exemple quand le procès contre la femme, qui rend provisoirement impossible le début d'un procès contre l'*adulter*, a commencé à temps, mais a duré tellement longtemps que le délai de cinq ans après le crime s'est écoulé.

(93) Cfr C.9.9.27(28) (295).

(94) Cfr Ulp. D.48.5.30(29).5.

procès d'adultère (six mois après le divorce), tandis que son complice pouvait être *reus* dans un tel procès dans un délai qui est normalement plus long (cinq ans après le crime d'adultère), à condition que le divorce ait eu lieu. Nous sommes d'avis que l'explication peut être trouvée, quand on se remet à l'esprit que le mari peut toujours envoyer à son ex-épouse la *denuntiatio* qu'il l'accusera pour *adulterium* et peut empêcher ainsi qu'elle se remarie, tant qu'il a encore le droit de l'accuser, tandis qu'une telle *denuntiatio* ne peut être envoyée à l'*adulter*. La loi, en limitant la possibilité d'un procès pénal contre la femme suspecte d'adultère, a limité ainsi la période durant laquelle la *denuntiatio* peut être envoyée. En fixant cette réglementation, la loi a créé la possibilité que la femme se remarie promptement après son divorce, sans courir le risque que ce nouveau mariage sera perturbé par un procès concernant son manque de fidélité dans le mariage antérieur.

§ 3. Avant d'aborder au § 4 le problème de l'accusation de la *captiva adultera*, nous voulons traiter maintenant du régime procédural privilégié qui est en vigueur au cas de l'*accusatio adulterii iure mariti vel patris*. Il consiste en les 7 points énumérés ci-dessous. Une grande partie de l'étude citée d'Edoardo Volterra, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* <sup>(95)</sup>, qui a été appelée par Raditsa « the most important work on the *Lex Julia* written in this century » <sup>(96)</sup>, est consacrée aux différences procédurales entre l'*accusatio adulterii iure mariti vel patris* et l'*accusatio adulterii iure extranei*. Une nouvelle étude des sources nous a parfois amené à des résultats qui diffèrent de ceux auxquels l'éminent romaniste italien est parvenu en 1928. Nous allons voir que quelques-unes des normes exceptionnelles introduites pour l'*accusatio adulterii iure mariti vel patris* ont été appliquées à partir du deuxième siècle de notre ère également à l'*accusatio iure extranei*. La transmission de ces normes à l'*accusatio adulterii iure extranei* a causé des différences considérables entre cette accusation et l'*accusatio stupri*.

(95) VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), pp. 9-39.

(96) RADITSA, p. 311.

1) Comme nous l'avons déjà vu, le mari ou, quand il ne veut pas être *accusator*, le père de la femme suspecte d'adultère a le droit exclusif et prioritaire de présenter une *accusatio adulterii* contre la femme et contre l'homme suspect d'avoir été son complice, pendant les soixante *dies utiles* consécutifs au divorce qui avait eu lieu entre ces époux. Personne d'autre ne peut intenter une *accusatio adulterii* pendant cette période. Un tel *ius accusandi* prioritaire ne revient jamais au père d'une femme qui a commis un *stuprum*.

2) Dans le droit concernant les procès pénaux publics, il y avait un nombre de cas où une personne était soit totalement incapable, soit incapable d'être *accusator* contre une personne déterminée ou sans l'autorisation d'une autre personne<sup>(97)</sup>. Ainsi une personne pubère de moins de 25 ans, une personne infâme, un affranchi n'ayant pas 30.000 sesterces ou un fils, n'avaient pas de légitimation active à l'*accusatio* dans un *iudicium publicum*. Un *libertus* n'avait pas le droit d'accuser son propre patron et un fils de famille ne pouvait pas figurer comme *accusator* sans l'autorisation de son père. Contrairement à ces règles, celui qui agit comme *accusator adulterii iure mariti vel patris* est capable d'agir comme tel, même quand il est *talis qui alias accusare non possit*<sup>(98)</sup>; un *libertus* peut accuser d'adultère son propre patron<sup>(99)</sup>, et un *filius familias* peut intenter une telle accusation *sine voluntate patris*<sup>(100)</sup>, et selon un rescrit d'Hadrien même *invito patre*<sup>(101)</sup>. La raison de cette dérogation aux règles concernant la capacité de figurer comme *accusator* est que le mari ou le père agit pour faire punir un acte par lequel il a été lésé lui-même ou qui lui a causé une douleur<sup>(102)</sup>. Puisque cela est également vrai quand le mari ou le père accuse *iure extranei*, les juristes classiques ont admis que ces

(97) Cfr sur ces incapacités: MOMMSEN, pp. 370-372.

(98) Cfr Pap.-Paul *Coll.*, IV.4.1; voir aussi Pap. *Coll.*, IV.5.1 et Ulp. D.48.5.16(15).6.

(99) Cfr Pap. D.48.5.39(38).9.

(100) Cfr Pap. D.48.5.38(37).

(101) Ce rescrit d'Hadrien a été rapporté par Pap. D.48.5.6.2.

(102) Cfr Pap. D.48.5.38(37): *vindictam enim proprii doloris consequitur*.

incapacités ne pouvaient pas non plus être invoquées contre eux. Papinien, *Coll.* IV.5.1 écrit en parlant du mari qui agit comme *accusator adulterii iure extranei: ei non opponetur infamia vel quod libertinus rem sestertiorum triginta milium vel filium non habuit, propriam iniuriam persequenti*. La qualité d'*accusator iure extranei* n'appartient pas seulement au mari ou au *pater* accusant sa femme ou sa fille qui était mariée dans un *matrimonium iustum* après le délai de 60 jours ; elle revient également — comme nous le verrons plus loin, p. 188 — au partenaire ou au père de la femme infidèle qui était liée avec un homme dans une union durable, mise par les juristes classiques, probablement à partir du deuxième siècle, presque sur le même plan qu'un *matrimonium iustum*, comme un *matrimonium non iustum*, le concubinage et la relation de deux fiancés. Dans tous ces cas le partenaire trompé ou le père de la partenaire infidèle agit pour faire punir une *propria iniuria* ou un *proprius dolor*, et par conséquent l'accusé(e) ne peut lui opposer son incapacité.

3) Vraisemblablement pour éviter que certains citoyens eussent trop de pouvoir en rapport avec la poursuite des crimes, la *lex Iulia iudiciorum publicorum* de 17 avant J.-C. a ordonné<sup>(103)</sup> qu'un citoyen ne pourrait être simultanément *accusator* dans plus de deux *iudicia publica*. La loi y ajouta pourtant à titre d'exception: *nisi suarum iniuriarum causa*. Nous savons par Papinien<sup>(104)</sup> que les juristes ont inclu le mari qui veut accuser *iure viri* sa femme ou son complice d'adultère sous cette exception de la loi. Puisque le mari<sup>(105)</sup> qui agit comme *accusator adulterii iure extranei* se présente aussi pour faire punir un crime dont il se sent lui-même la victime, on peut supposer que les juristes classiques ont interprété l'exception de la loi *Iulia* sur les *iudicia publica* d'une manière extensive et lui ont permis également de présenter une *accusatio adulterii* contre l'un des deux coupables à côté de deux procès pénaux, dans lesquels il

(103) Cfr VenuI. D.48.2.12.2.

(104) Pap. D.48.5.6.3.

(105) Nous supposons que pour le père de la femme suspecte d'adultère le même régime a été en vigueur sur ce point.

aurait déjà *duos reos ex alio crimine* <sup>(106)</sup>. A des tiers qui veulent accuser quelqu'un pour adultère et à ceux qui veulent entamer un procès pénal contre une personne suspecte de *stuprum*, la norme exceptionnelle de la loi *Iulia* de 17 avant notre ère n'a jamais été appliquée.

4) Bien que nous n'en sachions pas les détails, il paraît vraisemblable que les formalités de l'*accusatio* sont plus simples aux cas où il s'agit d'une *accusatio iure mariti vel patris* qu'aux cas où il s'agit d'une *accusatio iure extranei* <sup>(107)</sup>. Celui qui présente une *accusatio iure mariti vel patris* doit déposer ou donner au magistrat un *libellus* contenant l'accusation; il peut le faire même *de plano* et pendant un *dies feriatius* <sup>(108)</sup>. L'*accusator adulterii* qui agit *iure extranei*, comme l'*accusator stupri*, doit remplir les *sollemnia accusationis* et ne peut ni présenter son accusation *de plano*, ni pendant un jour de fête <sup>(109)</sup>.

5) Un problème compliqué, pour lequel des opinions très différentes ont été exprimées par des romanistes modernes, est celui de savoir si celui qui intente une *accusatio adulterii iure mariti vel patris* contre sa femme (fille) ou contre son complice présumé et qui ne réussit pas à prouver que le crime a été commis par la *rea* ou par le *reus*, peut être poursuivi pour *calumnia*, le crime commis par celui qui dirige consciemment une *accusatio* contre une personne innocente <sup>(110)</sup>. Dans la plupart des sources

(106) Cfr Pap. D.48.5.6.3.

(107) Voir sur les formalités en rapport avec les deux types d'*accusatio adulterii*: VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), pp. 28-34.

(108) Cfr Pap. D.48.5.12(11).6 et Ulp. D.48.5.2.8.

(109) Cfr Pap. D.48.5.12(11).5 et 6.

(110) Cfr sur le crime de *calumnia*: MOMMSEN, pp. 490-498; M. LAURIA, *Calumnia*, dans *Studi Ratti*, Milano 1933, pp. 97-135, réimprimé dans ses *Studii e Ricordi*, Napoli 1983, pp. 245-276 (qui ne m'a pas convaincu de l'exactitude de sa thèse selon laquelle la *calumnia* du droit postclassique était « l'accusa infondata » sans que l'élément de *dolus* ne soit plus nécessaire); E. LEVY, *Von den römischen Anklägervergehen*, SZ 53 (1933), pp. 154-177, réimprimé dans ses *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz 1963, pp. 380-395 (nous citons cette dernière édition en mentionnant le nom de l'auteur seulement), et récemment J.G. CAMIÑAS, *La lex Remmia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela 1984.

juridiques on trouve une réponse positive, dans quelques autres une réponse négative. Résumons d'abord leur contenu. Scaevola affirme au D.48.5.15(14).3 que ceux qui accusent *iure mariti* n'évitent pas le risque de la *calumnia*. Tryphoninus D.4.4.37.1 parle des soixante jours dans lesquels le mari peut accuser sa femme d'adultère *sine calumnia*. Paul D.48.5.31(30) écrit: *Pater sine periculo calumniae non potest agere*. Mais le même juriste exprime, dans *Coll.IV.4.1*, l'opinion contraire en écrivant: *Iure mariti vel patris qui accusat potest et sine calumniae poena vinci: si iure extranei accusat, potest calumniae poena puniri*. Ulpien souligne, au D.48.5.16.6, que la loi *Iulia de adult.coerc.*, qui n'admet normalement pas un *minor XXV annis* comme *accusator*, permet qu'un mineur accuse sa femme et son amant (même quand il agit *iure extranei*) et qu'un si jeune *accusator*, *si iuvenali facilitate ductus vel etiam fervore aetatis accensus ad accusationem prosilit*, ne sera pas facilement (*non facile*) puni pour *calumnia*. Cela signifie qu'il est d'avis qu'en principe l'*accusator adulterii iure mariti*, qui ne réussit pas à convaincre les juges que le crime a été commis, peut être poursuivi pour *calumnia*. La chancellerie d'Alexandre-Sévère enfin écrit dans un rescrit de 223 (C.9.9.6) adressé à un certain Sebastianus — après lui avoir rappelé que le mari qui a laissé passer le délai de soixante jours après le divorce peut encore présenter son accusation *iure extranei* — que celui qui se décide à entamer une telle accusation ne doit pas avoir peur d'une *nota calumniae*, parce que ses parents (Septime-Sévère et Caracalla) ont permis la *quaestio* des esclaves des deux suspects d'adultère, comme si l'*accusatio* avait été faite *iure mariti* <sup>(111)</sup>. Les juristes de la chancellerie impériale montrent ainsi, en écrivant que le mari accusant *iure extranei* ne doit pas craindre la *nota calumniae* parce que la torture des esclaves des deux suspects d'adultère mènera toujours à la condamnation de l'accusé(e), qu'ils considèrent une poursuite du mari pour *calumnia* dans ce cas en principe comme possible, sans se prononcer sur le cas de l'*accusatio iure viri*.

