Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain

par André MAGDELAIN

(*Paris*)

Ont raison ceux qui pensent que les XII tables au milieu du V^e^ siècle sont l'aboutissement de la culture dite archaïque. Une ère de fondation de temples est en voie d'achèvement. L'importation des vases grecs, en particulier attiques, est sur le déclin. A quelques exceptions près, les *gentes* patriciennes ont reçu le charisme des *auspicia maxima* de la magistrature supérieure. On observe dès l'an I de la République jusqu'au temps des décemvirs des noms étrusques dans les Fastes. Cette marque d'étrusquisation disparaît ensuite. Les couleurs de l'archaïsme vont s'effacer. Le droit romain va connaître un nouveau développement, qui sera marqué aux siècles suivants par la liquidation sans gloire de la querelle des deux ordres. Le cours

du droit public, de la chute des rois à la loi Hortensia, se déroule selon une série de progressions bien connues. Au contraire on a l'habitude de présenter pour le même temps un tableau à peu près immobile du droit privé. Après le monument presque parfait des XII tables, vient un droit beaucoup plus terne.

La langue élégante de ce code, avec ses rythmes soit binaires soit ternaires, ne se verra plus guère ensuite, si ce n'est dans les pastiches qu'en font les lois dites royales, en particulier la loi sur le *paricidas* ou la *lex horrendi carminis* sur la *perduellio*. Cette langue est aussi celle des actes juridiques qui remontent à ce temps. Les *carmina* du culte sont le prototype. Les XII tables sont elles-mêmes, comme le dit Cicéron (*leg.* 2,59), un *carmen necessarium* que les écoliers apprenaient par coeur.

Après cette loi, le droit tend à devenir fort inélégant. On connaît la lourdeur des mécanismes de l'adoption et de l'émancipation. L'histoire de l'acte juridique va donner lieu à de profondes transformations. Le style du testament *per aes et libram* se surcharge de complications. L'instrument du crédit ne sera plus le *nexum*, auquel une loi célèbre de la fin du IV^{e} siècle donne le coup de grâce. *Mutuum* et *stipulatio*, souvent combinés, vont connaître une ère nouvelle. La mancipation va subir une refonte totale. Dans les XII tables, comme l'avait vu MOMMSEN (*Hist. rom.* I, p. 208, 215) elle est une remise de l'objet, dont dispose l'aliénateur. A cela correspond l'expression *venum dare* de ce code (4,2), alors que plus tard elle est une appréhension unilatérale de l'acquéreur. En somme, au cours du

premier âge républicain, l'acte juridique est en pleine mutation. Ses nouvelles formes n'ont plus l'élégance des anciennes. IHERING parlait à ce propos de la "simplicité de l'acte juridique".

Qu'en est-il de la justice civile ? Les grands traités de procédure la décrivent aujourd'hui dans son dernier état, à la veille du triomphe de la formule. Faut-il croire qu'elle resta immobile tout au long de la période dite de l'ancien droit ? On peut observer, au cours de cette période, que le mot *sacramentum* a changé de sens. On reconnaît d'abord en lui la *sacratio iuris iurandi* (Fest. 466 L), ensuite il désigne le montant d'*aes* qui est l'enjeu du procès. A travers cette variation, transparaît une réforme de la *legis actio*, comparable à celle de l'acte juridique.

I

Dans le dernier état de l'ancien droit, le *sacramentum* (1) est une somme d'argent, plus précisément une amende. Amende de procédure, voilà la définition qu'en donnent MOMMSEN,

1) Sur cette *legis actio*, voir la brillante synthèse de WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I (1988), p. 256 suiv.; voir aussi la bibliographie chez HACKL, *ZS*, 1989, p. 152 n. 1.