(111) Nous parlerons de cette norme exceptionnelle concernant la torture des esclaves de la *rea* et du *reus* dans le procès d'adultère entamé par le mari ou le père de l'*adultera* ci-dessous dans ce §, n° 7, pp. 185-186.

Les romanistes ont interprété ces textes de manières diverses. Mommsen <sup>(112)</sup> a soutenu que le procès de *calumnia* était totalement exclu « nach früherem Recht » au cas où une *accusatio adulterii* avait été intentée par le mari ou par le père d'une femme suspecte dans les soixante jours suivant le divorce. Esmein <sup>(113)</sup> a cru pouvoir harmoniser les textes en supposant qu'au début du droit classique le dol n'était pas encore un élément constitutif du crime de *calumnia* <sup>(114)</sup>. Volterra <sup>(115)</sup> enfin, déclare que les deux textes de Scaevola (D.48.5.15(14).3) et de Paul (D.48.5.31(30)) ont été interpolés par les compilateurs, qui auraient ajouté dans ces textes le mot *non*, et que dans le droit classique celui qui avait intenté sans succès une *accusatio* pour adultère ne pouvait être puni pour *calumnia*. L'auteur invoque Pap. D.48.16.11 et Ulp. D.48.5.16(15).6 comme « esempi dello spirito del diritto classico » <sup>(116)</sup>, mais, comme nous l'avons déjà fait remarquer, Ulpien, en écrivant que le *minor* ne peut pas facilement être poursuivi pour *calumnia*, montre que selon lui celui qui accuse *iure mariti* court le risque de *calumnia*, et le texte de Papinien cité par Volterra concerne la *tergiversatio* et pas la *calumnia*. Volterra tâche de rendre vraisemblable que les deux textes de Scaevola et de Paul ont été interpolés, en invoquant le régime de la peine du talion introduite par la Nouvelle 117, c.9, § 4 contre le mari qui n'a pu prouver l'adultère de sa femme. Cette argumentation n'est pas convaincante. En premier lieu, la Nouvelle 117 date de 542 et on ne peut par conséquent pas s'en servir pour interpréter des textes du Digeste de 533. En second lieu, la *poena talionis* est tout autre chose que la *nota calumniae*. Camiñas a essayé dans un livre récent d'éliminer la contradiction entre les textes en supposant que Scaevola D.48.5.15(14).3

(112) MOMMSEN, p. 494 ; à la note 5 il invoque à tort la constitution de C.9.9.16.1 qui traite de la *tergiversatio* et pas de la *calumnia*.

(113) ESMÉIN, pp. 121-124.

(114) Cette supposition d'ESMEIN n'est sans doute pas exacte ; le crime de *calumnia* a toujours été, comme LEVY (note 110), p. 380 l'a écrit avec raison : « die wissentlich falsche Anklageerhebung » ; cfr les textes mentionnés par VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), p. 15, note 1.

(115) VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), pp. 12-17.

(116) VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), p. 13, note 1.

et Paul D.48.5.31(30) <sup>(117)</sup> visent le cas où le mari et le père usent de leur *ius accusationis* après les soixante jours qui suivent le divorce. Mais aucun juriste romain n'a jamais parlé d'une *accusatio iure mariti* quand il a en vue l'*accusatio* intentée par le mari *iure extranei*, et le contexte du fragment de Paul qui donne au § 1 une explication sur le début de la durée exacte du délai de soixante jours rend la supposition du jeune romaniste espagnol impossible.

Selon nous, les juristes classiques ne sont pas parvenus à une opinion unanime <sup>(118)</sup>. Scaevola et Ulpien ont été d'avis que le procès de *calumnia* n'était pas exclu pour celui qui agit comme *accusator adulterii iure mariti vel patris*. Tryphoninus <sup>(119)</sup> a soutenu l'opinion contraire. Quant à Paul <sup>(120)</sup>, dans le premier

(117) Cfr déjà dans ce sens O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae 1889, col. 951, note 7 qui a écrit qu'il faut ajouter sur la base de Paul, *Coll. IV.4.1* au mot *Pater: qui iure extranei accusat*.

(118) Cela aurait été différent si LEVY (note 110), 384 était dans le vrai en écrivant que déjà la *lex Remmia* (probablement de 92 avant J.-C.; cfr CAMIÑAS [note 110] pp. 1-5) aurait reconnu une exception pour ceux qui *suam iniuriam exequantur mortemve propinquorum defendent*. L'opinion de LEVY n'est pourtant pas exacte, le texte qu'il invoque, à savoir Macer D.48.2.11.pr., ne parle pas d'exceptions à la *calumnia*, mais d'exceptions concernant l'incapacité de présenter une *accusatio*.

(119) Ce juriste a donc placé le cas du mari et du père usant de leur *ius accusandi* prioritaire parmi les cas où une poursuite pour *calumnia* était exclue puisqu'un devoir dicté par la morale ou par une fonction publique forçait quelqu'un à faire l'accusation d'un crime; cfr MOMMSEN, pp. 493-494 et G.I. LUZZATTO, *Sull'obbligo degli eredi di vendicare l'uccisione dell'ereditando*, dans *Studi Ratti*, Milano, 1934, pp. 546-589.

(120) Des fragments de deux travaux de ce juriste sur les *adulteria* nous ont été conservés. Ce sont, d'une part, un ouvrage intitulé *tres libri de adulteriis*, et d'autre part, un *liber singularis de adulteriis* qui a été écrit après la mort de Caracalla (217); cfr sur cette datation C.A. MASCHI, *Iulius Paulus*, dans *ANRW*, II, 15, Berlin-New York 1976, p. 676. Puisque Paul a déjà commencé à publier des travaux juridiques à partir de ± 180 (cfr MASCHI, *l.c.*, p. 676), il nous semble presque certain que l'autre travail sur les *adulteria* est antérieur à la monographie. SOLAZZI, *BIDR* 37 (1929), p. 96 et *AG* 104 (1930), p. 22 note 1, et F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, p. 232 ont soutenu que le *liber singularis de adulteriis* connu sous le nom de Paul a une origine postclassique, sans pourtant invoquer d'arguments solides. Plus prudente



livre de ses *tres libri de adulteriis* (D.48.5.31(30)) il a suivi l'opinion positive de son maître Q. Cervidius Scaevola, tandis que plus tard, dans le *liber singularis* sur le même sujet (*Coll.IV.4.1*) écrit après 217, il a accepté à la suite de nouvelles réflexions l'opinion de Tryphoninus. On peut très bien comprendre cette différence d'opinions des juristes classiques. Apparemment une prescription explicite manquait, et on pouvait donner des arguments pour l'un et l'autre avis. Menacer le mari ou le père, qui n'a pu prouver le crime, de la peine de la *calumnia* pourrait avoir comme résultat qu'aucun mari ou père n'oserait intenter l'*accusatio adulterii* dans la période de soixante jours, de peur d'un procès pour *calumnia*. D'un autre côté, si le mari ou le père avait vraiment présenté une accusation non fondée en sachant que la *rea* ou le *reus* n'était pas coupable, et que le dol de l'*accusator* pouvait être prouvé, le *falsus accusator* méritait d'être puni. Si l'on constate donc pour l'*accusatio adulterii iure mariti vel patris* une diversité d'opinions parmi les juristes classiques, il est au contraire certain que l'exclusion de la *calumnia* n'a jamais été appliquée à l'*accusatio adulterii iure extranei* <sup>(121)</sup> ni à l'*accusatio stupri*.

6) Différents auteurs ont soutenu que le mari ou le père, qui intente une accusation pour adultère pendant les soixante jours suivant le divorce en se servant de son *ius accusandi* privilégié, ne peut être puni pour *tergiversatio* <sup>(122)</sup>, le crime de celui qui a abandonné (*destitit*) l'accusation sans *abolitio* (permission de faire cet abandon parce qu'il était considéré comme justifié) <sup>(123)</sup>, sur la base du *senatusconsultum Turpillianum* de 61 après J.-C. Voyons d'abord ce que les sources nous disent à cet égard.

est l'opinion de L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, p. 516, note 300 qui écrit: « das Verhältnis der 3 Bücher *de adulteriis* zum *liber singularis de adulteriis* ist ungeklärt ».

(121) Cfr Paul *Coll.*, IV.4.1 et Alex.Sev. C.9.9.6.1 (223).

(122) Cfr sur ce crime MOMMSEN, pp. 498-501 et E. LEVY, *Von den römischen Anklägervergehen*, SZ 53 (1933), pp. 211-230, réimprimé dans ses *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz 1963, pp. 416-430, cité ci-après dans la dernière édition avec le nom de l'auteur seulement.

(123) Cfr Marci. D.48.16.1.7.

Papinien traite, dans un passage de son *liber singularis de adulteriis* (123a) incorporé au D.48.16.11, de la question de savoir si celui qui est exclu de l'accusation, parce que le délai pour l'intenter est écoulé, peut être puni sur la base du sénatus-consulte Turpillien quand il renonce à l'*accusatio* déjà entamée après avoir découvert l'expiration du délai. Sa réponse est négative: ceux qui sont exclus de l'*accusatio* par la *praescriptio temporis* ne seront pas punis quand il ne peuvent mener à terme le procès d'adultère (124). Paul D.48.5.41.1 rapporte qu'on lui a demandé si un mari, qui a accusé sa femme d'adultère et qui s'est remarié ensuite avec elle à un moment où le procès pénal ne s'était pas encore achevé, est considéré avoir abandonné l'accusation. Le juriste a répondu que ce mari est considéré s'être désisté de l'accusation, et qu'ainsi il n'a plus le droit d'intenter ultérieurement une accusation en vertu de la même loi (à savoir la *lex Iulia de adulteriis*). Ulpien D.48.5.2.1 écrit qu'à un mari qui accuse *iure viri* sa nouvelle épouse (dont il vient de divorcer) d'adultère, une *praescriptio* peut être opposée qui est formulée ainsi: « si l'on ne dit pas qu'il a renoncé à la loi (scil. *Iulia de adult. coerc.*) parce qu'il a abandonné (autrefois) une accusation d'adultère (à savoir envers une femme avec qui il avait été marié antérieurement), après l'avoir commencée ». Puis, Marcien discute le même problème que Papinien dans un passage de sa monographie sur le sénatus-consulte Turpillien (D.48.16.1.10). Il dit qu'on peut avoir des doutes sur la question de savoir, si les sanctions de ce sénatus-consulte doivent être appliquées au cas de désistement à une accusation par quelqu'un qui pouvait être exclu par une *praescriptio*, par exemple par celui qui présentait une *accusatio adulteri* contre un homme après les cinq *anni continui* qui ont suivi le crime, ou contre une femme après les six *menses utiles* ayant suivi le divorce. Après avoir donné des arguments pour une réponse négative et pour une réponse positive, il écrit que l'opinion exacte est que l'*accusator* en question tombe sous

(123a) Cfr sur le problème du caractère classique de cette œuvre: GIUFFRÈ cité *supra*, note 37, pp. 655-658.

(124) Cfr sur l'identification faite par Papinien dans ce texte entre *in senatusconsultum Turpillianum incidere* et *calumnia puniri*, parce que le *tergiversator* est puni comme un *calumniator*, LEVY (note 122), pp. 425-426.

le coup du sénatus-consulte. Enfin, le texte le plus important pour le problème étudié ici est le rescrit de Valérien, Gallien et Valérien de l'année 256, incorporé au C.9.9.16 dont nous faisons suivre le texte :

*Abolitionem adulterii criminis postulans praesidem in cuius officio accusatio fuerit instituta adire debes. 1. Ceterum erras tu marite existimans, etiam si simpliciter, id est sine abolitione, destitisses, senatus consulto in persona tua futurum locum non fuisse: diversum enim divi principes saepe sanxerunt. 2. Quin hoc amplius scias nullam fuisse tibi ulterius potestatem instituendae huiusmodi accusationis, quia et decreto patrum et lege Petronia ei, qui iure viri delatum adulterium non peregit, numquam postea id crimen deferre permittitur.*

Les auteurs qui ont étudié ces textes sont arrivés à des résultats très différents. Mommsen <sup>(125)</sup> est d'avis que la seule sanction du sénatus-consulte Turpillien en ce qui concerne tous les crimes en général était, pour le *tergiversator*, « daß er zur Wiederaufnahme der fallengelassenen Klage nicht berechtigt ist ». Selon lui les textes concernant le mari ayant accusé *iure viri* qui a été condamné comme *tergiversator* visent une sanction plus grave, à savoir l'exclusion de toute accusation pour *adulterium*. Il semble difficile d'accepter que celui qui accuse *iure mariti vel patris* la femme suspecte ou un homme considéré comme son complice et qui est un *accusator qui suam iniuriam persequitur*, serait dans une situation moins favorable, quand il abandonne sans *abolitio* son accusation, que n'importe quel citoyen qui a entamé un procès pénal pour tout autre crime. Quant à la loi *Petronia*, l'auteur <sup>(126)</sup> déclare n'avoir aucune idée sur son contenu et sa date. Esmein <sup>(127)</sup> constate qu'il y a une contradiction entre le texte de Macer D.48.16.15.2, qui se réfère à de nombreuses constitutions ayant établi que ceux qui ne peuvent être poursuivis pour *calumnia* ne peuvent pas non plus être punis sur base du sénatus-con-

(125) MOMMSEN, p. 500.

(126) MOMMSEN, p. 499, note 1.

(127) ESMEIN, p. 124.

sulte Turpillien pour avoir abandonné l'accusation sans *abolitio*, texte qui concerne selon Esmein également l'*accusatio adulterii iure viri vel patris*, et la constitution de C.9.9.16. Il s'efforce d'éliminer cette contradiction en supposant « un changement de la doctrine »<sup>(128)</sup>, ce qui est sans aucun fondement. Volterra<sup>(129)</sup> veut faire disparaître cette antinomie entre D.48.16.15.2 et C.9.9.16 en supposant que ceux qui avaient présenté une *accusatio adulterii iure mariti vel patris* devaient demander comme tous les autres accusateurs au(x) juge(s) une *abolitio*, mais que ces accusateurs privilégiés avaient un droit à ce que cette *abolitio* leur fût donnée d'une manière automatique. Rien ne nous autorise cependant à supposer que les accusateurs privilégiés d'adultère ont eu un droit à une telle *abolitio* automatique. Rien ne nous permet non plus d'accepter que selon Macer D.48.16.15.2 les constitutions impériales avaient un autre contenu que celui d'affirmer que les accusateurs qui ne risquent pas la *nota calumniae* pouvaient impunément abandonner leur accusation sans avoir besoin d'une *abolitio* du jury. L'idée de Volterra que l'*abolitio* était aussi nécessaire dans les cas d'une *accusatio adulterii iure mariti vel patris* pour fixer le moment de la destitution<sup>(130)</sup> n'est pas exacte, comme on peut le déduire de Paul D.48.16.6.2: *Destituisse videtur, qui intra praefinitum accusationis a praeside tempus reum suum non peregit*. L'opinion de Volterra est déjà pour cette raison inacceptable. En outre il ne tire aucun profit des autres textes cités par lui et il ne mentionne même pas Pap. D.48.16.11. L'auteur qui est selon nous venu le plus près de la vérité historique est Ernst Levy<sup>(131)</sup>. D'après cet éminent romaniste — pour qui les sanctions du sénatus-consulte Turpillien étaient l'impossibilité de reprendre l'*accusatio destituta*, la perte du *ius accusandi* et l'infamie —, le mari qui se désistait sans *abolitio* de l'*accusatio adulterii* qu'il avait intentée *iure mariti* était puni d'une manière moins grave que l'*accusator* renonçant à n'importe quelle autre accusation. En précisant cette sanction plus légère

(128) ESMEIN, p. 124.

(129) VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), pp. 37-39.

(130) VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), p. 38.

(131) LEVY (note 122), p. 421, note 28 et p. 425, note 62.

il écrit<sup>(132)</sup> :

« Einer milderer Sanktion unterlag der ohne Abolition... desistierende Ehemann, der *iure mariti* die Adulterienklage erhoben hatte: er hat nur die Lex Julia de adult. preisgegeben (Ulp. D.48,5,2,1) und darf darum künftig nur wegen Ehebruchs (*eæ eadem lege*: Paul. D.eod.41,1; *huiusmodi accusationem* und *id crimen*: C.9,9,16,2 [256]) nicht anklagen. Ob das in dem Senatsbeschuß selbst oder in der ebenfalls auf den Konsul von 61 Q. Petronius Turpillianus zurückgehenden..., nur in C. cit. erwähnten Lex Petronia oder in beiden verordnet war, ist unbekannt... »

Quelques amendements à l'opinion de Levy nous semblent nécessaires. Nous sommes d'avis que le *senatusconsultum Turpillianum* contenait trois sanctions contre les *tergiversatores*. La première sanction n'était pas — comme l'écrit Levy<sup>(133)</sup> — la perte du *ius accusandi* qui était déjà incluse dans l'infamie, mais la perte du droit de continuer plus tard (*instaurare*<sup>(134)</sup>) l'*accusatio* contre l'accusé(e), de laquelle l'*accusator* s'était désisté; cet(te) accusé(e) pouvait opposer la *praescriptio rei destitutæ*, dont il est question au C.9.45.4 de 260 après J.-C.<sup>(135)</sup>. La deuxième sanction était l'*infamia* qui a entre autres comme conséquence l'incapacité totale d'intenter une nouvelle *accusatio* dans n'importe quel *iudicium publicum*. La troisième sanction était une peine pécuniaire dont Macer nous parle au D.47.15.3.3<sup>(136)</sup>; nous n'en connaissons pas l'importance dans le droit

(132) LEVY (note 122), p. 425, note 62.

(133) LEVY (note 122), p. 425.

(134) Cfr Valérien et Gallien C.9.45.3, de 258.

(135) LEVY (note 122) mentionne la perte du droit de *accusationem restaurare* à la p. 421, note 23. Selon cet auteur (p. 425, note 62) il serait aussi question de la *praescriptio rei destitutæ* au texte d'Ulpien D.48.5.2.1, mais dans ce cas il s'agit d'un mari qui, ayant renoncé à l'*accusatio adulterii* d'une épouse précédente, se voit opposer la *praescriptio* « *si legem prodidisse dicatur ob hoc, quod adgressus accusationem adulterii destitit* », quand il veut accuser son épouse actuelle d'adultère après l'avoir répudiée.

(136) Ce juriste écrit dans le texte cité: *Si ideo quis accusetur, quod dicatur crimen iudicii publici destituisset, iudicium publicum non est, quia neque lege aliqua de hac re cautum est, neque per senatus consultum, quo*

classique. Puisque telle était la teneur générale des sanctions établies par le sénatus-consulte Turpillien de 61 après J.-C. à l'encontre des *tergiversatores*, nous devons nous interroger maintenant sur la réglementation spéciale des sanctions introduites par ce sénatus-consulte contre celui qui avait intenté une *accusatio adulterii iure mariti vel patris* <sup>(137)</sup> et qui s'était désisté ensuite de cette accusation sans *abolitio* <sup>(138)</sup>, et sur le contenu de la *lex Petronia* proposée par le même consul Q. Petronius Turpillianus dans la même année que le sénatus-consulte. Des sanctions du *senatusconsultum Turpillianum*, la défense d'instaurer l'accusation de laquelle l'*accusator* s'était désisté et la peine pécuniaire étaient aussi prescrites contre ces accusateurs privilégiés, à la différence de l'*infamia* que nous ne trouvons nulle part mentionnée en rapport avec eux. Au lieu de cette sanction grave, le sénatus-consulte en a prévu une autre, à savoir que le *tergiversator* qui avait accusé *iure mariti vel patris* son ancienne épouse, sa fille ou un homme pour adultère, n'avait plus le droit de se porter comme *accusator* pour ce même crime. Apparemment le sénatus-consulte a voulu exclure l'*accusator adulterii iure mariti vel patris* qui s'était rendu coupable de *tergiversatio* de toute autre accusation pour *adulterium* sur la base de la *lex Julia de adulteriis*. Nous supposons que la rédaction a été telle qu'une interprétation, selon laquelle l'exclusion visait seulement

*poena quinque auri librarum in desistentem statuitur, publica accusatio inducta est.* Tout ce que Macer observe sur l'*accusatio* pour le crime de *tergiversatio* est parfaitement correct. Nous ne voyons aucune raison pour douter de la nature classique d'une peine pécuniaire pour *tergiversatio*. LEVY (note 122), p. 426 nous a seulement convaincu que la somme de cinq livres d'or ne peut avoir été la peine dont Macer a originairement parlé.

(137) Nous n'avons pas trouvé de traces dans les sources concernant la *tergiversatio* ayant trait au procès d'adultère de celui qui a accusé *iure patris*. Il est pourtant probable que le régime exceptionnel s'appliquait aussi à lui, puisque toutes les règles spéciales dans le domaine de l'*accusatio adulterii* visaient tant le mari que le père.

(138) Quand un mari avait obtenu une *abolitio* dans un procès où il avait entamé une *accusatio* contre son ex-épouse *iure mariti* ou *iure extranei*, il n'était pas coupable de *tergiversatio* et il pouvait se remarier avec elle ; cfr Pap. D.23.2.34.1.

une nouvelle *accusatio* pour adultère contre la femme et l'homme suspects d'avoir commis l'adultère <sup>(139)</sup>, restait possible. C'est pour cette raison que le consul Q. Petronius Turpillianus, qui avait proposé le sénatus-consulte, a fait un projet de loi comitiale, qui est devenu la *lex Petronia (de adulterii iudicio)*, dans lequel il a été précisé que l'*accusator iure mariti vel patris* qui avait abandonné l'*accusatio* sans *abolitio* du jury n'avait plus le droit d'intenter contre personne une *accusatio adulterii* basée sur la *lex Iulia de adult. coerc.* <sup>(140)</sup>. C'est ainsi qu'on peut expliquer que la constitution de C.9.9.16 a décidé que celui qui *iure viri delatum adulterium non peregit* <sup>(141)</sup> ne pourra plus jamais *id crimen deferre* sur la base du sénatus-consulte Turpillien et de la loi *Petronia*. Cette réglementation moins sévère concernant la *tergiversatio* ne s'appliquait qu'à ceux qui avaient présenté une *accusatio adulterii iure mariti vel patris*. Quand le mari, le père ou un tiers intentait une *accusatio adulterii iure extranei* et quand quelqu'un intentait une *accusatio stupri*, la réglementation normale du sénatus-consulte Turpillien était appliquée.