WISSOWA, WALDE - HOFMANN (2). Cet accord entre les maîtres du droit, de la religion et de la linguistique, repose sur un semblable accord à Rome entre juristes et grammairiens. La *summa sacramenti* est versée *in publicum* selon Gaius (4,13), qui l'appelle aussi *poena sacramenti* (4,14), expression que l'on retrouve chez Pseudo-Asconius (*Verr.* 2,1,26). Le langage de Festus n'est pas différent : 468 L *sacramentum aes significat, quod poena nomine penditur.* Selon Varron (*lingua Lat.* 5,180) la destination est l'*aerarium.*

D'après Gaius (4,14) le montant de cette amende de procédure était dans les XII tables de 50 ou 500 as, selon la valeur du litige. L'évaluation en monnaie est anachronique dans cette loi, comme chaque fois qu'il est question d'une peine fixe. Mais contrairement à ce qui se passe pour les tarifs de l'*iniuria* ou de l'*os fractum*, il n'est pas évident que l'on puisse, pour la *poena sacramenti*, substituer par une sorte de calcul mental un poids en *aes* à un chiffre en monnaie. Dans les temps anciens, la composition pécuniaire ou *poena* privée, qui a pour fonction de satisfaire la victime du délit, obéit à un mode de règlement nettement distinct de celui des amendes qui vont à l'État, comme c'est le cas pour la *poena sacramenti*. La *poena* privée est évaluée en métal, telle est la règle dans les XII tables, alors que les magistrats ignorent le métal quand ils infligent une amende.

---

2) MOMMSEN, *Staatsrecht*, II, p. 68 suiv. (= *Droit public*, III, p. 78) ; WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, 1912, p. 407 ; WALDE - HOFMANN, *Lat. etym. Wörterbuch*, II (1954), p. 459 v. *sacer*.

Les amendes publiques sont libellées en têtes de bétail, moutons ou boeufs, et une loi archaïque a calculé sur ce mode la *multa suprema* (Paul. Fest. 129 L *maximam multam*) (3). Cet usage est fortement attesté (Gell. 11,1,4 *ego ei unum ovem multam dico*), et il se perpétue encore en un temps où le paiement se fait en monnaie (Varro, *r. r.* 2,1,9 *multa etiam nunc ex vetere instituto bubus et ovibus dicitur*; Plin. *n. h.* 18,11 *multatio quoque non nisi ovium boumque inpendio dicebatur*). Le régime des amendes publiques est en contradiction radicale avec l'économie des XII tables qui ne connaissent que l'*aes* comme mode de paiement. Qu'il s'agisse de la *confessio* d'une dette (XII t. 3.1 *aeris confessi*), du *iudicatum* (Gaius 4,21), de l'*arbitrium liti aestimandae* (XII t. 12,3 ; Val. Prob. 4,10) ou des tarifs de composition (XII t. 8,3-4), chez les décemvirs le métal est le seul moyen officiel de paiement entre *privati*. Les formules des différentes *legis actiones* n'en connaissent pas d'autre. L'économie de la charte archaïque du droit privé ne s'impose pas aux magistrats lorsqu'ils exercent leur coercition par voie de *multa*.

La contradiction est stridente entre la *poena* privée libellée en *aes* et l'amende publique énoncée en bétail. Et, cependant, la *poena sacramenti*, bien que amende publique, est évaluée en *aes* dans les XII tables, comme le sont les peines privées. Les Romains ont parfaitement compris la difficulté. Il fallait expliquer

3) Voir ma *Loi à Rome*, 1978, p. 65 suiv.

pourquoi ce code calcule en métal une amende publique, qui devrait l'être en bétail. Pour sortir d'embarras, les maîtres du droit et de l'histoire eurent recours à une loi légèrement antérieure aux XII tables, la loi Aternia Tarpeia de 454, que MOMMSEN (*R. Münzwesen*, p. 175-176) tient justement pour apocryphe (4). Il suffisait qu'à la veille de ce code le législateur fût intervenu pour établir une conversion officielle de bétail en *aes*. Grâce à cette invention, il n'y avait plus à s'étonner que l'amende publique du *sacramentum* fît exception, dans ce code, au régime alors en vigueur des autres amendes publiques.