7) Dans un passage de Tacite, *Annales*, II, 30, nous lisons: *veterè senatusconsulto quaestio in caput domini prohibebatur...* Sur la base de ce vieux sénatus-consulte il y avait dans le droit de la procédure pénale romain une règle selon laquelle la torture d'esclaves contre leur *dominus* qui était accusé dans un

(139) Parce que le principe *ne bis in idem*, qui était vraisemblablement en vigueur dans les procès pénaux publics depuis la *lex Iulia iudiciorum publicorum* de 17 avant J.-C., n'était pas applicable au cas où l'accusé(e) avait été acquitté(e) (cfr D. LIEBS, *SZ* 84 (1967), pp. 130-131), il aurait été possible sans prescription spéciale à cet égard que le mari, après avoir trouvé de nouveaux moyens de preuve, entreprenne une nouvelle accusation même contre le *reus* ou la *rea*, contre qui un procès pénal aurait déjà été entamé, sans que ce procès eût été terminé par une sentence.

(140) Nous ne sommes donc pas d'accord avec RORONDI, *Leges publicae populi romani* (note 3), p. 468, qui donne à la loi *Petronia* un effet trop restreint. Selon RORONDI cette loi « *stabilì che il marito il quale ha desistito dall'accusa di adulterio contro la moglie iure viri non la può rinnovare...* ». C'est exactement pour empêcher une telle interprétation du sénatus-consulte Turpillien, que la *lex Petronia* a été faite.

(141) C'est-à-dire que l'*accusator* ne mène pas l'accusation à son terme, à savoir à une sentence judiciaire.

*iudicium publicum* n'était pas permise<sup>(142)</sup>. La loi *Iulia de adult. coerc.* a introduit une exception importante à cette règle<sup>(143)</sup>. D'après Ulpien D.48.5.28(27).6, la loi a décrété pour les procès d'adultère la possibilité de la *quaestio in caput domini* à l'encontre des esclaves appartenant à l'accusée ou à l'accusé d'*adulterium*, et également des esclaves appartenant aux parents ou aux grands-parents de l'accusé(e) et qui avaient été mis à la disposition de celui-ci ou de celle-ci<sup>(143a)</sup>. Les juristes mentionnent souvent cette exception, pour le cas d'adultère, à l'interdiction de la *quaestio* des esclaves contre leurs propriétaires<sup>(144)</sup>. Hadrien a décidé, dans un rescrit rapporté par Ulpien au D.48.5.28(27).6, que pour les procès d'adultère même les esclaves appartenant à des tiers — que l'*accusator* devait tâcher d'obtenir dans tous les autres procès — pouvaient être torturés. La loi *Iulia de adult.coerc.* a disposé que les esclaves de l'*accusator* et de l'accusé(e), après avoir été torturés, seront *publicati*, c'est-à-dire qu'ils deviendront la propriété de l'État et ne retourneront pas chez leurs maîtres, afin que leur témoignage ne soit pas influencé par la crainte de châtiments ou l'espoir de récompenses<sup>(145)</sup>. La

(142) On trouve cette règle générale par exemple dans les textes suivants: Ulp. D.48.18.1.7, D.48.18.1.13 et D.48.18.1.16 (mentionnant un rescrit de Septime-Sévère), Septime-Sévère et Caracalla C.9.14.1.pr. (de 196), et Diocl. et Maxim. C.4.20.8 (de 294).

(143) Cette loi a contenu une disposition selon laquelle en cas d'accusation tant par le mari que par le père pendant les soixante jours qui suivent le divorce, les esclaves appartenant au mari et à la femme (*alterutrius*) peuvent être torturés; cfr Pap. *Coll.*, IV.11.1 et *Pauli Sent.*, II.26.9 = *Coll.* IV.12.8.

(143a) Voir sur cette exception à la règle générale *in caput domini servus non torquetur*: ESMEIN, pp. 142-146 et VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), pp. 17-20, qui ne mentionne curieusement pas Ulp. D.48.5.28(27).6 où la disposition de la loi *Iulia* est citée, ni les §§ suivants (7-14) dans lesquels Ulpien traite de plusieurs problèmes concernant cette *quaestio* des esclaves de la *rea* et du *reus* dans le procès d'adultère.

(144) Voir Pap. *Coll.*, IV.11.1, D.48.5.40(39).8 et D.48.18.6.pr., *Pauli Sentent.*, II.26.9 = *Coll.*, IV.12.8, Septime-Sévère et Caracalla C.9.41.1.pr. (de 196), et Gratien, Valentinien et Théodose I<sup>er</sup> C.9.9.31(32) (de 385).

(145) Cfr Ulp. D.48.5.28(27).11-14. MOMMSEN, p. 414 écrit à tort qu'au début du Principat la règle selon laquelle un esclave ne peut être torturé dans un procès où son maître est accusé pour faire des déclarations contre



loi *Iulia de adulteriis* a contenu une disposition selon laquelle l'affranchissement ou l'aliénation des esclaves d'une femme mariée divorcée ou des esclaves qui appartenaient à ses parents ou grands-parents mais qui avaient été employés par elle, accomplis pendant les soixante jours ayant suivi son divorce, n'étaient pas valables<sup>(145a)</sup>. On peut en déduire que la faculté de torturer les esclaves des accusés était donnée par la loi uniquement à ceux qui intentaient une *accusatio adulterii iure mariti vel patris*. Papinien parle dans certains textes<sup>(146)</sup>, où il traite de la *quaestio* des esclaves contre leur maître, de l'*accusatio* par le mari et par le père sans préciser qu'il s'agit de l'*accusatio iure mariti vel patris* ; pour lui, et sans doute pour les autres juristes classiques, la possibilité de la *quaestio* des esclaves pour les faire parler contre leur *domina* ou *dominus* dans les procès d'adultère est apparemment une chose indiscutable, même quand le mari ou le père agit comme *accusator iure extranei*. Mais les juristes sont allés plus loin ; ils ont généralement admis que la *quaestio* des esclaves contre leur maître pouvait avoir lieu aussi dans des procès d'adultère où un tiers avait accusé *iure extranei*<sup>(147)</sup>. Marc-Aurèle, et puis Septime-Sévère et Caracalla et Alexandre-Sévère<sup>(148)</sup> ont suivi cette doctrine<sup>(149)</sup>. Des arguments importants plaidaient pour une interprétation extensive de la *lex Iulia* sur ce point : le fait que le crime d'adultère n'était pas facilement

lui, était tournée par la tradition de l'esclave à l'État, et que Septime-Sévère aurait été le premier à abolir la règle *in caput domini servus non torquetur*.

(145a) Cfr Pap. D.31.76.4, Paul D.40.9.13 et Ulp. D.40.9.12.pr.-7.

(146) Pap. *Coll.*, IV.4.1 et D.48.18.6.pr.

(147) Pap. D.48.18.17.pr. écrit : *Estrario quoque accusante servos in adulterii quaestione contra dominum interrogari placuit*. Pap. *Coll.*, IV. 11.1 invoque des arguments à l'encontre et en faveur de cette interprétation extensive de la prescription de la loi *Iulia de adult. coerc.* et se rallie, sur base de la *ratio*, à l'opinion large.

(148) Cfr Pap. D.48.18.17.pr. et Alexandre-Sévère C.9.9.6.1 (de 223) qui renvoie à des constitutions de ses *divi parentes*.

(149) Voir ainsi avec raison G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano 1963, p. 123. L'opinion de VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), p. 18 selon laquelle Alexandre-Sévère « ci fa sapere che furono i suoi *divi parentes* a compiere l'innovazione », n'est pas exacte.

commis sans l'aide des esclaves de l'accusé(e) <sup>(150)</sup>, et que le risque de *calumniā*, qui menaçait indiscutablement les accusateurs agissant *iure extranei*, diminuait si cette *quaestio* des esclaves de la *rea* ou du *reus* d'adultère permettait d'aboutir à la condamnation de ces derniers <sup>(151)</sup>.

Le droit romain classique est-il allé encore plus loin et a-t-il reconnu la possibilité de la torture des esclaves pour les amener à faire des déclarations contre leur maîtresse ou leur maître aussi dans un procès pénal où l'un d'eux était accusé de *stuprum*? La solution du droit classique peut être trouvée dans deux textes de Papinien, dans lesquels il se demande si la *quaestio* d'esclaves appartenant à des personnes accusées d'inceste pour qu'ils témoignent contre elles est possible. Au D.48.5.40(39).8 il répond que la torture est permise, si les accusés d'inceste sont en même temps suspects d'avoir commis un adultère. Quand le même juriste écrit au D.48.18.4 qu'en cas d'inceste la torture des esclaves des accusés n'est pas possible, parce que la disposition de la *lex Iulia de adult. coerc.* concernant cette torture n'est pas applicable, il vise le cas où les incestueux ont commis un *stuprum* <sup>(152)</sup>. La *quaestio* exceptionnelle des esclaves de la loi *Iulia* est donc selon Papinien strictement limitée aux cas d'une *accusatio adulterii*. Ce juriste doit donc s'être exprimé dans le même sens au D.48.18.17.1. Les manuscrits de la Vulgate bolognaise ont une version qui correspond à ce que Papinien doit avoir écrit: *Sed in quaestione stupri servi adversus dominum non torquentur*. C'est ainsi qu'aussi Mommsen veut lire le texte <sup>(153)</sup>. Le *codex Florentinus* a un texte qui ne peut être

(150) Cfr Pap. *Coll.*, IV.11.1.

(151) Cfr Alex. Sev. C.9.9.6.1 (de 223).

(152) Franciscus Accursii avait déjà interprété D.48.18.4 en ce sens dans son *casus* du texte. Il a écrit que la torture des esclaves de l'accusé n'est pas possible ici, *quia tacuit cum quadam vidua vel virgine*. Il s'agit donc, selon ce romaniste médiéval, de *stuprum* et non d'*adulterium*, et pour cela la disposition exceptionnelle de la *lex Iulia de adult. coerc.* concernant la torture des esclaves de l'accusé(e) n'est pas applicable. Voir sur le nom de ce juriste du treizième siècle: F.P.W. SOTERMEER, *Recherches sur Franciscus Accursii*, dans *T.v.R.*51 (1983), pp. 4-5.

(153) Voir MOMMSEN, *Editio maior* du Digeste, note 2 sur D.48.18.17.1: « et del. ».

exact. Au *principium* du fragment D.48.18.17, on lit que selon la doctrine des juristes suivie par Marc-Aurèle et Septime-Sévère l'interrogation des esclaves par la torture *contra dominum* était possible dans le procès d'adultère, même au cas d'une *accusatio* intentée par un *extraneus*. Après cela, le texte du § 1 ne peut avoir été comme suit: *Sed et in quaestione stupri servi adversus dominum non torquentur*. Logiquement on peut lire soit *et*, soit *non*. De la *Summa* du Digeste composée par l'Anonymus<sup>(154)</sup>, qui est devenue le texte des Basiliques 60.50.17<sup>(155)</sup>, on peut déduire que ce juriste avait sous les yeux un manuscrit du Digeste qui avait *et* et pas *non*. Le texte du Digeste était par conséquent probablement: *Sed et in quaestione stupri servi adversus dominum torquentur*. Cette rédaction est due aux compilateurs, qui ont voulu admettre la torture des esclaves contre leur maître aussi dans le cas d'une *accusatio* pour *stuprum* et qui ont interpolé la fin de D.48.18.5 dans ce sens<sup>(156)</sup>.

Toutes les normes spéciales donnant une position privilégiée à l'*accusator*, dont nous venons de traiter dans ce §, étaient applicables dans les cas où le mari ou le père de la femme en question intentait une *accusatio adulterii iure mariti vel patris*. Il s'agit dans ces cas toujours d'*adulterium* commis par une femme qui est liée avec son mari dans un *matrimonium iustum*. Les normes mentionnées sous les n<sup>os</sup> 2, 3 et 7 ont été aussi appliquées par les juristes romains lorsque le mari ou le père d'une femme étant

(154) Voir sur cette *Summa*, N. VAN DER WAL - J.H.A. LOKIN, *Historiae Iuris Graeco-Romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, pp. 47-48.

(155) Voir l'édition de HEIMBACH des Basiliques, tome V, Leipzig 1850, p. 845: 60.50.17. §§ 1-2: « Καὶ ἐν τῷ περὶ φθορᾶς παρθένου ἢ χήρας, καὶ... (ici deux autres cas de *quaestio* d'esclaves sont mentionnés) βασανίζονται οἱ κληρονομιαῖοι δοῦλοι. L'indication des esclaves comme *hereditarii* est seulement exacte pour le dernier des trois cas mentionnés dans ces deux paragraphes.

(156) Nous supposons que nous avons affaire ici à une interpolation. Il ne nous semble pas probable que cette extension de la torture exceptionnelle des esclaves contre leur maître au cas de *stuprum* ait déjà été proposée par Marcien, puisque dans une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose 1<sup>er</sup> de 385 au C.9.9.31(32) la *quaestio* de la *familia* des accusés est toujours limitée au procès d'*adulterium*.

mariée dans un *matrimonium iustum* avait intenté une *accusatio adulterii iure extranei* après les soixante jours consécutifs au divorce. Ces normes (n<sup>os</sup> 2, 3 et 7) ont été pareillement appliquées dans des cas où les juristes classiques ou la chancellerie impériale ont donné au mari, au partenaire ou au père d'une femme suspecte d'infidélité sexuelle, la possibilité d'intenter une *accusatio adulterii iure extranei* alors qu'il n'était pas question d'un *ustum matrimonium*. Il s'agit de rapports sexuels avec un tiers d'une femme qui était liée avec un homme dans une relation juridique durable, assimilée à un *ustum matrimonium*, comme le mariage d'un *civis Romanus* avec une pérégrine ou avec une *civis Romana* qui n'avait pas le *ius connubii* <sup>(157)</sup>, le concubinage entre un *civis Romanus* et une citoyenne romaine ne perdant pas en commençant à vivre en *concubinatus* la qualité de *matrona* <sup>(158)</sup>, et la relation de deux fiancés romains <sup>(159)</sup>. En cas d'infidélité sexuelle d'une femme engagée dans une telle relation, son partenaire et son père n'avaient pas le droit d'intenter une *accusatio adulterii iure mariti vel patris*, mais bien celui d'intenter une *accusatio adulterii iure extranei*. En donnant dans ces cas la possibilité d'une *accusatio* pour *adulterium iure extranei*, les juristes ont atteint le résultat que les normes mentionnées aux n<sup>os</sup> 2, 3 et 7 étaient appliquées dans ces procès d'*adulterium* <sup>(160)</sup> et ont amélioré ainsi la position de l'*accusator*. En ce qui concerne le régime exceptionnel de la torture des esclaves des accusés interrogés *in caput domini* (n<sup>o</sup> 7) nous avons constaté qu'il a été en vigueur à partir du deuxième siècle en faveur de tous ceux qui intendent une *accusatio adulterii iure*

(157) Cfr Pap. *Coll.*, IV.5.1 et Ulp. D.48.5.14(13).1.4, 6 et 8.

(158) Cfr Ulp. D.48.5.14(13).1 qui mentionne le cas d'un *concubinatus* d'une *liberta* avec son patron.

(159) Cfr sur la possibilité de l'*accusatio adulterii iure extranei* contre la fiancée infidèle et son complice, notre étude *La 'sponsa adultera': quelques problèmes concernant l' 'accusatio adulterii' en droit romain classique*, dans *Homenaje Prof. Dr. Alvaro d'Ors*, Pamplona 1986.

(160) Nous répétons ce que nous avons écrit plus haut, p. 166: parce que des règles de droit différentes devaient être appliquées dans ces deux cas, il est faux d'identifier l'*accusatio adulterii iure extranei* et l'*accusatio stupri*, comme l'ont fait plusieurs auteurs récents; cfr *supra* note 73.

*extranei* (le mari, le partenaire et le père agissant ainsi comme *accusator* au même titre que les tiers).

Aux cas d'une *accusatio stupri* aucune des normes étudiées dans ce paragraphe n'a jamais été appliquée dans le droit classique.

Nous espérons avoir démontré ainsi qu'il était d'une importance capitale, en droit romain classique, d'établir s'il devait être question d'une *accusatio adulterii iure mariti vel patris*, d'une *accusatio adulterii iure extranei* par le mari, le partenaire ou le père de la femme infidèle, d'une *accusatio adulterii iure extranei* par un tiers, ou d'une *accusatio* pour *stuprum* par *quis ex populo* <sup>(161)</sup>.

§ 4. Après avoir esquissé les grandes lignes du droit classique en rapport avec le crime d'*adulterium* (§ 1) et après avoir examiné assez en détail le régime de l'*accusatio adulterii* en général (§ 2) et les nombreuses particularités du régime de l'*accusatio iure mariti vel patris* et les quelques particularités du régime de l'*accusatio adulterii iure extranei* intentée par le mari, le partenaire et le père d'une femme infidèle (§ 3), nous abordons la situation d'une femme mariée romaine ayant eu des rapports sexuels avec un tiers pendant la période de sa captivité. Tel est précisément le cas dont traite un passage d'Ulpien qui nous a été transmis au Digeste. Nous donnons d'abord le texte et une traduction.

(161) J.A.C. THOMAS a justement souligné qu'il faut faire une distinction entre l'*accusatio adulterii iure extranei* et l'*accusatio stupri*. Dans son étude *Accusatio adulterii*, dans *IURA* 12 (1961), p. 67 il écrit: « But, conceding the identity of process for *stuprum* and *ius extranei* for *adulterium*, nevertheless *adulterium* — even when prosecuted *iure extranei* — is still the offence of a woman in breach of her marital obligations and thus within the definition of the more heinous offence ». Dans cette phrase THOMAS fait exactement la distinction entre l'*accusatio adulterii iure extranei* et l'*accusatio stupri*, mais il n'a pourtant pas vu qu'il y a sûrement — comme nous venons de le montrer — des différences concernant les règles de procédure entre ces deux accusations. A la p. 71 l'auteur souligne encore une fois qu'il faut distinguer l'*accusatio adulterii iure extranei* de l'*accusatio stupri*; sa formulation est cependant peu heureuse, quand il parle de la différence entre *stuprum* et *adulterium iure extranei*.

D.48.5.14(13).7 Ulpianus l.2 de adulteriis. *Si quis plane uxorem suam, cum apud hostes esset, adulterium commisisse arguat, benignius dicetur posse eum accusare iure viri: sed ita demum adulterium maritus vindicabit, si vim hostium passa non est: ceterum quae vim patitur, non est in ea causa, ut adulterii vel stupri damnetur.*

« Si quelqu'un incrimine pourtant son épouse d'avoir commis un *adulterium* quand elle était captive entre les mains des ennemis, on dira d'une manière bienveillante qu'il pourra l'accuser *iure viri*: mais le mari ne pourra provoquer sa punition qu'au cas où elle n'a pas été la victime de la violence des ennemis: la femme cependant qui subit la contrainte n'est pas dans une telle situation, qu'elle sera condamnée pour *adulterium* ou pour *stuprum* ».

Au cours de ce siècle, beaucoup de romanistes se sont occupés brièvement ou en détail <sup>(162)</sup> de ce passage d'Ulpien. Exception faite pour Max Kaser <sup>(163)</sup>, aucun auteur n'a soutenu qu'Ulpien ait écrit ce texte tel qu'il nous a été conservé au Digeste. Ils ont tous affirmé que le texte est totalement ou en partie de la main des compilateurs ou qu'il contient des gloses postclassiques. Dans ce paragraphe nous allons reproduire et critiquer brièvement leurs théories. Au paragraphe suivant nous exprimerons notre propre vue sur l'interprétation du texte d'Ulpien.

Cinq opinions différentes ont été exposées dans la doctrine moderne sur Ulpien D.48.5.14(13).7 concernant la *captiva adultera*. Albertario, Guarneri Citati <sup>(164)</sup>, Ratti <sup>(165)</sup>, Solazzi <sup>(166)</sup>, Kreller <sup>(167)</sup>, Amirante <sup>(168)</sup>, Biondi <sup>(169)</sup> et Watson <sup>(170)</sup> ont tous

(162) Trois auteurs ont étudié ce texte à fond: VOLTERRA, BANDINI et THOMAS, voir *infra*, notes 183, 181 et 190.

(163) Voir ci-dessous, note 194.

(164) Voir *Index Interpolationum*, Tome III, Weimar 1935, col. 530.

(165) U. RATTI, *Studi sulla 'captivitas'*, II, *BIDR* 35 (1927), pp. 154-155.

(166) S. SOLAZZI, *Il concetto dell' 'ius postliminii'*, dans *Scritti Ferrini*, II, Milano 1947, pp. 352 et 355.

(167) H. KRELLER, *Die Ehe des römischen Kriegsgefangenen*, dans *Jurist. Blätter* 70 (1948), p. 285, note 23, où il parle de la « wohl... stark überarbeitete « wohlwollende » Auslegung der Ehebruchsbestimmungen zugunsten des Mannes einer captiva D.48.5.14.7... ». A la p. 285 l'auteur écrit:

soutenu que le texte d'Ulpien est gravement interpolé ou totalement de la main des compilateurs. Leur raisonnement pour nier le caractère classique du texte est uniforme et simple. En se basant sur des textes comme Pomp. D.49.15.14.1, Paul D.24.2.1 et Tryphon. D.49.15.12.4<sup>(171)</sup>, ils prétendent que, selon la réglementation généralement acceptée par les juristes classiques, la *captivitas* d'un des époux qui devenait esclave provoquait la dissolution du mariage, et que le *ius postliminii*, qui faisait revivre *ipso iure* tous les droits et devoirs de l'époux qui avait été captif au moment de son retour en Italie, n'était pas applicable au mariage, de sorte que l'époux resté *in patria* et l'autre conjoint revenu de chez les ennemis devaient se remarier quand ils voulaient prolonger leur union. Vu cette réglementation dans le droit classique, aucun juriste n'aurait pu parler d'*adulterium* de la femme captive et s'occuper du caractère (*iure mariti* ou *iure extranei*) de l'*accusatio adulterii* dans ce cas. C'est le droit de Justinien qui aurait considéré selon eux les rapports sexuels d'une *captiva* romaine avec un tiers comme *adulterium* et qui

« Es ist zu vermuten, daß die spätklassische Praxis und Literatur bestrebt war, Härten in der Durchführung der strengen Lehre des Zivilrechts von der ehelösenden Wirkung der captivitas zu mildern ». Nous sommes d'avis que la décision d'Ulpien au D.48.5.14(13).7 est un bel exemple de cette tendance de la pratique classique tardive.

(168) L. AMIRANTE, '*Captivitas*' e '*postliminium*', Napoli 1950, pp. 194-199.

(169) B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, Milano 1953, p. 243 et III, Milano 1954, pp. 152-157. Dans les deux passages mentionnés l'auteur se demande en quoi consiste la *benignitas* de la solution du texte. Au vol. II BIONDI réfère la « bienveillance » à la capacité de la femme qui n'est pas considérée comme esclave et est pour cela tenue pour responsable d'adultère. Au vol. III l'auteur écrit que la décision du texte qui fait présupposer la continuation du mariage est basée sur la *benignitas*, parce que l'*accusatio adulterii iure mariti* serait « più favorevole per la donna ». Nous savons par l'étude que nous avons faite *supra* (au § 3) de ce type d'*accusatio*, que le contraire est vrai. La réglementation de l'*accusatio adulterii iure mariti* et par conséquent la décision d'Ulpien au D.48.5.14(13).7 qui déclare ce type d'accusation applicable au cas de la *captiva adultera* sont favorables au mari.

(170) A. WATSON, '*Captivitas*' and '*matrimonium*', *T.v.R.* 29 (1961), pp. 252-257.

(171) Voir pour ces textes *infra*, § 5, pp. 199-200.

aurait donné au mari trompé l'*accusatio iure mariti* <sup>(172)</sup>, à la suite d'un changement dans la conception soit du mariage <sup>(173)</sup>, soit de la *captivitas* <sup>(174)</sup>, soit du *ius postliminii* <sup>(175)</sup>, soit du mariage et du *ius postliminii* ensemble <sup>(176)</sup>. Nous n'avons pas à nous prononcer en détail sur l'exactitude des affirmations concernant tous ces changements du droit, parce que notre étude se limite au droit classique. Bornons-nous ici à observer que, dans les trois institutions juridiques mentionnées, certaines modifications ont sans doute eu lieu durant la période postclassique et justinienne <sup>(177)</sup>, mais qu'il a été démontré que le droit de Justinien lui-même n'a pas reconnu avant 535 le *postliminium* au cas du mariage d'une personne captive, ni la validité du mariage avec un effet rétroactif <sup>(178)</sup>, ni que le mariage d'une telle personne se prolongeait durant la captivité <sup>(179)</sup>. Ce dernier principe n'a été reconnu que comme un effet de l'*humanitas* dans la Nouvelle 22, c.7 de l'année 535. Du point de vue dogmatique, la solution de D.48.5.14(13).7, qui est difficile à expliquer dans le droit classique, est donc également difficile à expliquer dans le droit de Justinien. Quant à l'opinion de ces auteurs sur la réglementation du mariage d'une personne captive en droit classique, nous nous

(172) WATSON, cité à la note 170, pp. 256-257 est le seul qui n'interprète pas ainsi D.48.5.14(13).7, mais tâche de l'expliquer dans le sens d'une punition par Justinien envers l'époux qui a eu des rapports sexuels défendus pendant la captivité; Justinien aurait donné au D.48.5.14(13).7 une *iusta causa* à l'autre époux pour ne pas se remarier avec lui. Voir contre cette interprétation inexacte déjà THOMAS, *IURA* 12 (1961), p. 79, note 41.

(173) Certains auteurs visent la circonstance que le mariage se base selon eux dans la période postclassique sur le consentement initial et non plus sur le « Dauerkonsens »; d'autres ont en tête une tendance vers l'indissolubilité du mariage sous l'influence du Christianisme; d'autres encore mettent l'accent sur la tendance vers la transformation du mariage d'une relation de fait en une relation de droit.

(174) Voir RATTI, cité à la note 165, p. 155.

(175) Voir SOLAZZI, cité à la note 166, p. 355.

(176) Voir AMIRANTE, cité à la note 168, pp. 198-200.

(177) Voir pour les modifications du droit dans la période postclassique concernant *captivitas* et *postliminium* ainsi que concernant le mariage KASER, RP, II<sup>2</sup>, München 1975, pp. 129-130, p. 169 et pp. 174-175.

(178) Voir WATSON, cité à la note 170, pp. 254-257.

(179) Voir AMIRANTE (note 168), p. 195.



contenterons de dire qu'ils la considèrent trop comme un bloc monolithique et que plusieurs exceptions à cette réglementation ont été reconnues par les juristes classiques <sup>(180)</sup>.

Les auteurs qui invoquent des textes comme D.49.15.14.1 pour motiver pourquoi Ulpien n'a pu parler d'*adulterium* dans le cas de la *captiva* infidèle, auraient pu y ajouter qu'Ulpien n'aurait pas non plus pu parler de *stuprum* commis par elle, puisque comme Papinien l'a formulé au D.48.5.6.pr.: *Inter liberas tantum personas adulterium stuprumve passas lex Iulia locum habet*. Bandini a souligné que la *captiva* n'a pu commettre de *stuprum*, dans une étude publiée en 1934 <sup>(181)</sup>, où il critiquait l'opinion de Volterra <sup>(182)</sup>, selon qui Ulpien aurait donné au mari de la *captiva* infidèle le droit à l'*accusatio iure extranei* pour *stuprum*. La captive devient une esclave — dit Bandini avec raison — et la *lex Iulia de adulteriis* ne s'occupe pas de femmes-esclaves, qui ne peuvent commettre ni *adulterium* ni *stuprum*. Selon lui aucune interprétation satisfaisante ne peut être trouvée pour la première phrase de D.48.5.14(13).7. C'est pour cela qu'il propose la restitution suivante de la version classique écrite par Ulpien :

*Si quis plane uxorem suam, cum <ille> apud hostes esset adulterium commisisse arguat, dicetur posse eum accusare, sed non iure viri.*

Cette reconstitution serait « in perfetta armonia con il sistema classico ». La situation aurait été primitivement inverse, dans le sens que ce n'était pas la femme, mais le mari qui avait été en captivité. Selon Bandini, le mari revenu à Rome pouvait intenter *iure extranei* une *accusatio iure extranei* pour le *stuprum* commis par sa femme pendant qu'il était captif, ce qui avait causé la dissolution du mariage. Toute la deuxième partie du texte serait d'après Bandini « di fattura bizantina », parce qu'il

(180) Nous traiterons de ces exceptions *infra* au § 5.

(181) V. BANDINI, *Appunti in tema di reato di adulterio*, dans *Studi Ratti*, Milano 1934, pp. 499-502.

(182) L'étude que VOLTERRA a dédiée au problème de la *captiva adultera*, citée *infra* à la note 183, sera discutée par nous ci-après, pp. 194-195.

s'agit là du cas où la femme était prisonnière de guerre dans un pays ennemi, dont Ulprien ne se serait pas occupé. Il va sans dire que cette reconstitution du texte, qui est tout à fait arbitraire, ne peut pas être acceptée. Elle est impossible pour trois raisons. Premièrement on ne voit pas pourquoi Ulprien aurait dû s'exprimer sur une question dont la réponse est si simple. En second lieu, on ne comprend pas pourquoi Ulprien se serait occupé dans ce paragraphe d'un cas de *stuprum*, tandis que dans les autres paragraphes pr.-9 il s'occupe de problèmes concernant l'*accusatio* pour *adulterium*. Enfin — nous revenons toujours sur ce point — le juriste n'a pas pu parler d'une *accusatio iure extranei* en rapport avec le crime de *stuprum*.

Le premier auteur qui s'est occupé à fond de notre texte est Edoardo Volterra, qui y a consacré plusieurs pages en 1930<sup>(183)</sup>. Selon le regretté romaniste italien, le mot *benignius* serait une indication de l'intervention de la commission de Justinien dans le texte d'Ulprien. Il aurait été absurde que le juriste ait donné au mari l'*accusatio adulterii iure mariti*, parce qu'au moment du commerce sexuel la femme n'était pas mariée, le mariage étant dissous par sa captivité. Selon Volterra le juriste classique aurait donné au mari le droit d'accuser la femme pour *adulterium iure extranei*, et il observe que *adulterium* a ici le sens de *stuprum*. Il invoque pour cette hypothèse deux *scholia* sur les Basiliques 60.37.15, qui contiennent d'après Volterra un commentaire sur le texte original d'Ulprien et qui reflètent par conséquent le droit classique. Ces scolies fournissent, selon le savant auteur, des arguments pour soutenir qu'en droit classique, dans le cas traité par Ulprien, l'*accusatio* était donnée *non iure mariti*. Volterra considère la deuxième partie (*ceterum... damnatur*) comme classique et propose la reconstitution suivante du passage d'Ulprien :

*Si quis plane uxorem suam, cum apud hostes esset, adulterium commisisse arguat, dicetur non posse eum accusare iure viri. sed iure extranei adulterium maritus vindicabit,*

(183) E. VOLTERRA, *In tema di 'accusatio adulterii'*, dans *Studi Bonfante*, II, Milano 1930, pp. 122-126.

*si vim hostium passa non est: ceterum quae vim patitur non est in ea causa ut adulterii vel stupri damnetur.*

Cette reconstitution n'est pas acceptable. L'auteur commet la même erreur qu'en son étude de 1928<sup>(184)</sup> en confondant *accusatio adulterii iure extranei* avec *accusatio stupri*. Depuis les belles études de Wubbe<sup>(185)</sup> nous savons que l'invocation de la *benignitas* est fréquente parmi les juristes classiques et pas du tout une indication pour le caractère postclassique d'un texte.

Ensuite, la manière dont l'auteur se sert des scolies des Basiliques que nous avons mentionnées, nous semble inadmissible. Rien ne nous permet de croire que les deux scoliastes ont commenté le texte original d'Ulpien. Ce qu'ils commentent ici, c'est le Digeste, et ce qu'ils ont eu sous les yeux, c'est un manuscrit du Digeste qui avait apparemment au D.48.5.14(13).7 dans la première phrase *non iure viri*, et pas *iure viri*, comme le *codex Florentinus* et les manuscrits de la Vulgate bolonaise. Il est au surplus notable que l'un de ces scoliastes fait remarquer que la plupart des manuscrits du Digeste ont la version *iure viri*<sup>(186)</sup>. Nous sommes d'avis qu'aucune conclusion sur la rédaction du texte original d'Ulpien ne peut être tirée de ces scolies des Basiliques. Enfin le regretté auteur lui-même<sup>(187)</sup> a souligné plusieurs fois que, depuis le changement dans le droit d'accuser pour *adulterium* introduit par Constantin en 326<sup>(188)</sup>, selon lequel ce ne sont que les plus proches parents qui peuvent intenter *accusatio adulterii* après le mari, la différence entre les deux types *accusatio* s'est grandement atténuée et est « ormai di quasi nessuna importanza pratica ». Si cela est vrai, des interpolations dans les textes qui ont trait à cette différence semblent peu probables.

(184) VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), p. 9 et 47.

(185) F. WUBBE, *Benignus redivivus*, dans *Symbolae David*, Leiden 1968, pp. 237-261 et '*Benigna interpretatio*' als *Entscheidungskriterium*, dans *Festgabe A. Herdlitzka*, München-Salzburg 1972, pp. 295-314.

(186) Voir le deuxième « scholion » sur D.48.5.14(13).7 aux Basiliques 60.37, éd. HEIMBACH, tome V, p. 724; nous y reviendrons *infra*, § 5, p. 205.

(187) VOLTERRA, *Per la storia* (note 71), p. 54 et *In temu di 'accusatio adulterii'* (note 183), p. 113, où l'on trouve les mots cités.

(188) C.9.9.2S(29).

H.J. Wolff<sup>(189)</sup> s'est rallié en 1950 aux vues de Volterra, non seulement concernant le texte primitif de D.48.5.14(13).7, mais aussi sur l'interprétation des scolies des Basiliques.

L'auteur le plus récent qui s'est occupé d'une manière détaillée du passage d'Ulpien D.48.5.14(13).7, à savoir Thomas<sup>(190)</sup>, respecte un peu plus le texte conservé en admettant que *benignius* a été écrit par Ulpien et qu'il s'agit pour Ulpien dans ce texte d'une *accusatio* pour *adulterium* et non pour *stuprum*. Il est même d'avis qu'Ulpien a parlé de l'*accusatio iure mariti*. En invoquant une constitution de Septime-Sévère et Caracalla incorporée au C.8.50.1 et citée par Ulpien et Marcien dans trois textes du Digeste<sup>(191)</sup>, d'après laquelle un enfant de deux époux romains né pendant leur captivité, et qui revient plus tard avec eux à Rome, est reconnu comme légitime, Thomas soutient qu'Ulpien a écrit *cum apud hostes essent*<sup>(192)</sup> au lieu de *apud hostes esset*, et que la dernière partie (*ceterum... damnetur*) serait une addition ultérieure. Le *codex Florentinus* et les manuscrits de la Vulgate de Bologne ont pourtant *esset*, comme l'avait le manuscrit du Digeste que l'Anonymus, qui a composé la somme du Digeste qui est devenue le texte des Basiliques<sup>(193)</sup>, avait sous les yeux. Nous considérons donc la « correction » apportée par Thomas comme arbitraire et inadmissible. Il est vrai que le texte, s'il avait eu *essent*, serait plus facile à comprendre. Nous devons toutefois essayer de l'interpréter dans la version qui nous a été transmise.

Tous les romanistes dont nous avons résumé les opinions ont refusé d'accepter comme provenant d'Ulpien le texte que nous lisons au Digeste. Selon le premier groupe de romanistes, d'Albertario à Watson, le texte ne peut avoir été rédigé par Ulpien :

(189) H.J. WOLFF, *Doctrinal trends in Postclassical Roman Marriage Law*, SZ 67 (1950), pp. 313-315.

(190) J.A.C. THOMAS, *Accusatio adulterii*, dans *IURA* 12 (1961), pp. 75-80.

(191) Ulp. D.38.17.1.3 et D.49.15.9, et Marcien D.49.15.25.

(192) La lettre 'n' aurait disparu par une « étourderie » du copiste, ou par une « correction » du scribe, qui aurait cru que *essent* était une erreur.

(193) Cfr N. VAN DER WAL-J.H.A. LOKIN, *Historiae Iuris Graeco-Romani delineatio*, Groningen 1985, pp. 47-48.

selon Bandini et selon Volterra le juriste aurait parlé de *stuprum*, d'après Bandini commis par la femme d'un captif elle-même restée à Rome, d'après Volterra commis par la femme étant prisonnière de guerre dans un pays ennemi. Thomas est prêt à accepter qu'Ulpien a véritablement parlé d'une *accusatio adulterii iure mariti*, mais il suppose que les deux époux étaient en captivité.

Le seul romaniste qui est disposé à respecter le texte et à admettre qu'Ulpien a parlé d'une *accusatio adulterii iure mariti* au cas où seule la femme était en captivité, est Max Kaser, qui dans une brève note du deuxième volume de son manuel <sup>(194)</sup> a mis les recherches ultérieures sur la bonne voie. En ce qui concerne le problème de savoir si les écoles postclassiques ou les compilateurs ont changé le droit en introduisant le principe de la continuation du mariage pendant la captivité, il écrit contre des auteurs comme Ratti, Wolff et Watson: « Doch lassen Iul. D.24,2,6; Ulp. D.23,2,45,6; 48,5,14,7 ...eher bereits an Klassikerkontroversen denken ».

§ 5. Nous en venons maintenant à l'exposé de notre propre opinion. Avec Kaser nous sommes d'avis qu'Ulpien a écrit le texte comme nous le lisons au Digeste. Le cas dont il s'occupe est le suivant. Une citoyenne romaine est devenue captive dans un pays ennemi. Son mari est resté à Rome. Après la fin de sa captivité, elle y revient et reprend son mariage avec son (ancien) mari (ou selon plusieurs textes classiques: elle se marie de nouveau avec lui). Puis, le mari apprend que la femme a eu pendant sa captivité des rapports sexuels avec un tiers et il veut l'accuser d'*adulterium iure mariti* sur la base de la *lex Iulia de adult. coerc.* Est-ce qu'il a, selon Ulpien, le droit de le faire? Le texte du Digeste donne une réponse affirmative. Cette réponse a été donnée — croyons-nous — par Ulpien lui-même. Le juriste ajoute — en pleine conformité avec d'autres décisions <sup>(195)</sup> — que la femme

(194) KASER, *RP*, II<sup>2</sup>, p. 179, note 4.

(195) La femme ne peut être poursuivie ni pour *adulterium*, ni pour *stuprum*; cfr Pap. D.45.5.40(39).pr. et Ulp. D.48.5.30(29).9, ainsi que Diocl. et Maxim. C.9.9.20 (de 290): la femme violentée a une *inreprehensa voluntas*.

qui a été contrainte par force au commerce sexuel ne peut être punie, vu l'absence de *dolus*.

Tirons d'abord, en faveur du caractère classique de la décision contenue dans la première partie du texte, quelques arguments du contexte de notre § 7. Dans les §§ pr.-9 Ulprien traite du problème de l'*accusatio adulterii* et pas de celui de l'*accusatio stupri*; il est par conséquent peu probable que le juriste ait parlé de cette dernière accusation au § 7. Dans les §§ 6 et 8, il s'agit d'un manque de fidélité dans une relation durable comparable à un mariage, qui n'est pourtant pas un *matrimonium iustum*, comme le *concupinatus* et la relation quasi-matrimoniale de deux personnes vivant ensemble avec l'*affectio maritalis* lorsque la femme est une *filia familias* qui n'a pas le consentement de son père, ou qu'elle n'a pas encore atteint l'âge de la *pubertas*. Dans ces trois cas un *matrimonium iustum* a été conclu plus tard entre les mêmes personnes. Quand celui qui est devenu le mari veut intenter une *accusatio adulterii* pour faire punir un manque de fidélité sexuelle se rapportant à la relation qui a précédé au mariage, Ulprien lui refuse le droit d'accuser *iure mariti*, mais lui accorde le droit d'accuser *iure extranei*. Dans le cas du § 7, non seulement un mariage valable a été conclu après les rapports sexuels de la femme avec un tiers et ce mariage a duré jusqu'au moment où le mari veut accuser sa femme, mais les deux personnes en question étaient aussi mariées avant les moments d'infidélité. Si l'on compare la situation de notre paragraphe avec celles du paragraphe précédent et du paragraphe suivant, on peut comprendre aisément qu'il a permis l'*accusatio iure mariti* dans le cas du § 7. Si le juriste avait voulu donner au mari le droit d'accuser pour *adulterium iure extranei*, le mot *plane* et l'appel à la *benignitas* auraient été superflus. Ces mots indiquent que le juriste a donné au mari une faculté plus favorable ici qu'aux cas des §§ 6 et 8, ce qui ne peut être que l'*accusatio iure mariti*. Puisqu'Ulprien n'invoque pas la *benignitas* dans les cas des §§ 6 et 8 où le droit d'accusation *iure extranei* est accordé, Ulprien doit avoir donné au § 7 le droit d'accusation *iure mariti*. Le mot *plane* a été employé ± 400 fois dans les textes du

Digeste; ± 300 fois on le trouve dans des textes d'Ulpien<sup>(195a)</sup>. Les fragments d'Ulpien forment 40,73 % du Digeste si l'on compte par lignes et 41,56 % si l'on compte par mots<sup>(196)</sup>, tandis que ± 75 % des cas d'emploi du mot *plane* sont d'Ulpien. Il est donc fort probable que le mot *plane* dans notre texte est de la main d'Ulpien. La plupart du temps le mot *plane* est utilisé par ce juriste pour indiquer une opposition à ce qui précède<sup>(197)</sup>, et il faut le traduire par « pourtant ». Au § 6 l'*accusatio iure mariti* a été refusée par Ulpien; le mot *plane* au début du § 7 est un indice solide pour la justesse de notre hypothèse que le juriste a donné au mari de la *captiva adultera* le droit d'intenter une *accusatio adulterii iure mariti*.

Est-ce que cette solution est compatible avec la réglementation du mariage d'une personne captive en droit romain classique? Il est certainement vrai qu'un bon nombre de textes nous ont été conservés au Digeste, où le juriste s'exprime ainsi: le mariage est dissous par la captivité, à la suite de laquelle la personne se trouvant en captivité devient esclave. Quand la captive (le captif) revient en Italie, les droits et devoirs du mariage ne renaissent pas *ipso iure* par le *ius postliminii*, parce que le mariage, comme la possession, est une situation de fait, qui ne peut pas revivre par le seul effet du droit. Si la personne revenue et la personne restée à Rome veulent reprendre leur mariage, elles doivent se marier de nouveau. Nous citons à titre d'exemples les textes suivants:

D.49.15.14.1 Pomponius *l.3 ad Sabinum*.

*Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium.*

(195a) Nous nous sommes servi des microfiches de T. HONORÉ-J. MENNER, *Concordance to the Digest Jurists*, Oxford 1980.

(196) T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford 1982, p. 47 et p. 207, et P. BIRKS, *Honoré's Ulpian*, dans *The Irish Jurist*, 1983, p. 152.

(197) Voir par exemple Ulp. D.3.2.6.6, D.3.3.42.6, D.26.10.7.pr. et D.48.5.20(19).3. Cfr aussi Ulp. D.48.5.14(13).1 où le mot *plane* met l'accent sur l'opposition entre la situation où la femme infidèle est une concubine (§ pr.), et celle où elle est une *uxor iusta* ou *iniusta* (§ 1).

D.49.15.12.4 Tryphoninus *l.4 disputationum*.

*Sed captivi uxor tametsi maxime velit et in domo eius sit, non tamen in matrimonio est.*

D.24.2.1 Paulus *l.35 ad edictum* (197a).

*Dirimitur matrimonium divorcio, morte, captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum.*

Nous avons pourtant trouvé des textes de Pomponius, de Julien et d'Ulpien et une constitution de Septime-Sévère et Caracalla dans lesquels des exceptions ont été reconnues aux principes que nous venons de mentionner. Voyons d'abord :

D.24.3.10.pr. Pomponius *l.15 ad Sabinum*.

*Si ab hostibus capta filia, quae nupta erat et dotem a patre profectam habebat, ibi decesserit, puto dicendum perinde observanda omnia ac si nupta decessisset, ut, etiamsi in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat.*

Pour la *dos profecticia*, la règle était en vigueur qu'elle doit retourner au père *mortua in matrimonio muliere* (198). Selon les normes du droit strict la condition pour le retour de la dot au père de la *filia captiva* n'est pas remplie, le mariage étant dissous par la captivité. Le juriste n'a quand même pas voulu que le mari de la femme décédée en captivité conserve la dot, et il a décidé que tout doit être observé, comme si elle était décédée *nupta*. Par conséquent la *dos profecticia* doit être restituée au père de la *filia capta* après sa mort (199). Ainsi, pour atteindre un

(197a) Voir de ce juriste aussi D.24.3.56 Paulus *l.6 ad Plautium*: *Si quis sic stipuletur a marito « si quo casu Titia nupta esse desierit, dotem dabis? » hac generali commemoratione et ab hostibus capta ea committetur stipulatio...*, et D.49.15.8 Paulus *l.3 ad leg. Iul. et Pap.*: *Non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest...*; le reste du texte est interpolé; cfr WATSON (note 170), p. 244.

(198) Voir Pomp. D.23.4.7 *in fine* et Ulp., *Epit.*, VI.4.

(199) AMERANTE (note 168), p. 155, parlant de ce texte, soutient que le père aurait aussi pu demander du mari la restitution de la *dos profecticia* à partir du moment de la captivité. Ceci a été critiqué avec raison par WATSON (note 170), pp. 258-259, note 42, parce que « during her life-



résultat voulu concernant la restitution de la dot, Pomponius reconnaît une exception à la règle que le mariage est dissous par la *captivitas*.

Un cas voisin a été tranché par Valérien et Gallien dans un rescrit de 259 de notre ère incorporé au C.5.18.5. Quand une femme s'est fait promettre par son mari sous forme de stipulation la restitution de la dot pour le cas de la dissolution du mariage, et qu'elle est devenue *captiva*, les empereurs décident que son frère n'est pas fondé à réclamer en tant qu'héritier, par l'*actio ex stipulatu*, la restitution de la dot, aussi longtemps que la femme n'est pas décédée *apud hostes*. La raison de cette décision est, comme Amirante l'a démontré<sup>(200)</sup>, que le frère ne peut intenter l'action en sa qualité d'héritier qu'après la mort de sa sœur, parce que la succession dans le patrimoine de la femme est suspendue jusqu'à sa mort en pays ennemi. Le résultat est que le mari peut conserver la dot jusqu'à l'action intentée par le frère après la mort de la femme, ce qui donne l'impression que le mariage n'est pas dissous par la captivité.

Un autre juriste à ne pas avoir appliqué sans exceptions les normes mentionnées plus haut concernant le mariage d'une personne en captivité est Julien. Cela résulte en premier lieu du texte suivant :

D.23.2.45.6 Ulpianus l.3 ad legem Iuliam et Papiam.

*Si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor ne possit ista conubium habere nubendo, quemadmodum haberet, si mortuus esset. et qui Iuliani sententiam probant, dicerent non habituram conubium: putat enim Iulianus durare eius libertae matrimonium etiam in captivitate propter patroni reverentiam. certe si in aliam servitutem patronus sit deductus, procul dubio dissolutum esset matrimonium.*

time the *pater* could only sue for recovery of *dos profecticia* with her consent ». Voir sur l'*actio rei uxoriae adiuncta filiae persona*: A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der 'actio rei uxoriae'*, Köln-Wien 1969, pp. 151-153.

(200) AMIRANTE (note 168), p. 156.

Dans l'hypothèse où un patron et sa *liberta* vivaient comme des époux à Rome, il y avait une divergence d'opinions entre Julien et Ulpien sur l'interprétation de la prescription suivante de la loi *Julia et Papia: divortii faciendi potestas libertae, quae nupta est patrono, ne esto* <sup>(201)</sup>. Julien était d'avis que l'affranchie n'avait pas le droit de divorcer d'avec son patron sans son consentement et que le divorce non autorisé était nul. Ulpien soutenait que, bien que la *liberta* n'eût pas le droit de divorcer sans le consentement requis, le divorce était quand même valable, mais que la *liberta* n'avait pas le *connubium* avec un tiers. Cette divergence de vues menait aussi à une différence entre les solutions proposées par les deux juristes pour le cas où le patron était devenu prisonnier de guerre. Selon Julien l'affranchie ne pouvait pas se remarier tant que son patron vivait en captivité, puisque selon lui le mariage entre la *liberta* et le *patronus captivus* continuait <sup>(202)</sup>. C'est sans doute une entorse au principe selon lequel le mariage se terminait par la captivité. Ulpien était de l'opinion contraire; selon lui le mariage avec le patron captif est terminé, parce que la *liberta* peut divorcer de son mari <sup>(203)</sup>.

Du même juriste Julien on trouve sur les couples dont le mari est captif une phrase affirmant que les épouses des captifs sont considérées comme gardant la condition de fem-

(201) Voir sur cette différence entre Julien et Ulpien: WATSON (note 170), pp. 247-254.

(202) H.J. WOLFF, *T.v.R.*17 (1941), p. 174, note 1 et WATSON (note 170), p. 249 considèrent cette décision du texte comme authentique. Ils ont seulement des doutes en rapport avec les mots *propter patroni reverentiam*. A notre avis la révérence de la *liberta* envers son patron, qui requiert le consentement de ce dernier au divorce, est un élément essentiel dans la décision de Julien.

(203) Cfr WATSON (note 170), pp. 253-254. On trouve la traduction suivante du début du texte d'Ulpien D.23.2.45.6 dans *El Digesto de Justiniano*, par A. d'ORS et d'autres, tome II, Pamplona 1972, p. 109: « Si se dice que los enemigos hicieron prisionero al patrono, temo que tampoco ésta puede casarse válidamente, como podría en cambio, si él hubiese muerto... ». Cette traduction n'est pas exacte; Ulpien écrit pour le cas en question: « j'ai peur que l'affranchie ait la possibilité de se marier comme elle l'aurait, si le patron était décédé... ».

mes mariées<sup>(204)</sup>. Malheureusement, nous ne pouvons plus établir pour quel problème juridique cette expression prudente, typique pour la manière dont les juristes classiques ont modernisé le droit, a été employée. Seckel<sup>(205)</sup>, suivi par Wolff<sup>(206)</sup>, a voulu lire au lieu de *uxores eorum qui in hostium potestate pervenerunt: libertae uxores patronorum qui in hostium potestate pervenerunt*. Ces auteurs mettent ainsi le texte D.24.2.6 en rapport avec les mariages des *libertae*, mais cette reconstitution est tout à fait arbitraire<sup>(207)</sup>.

Très important pour nous est un rescrit sans date de Septime-Sévère et Caracalla, que nous pouvons trouver au C.8.50(51).1, et dont Ulpien parle dans deux textes (D.38.17.1.3 et D.49.15.9), ainsi que Marcien au D.49.15.25. Il y est question d'une fille issue d'époux qui étaient prisonniers tous les deux; née pendant la captivité, elle rejoint plus tard le territoire romain avec ses deux parents. Les empereurs attribuent à cette fille le statut d'enfant légitime et d'*heres legitima*. Comme Watson l'a bien vu<sup>(208)</sup>, cette décision présuppose que les empereurs ont considéré le mariage des parents captifs de cet enfant comme valable. Honoré a démontré<sup>(209)</sup> qu'Ulpien a été secrétaire à *libellis* des deux

(204) D.24.2.6 Iulianus l.62 digestorum: *Uxores eorum, qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere [eo solo, quod alii temere nubere non possunt. et generaliter...]*. Selon KASER, *RP*, II<sup>2</sup>, p. 175, note 6 le texte est interpolé à partir de *generaliter*. Nous sommes d'avis que l'interpolation commence plus tôt, surtout parce que l'expression *temere alii nubere* est très proche de l'expression εἰ μὴ βούλοιντο δοκεῖν κατὰ προπέτειαν τοῦτο πράξει (nisi volunt videri ausu temerario hoc egisse) de la Nouvelle 22, c. 7.

(205) HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>2</sup>, Jena 1907, p. 580 s.v. *temere*.

(206) H.J. WOLFF, cité à la note 189, p. 316.

(207) Le contexte de ce fragment était d'après LENEL, *Paltingenesia*, I, col. 469, n° 1758 la matière de la loi *Cornelia*, des captifs et du *postliminium*. Le sujet du mariage entre le patron captif et la *liberta* a probablement été traité par Julien au livre 68 de ses *Digesta*; cfr LENEL, *Paltingenesia*, I, col. 473-474.

(208) WATSON (note 170), p. 247: « the text does show that the marriage was retroactively validated by *postliminium* if both parties returned ».

(209) T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, London 1981, pp. 59-64, et

empereurs de notre rescrit de 202 à 209, et qu'il a écrit les rescrits de ces empereurs. Il connaissait donc sans doute bien le rescrit que nous venons de résumer, et il n'est même pas impossible qu'Ulpien l'ait personnellement rédigé.

Ensuite nous pouvons invoquer en faveur de notre thèse, selon laquelle des juristes classiques ont admis plusieurs exceptions à la réglementation des mariages d'une personne captive, un texte d'Ulpien D.24.1.32.14, où ce juriste traite des donations entre époux<sup>(210)</sup>. Dans ce texte détaillé, Ulpien se pose le problème de la validité des donations réciproques *mortis causa* entre époux, qui tous les deux sont devenus captifs, dans différentes hypothèses: s'ils meurent tous les deux en captivité, s'ils reviennent tous les deux, ou si l'un d'eux revient. Comme Solazzi l'a bien vu<sup>(211)</sup>, les problèmes débattus au § 14 « poterono affaticare solamente chi credeva che il matrimonio persistesse anche dopo la prigionia e che i coniugi beneficiassero del postliminio ». Cette continuation du mariage et cette application du *ius postliminii* aux époux quand la *captiva* revient du pays ennemi se retrouvent dans le texte d'Ulpien D.48.5.14(13).7, ce qui donne un appui supplémentaire à notre thèse quant au caractère classique de ce texte.

Toutes ces exceptions à la règle de la dissolution du mariage des captifs et à la non application du *ius postliminii* en cas de retour de l'époux captif concernent des cas concrets et ont été formulées d'une manière prudente. Ce n'est que Justinien qui écrit dans la Nouvelle 22, c.7<sup>(211a)</sup> d'une manière générale, en se basant sur l'*humanitas*, que tant qu'il est clair que l'époux captif est encore en vie μένειν ἄλλα τὰ συνουκεία συγχωροῦμεν.

Enfin, nous devons dire encore quelques mots sur le texte et les scolies des Basiliques, dont Volterra a voulu se servir pour

*Ulpian*, Oxford 1982, pp. 191-203. Cfr aussi D. LIEBS, *Gnomon* 55 (1983), p. 442, et P. BIRKS, *The Irish Jurist*, 1983, p. 152.

(210) Cfr LENEL, *Palingenesia*, II, col. 1146, n° 2778.

(211) S. SOLAZZI, cité à la note 166, p. 353.

(211a) Voir sur ce passage S. DI MARZO, *Dirimitur matrimonium captivitate*, *Studi Solazzi*, Napoli 1948, pp. 1-5, et WATSON (note 170), p. 258.

étayer sa thèse selon laquelle Ulpien n'aurait donné au mari de la *captiva adultera* que le droit de l'accuser pour *stuprum*.

La *Summa* de l'Anonymus qui a servi pour établir le texte des Basiliques <sup>(212)</sup> prouve que ce juriste byzantin a utilisé un manuscrit du Digeste qui avait au D.48.5.14(13).7 les mots *non iure viri* <sup>(213)</sup>. La première scolie οὐ δικαίω ἀνδρός fournit des arguments qui permettraient de refuser au mari le droit d'accuser *iure mariti* et fait savoir que dans d'autres manuscrits du Digeste on trouve la version *iure viri*; pour l'interprétation de cette rédaction la première scolie renvoie à la deuxième <sup>(214)</sup>. Cette autre scolie rapporte que la majorité des manuscrits du Digeste <sup>(215)</sup> a la version *iure viri*, pour laquelle cette scolie donne l'explication suivante: τὸ γὰρ ποστλίμνιον οὕτως ἀποκαθίσταται τὸν γάμον, ὥσπερ ἐὰν οὐκ ἐμεσολάβησεν ἡ αἰχμαλωσία <sup>(216)</sup> (parce que le *postliminium* restitue ainsi le mariage, comme si la captivité n'avait pas eu lieu entre-temps). C'est ainsi qu'Ulpien a décidé selon nous, au D.48.5.14(13).7, pour le cas de la *captiva adultera*.

Nous pouvons conclure que plusieurs juristes classiques ainsi que la chancellerie de Septime-Sévère et Caracalla ont donné pour des problèmes juridiques précis certains effets à un mariage d'une personne qui est devenue captive, non seulement quand cette personne meurt en captivité, mais aussi quand elle revient à Rome et continue le mariage avec l'époux resté à Rome. Le texte d'Ulpien D.48.5.14(13).7 dans lequel il reconnaît au mari le droit d'accuser son épouse *iure mariti* pour l'*adulterium* commis par elle en captivité, pourvu qu'elle n'ait pas été contrainte par force à l'acte de commerce sexuel, doit être placé dans la série de ces décisions et n'a ainsi rien de surprenant.

(212) Cfr VAN DER WAL et LOKIN, cités *supra*, note 193, pp. 47-48.

(213) Voir l'édition des Basiliques de HEIMBACH, t. V, 60.37, p. 724. Il s'agit à notre avis d'une faute de copiste dans un manuscrit. Il n'y a aucune raison de supposer que cette rédaction concorderait avec la version classique du texte d'Ulpien.

(214) Cfr l'édition des Basiliques de HEIMBACH, t. V, 60.37 p. 724.

(215) Nous savons qu'à cette majorité appartient tant le *codex Florentinus* que les manuscrits de la Vulgate bolonaise.

(216) Voir l'édition des Basiliques de HEIMBACH, t. V, 60.37, p. 724.