Dans nos sources, un certain désordre règne sur la loi Aternia Tarpeia. Seul Cicéron (*rep.* 2,60) présente un récit cohérent de cette falsification. A ses yeux, la loi Aternia *de multae sacramento* n'avait pour objet que cette seule amende de procédure et la réforme n'avait trait qu'à la justice civile (5), n'accordant qu'aux seuls plaideurs la faculté de s'acquitter en métal. Cicéron ajoute que plus tard, en 430 (Liv. 4,30,3), une loi Iulia Papiria étendit aux autres *multae* le bénéfice d'un taux officiel de conversion en *aes*, calculé favorablement (*levis*

---

4) Voir aussi : MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 50 n. 3 (= *Droit pénal*, I, p. 56 n. 2) ; ROTONDI, *Leges*, p. 200 ; RANOUIL, *Recherches sur le patriciat*, 1976, p. 95 n. 3 ; MAGDELAIN, *RIDA*, 1980, p. 234 ; cf. MANFREDINI, *Labeo*, 1976, p. 138.

5) MOMMSEN, *Staatsrecht*, II, p. 69 n. 2 (*Droit public*, III, p. 78 n. 4) a justement condamné la correction : *de multa et sacramento*, dans le texte de Cicéron ; dans le même sens DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, II², p. 51 n. 32. Malheureusement cette correction s'est généralisée dans les diverses éditions du *De Republica*.

aestimatio). L'élégance de ce récit a été gâchée dans d'autres versions qui, par anticipation, font remonter à la loi Aternia le paiement facultatif en métal de toutes les amendes publiques (Fest. 270,3 *peculatus*).

Le faux dans la version du *De Republica* avait une fonction précise, expliquer qu'une *multa* procédurale déroge au régime des autres *multae*. Cicéron place le problème sur son vrai terrain en appelant *multa* la *poena sacramenti*. Un doute naît alors. Les XII tables ont connu des rajeunissements. Le *sacramentum* paraît en avoir subi un : il a fallu un faux pour rendre acceptable qu'il soit dans la rédaction définitive du code une amende de procédure en métal. L'étymologie montre qu'il a commencé par être autre chose.

*

* *

Les grammairiens latins savaient que ce mot remontait au lexique religieux. Aussi avaient-ils quelque peine à expliquer qu'en justice civile il servît à désigner une simple amende en *aes*. A cette fin, ils invoquaient la destination sacrale de cette amende. Festus précise qu'elle servait à financer des sacrifices publics : 468,27 L *sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod et propter aerari inopiam, et sacrorum publicorum multidinem, consumebatur id in rebus divinis*. Varron (5,180) rapporte qu'en

des temps récents ces sommes tombaient dans l'*aerarium*, mais que plus anciennement elles passaient par le trésor des pontifes. Chaque plaideur dépose alors entre leurs mains un montant d'*aes* ; après jugement le gagnant vient retirer le sien : *suum sacramentum e sacro auferebat.* Auparavant Varron avait écrit : *ea pecunia, quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro.* Varron n'a pas en vue "le sacré" au sens où l'entendent aujourd'hui les historiens de la religion. Lorsqu'il écrit : *a sacro* ou *e sacro*, de telles expressions ne s'éclairent que si on les rapproche d'une autre bien connue : *in sacrum iudicare*, qui dans la langue technique du droit désigne l'affectation cultuelle de certaines amendes (6).

Sur ce point, Varron et Festus sont d'accord. Dans un précédent article, en grande partie mutilé, Festus aborde un autre aspect du problème : 466 L *Sacramento dicitur quod iuris iurandi sacratione interposita actum est. (Unde quis sacra)mento dicitur interrogari* ... Il ne faut pas chercher ici une autre définition du *sacramentum* et s'étonner que le grammairien ait sur le même mot deux points de vue différents. Les deux articles, peu éloignés l'un de l'autre, ne poursuivent pas le même but, général dans un cas, beaucoup plus précis dans l'autre. Le lemme "*Sacramento*" n'a pour but que d'expliquer cet ablatif dans quelques-uns de ses emplois. Les tournures *sacramento quaerere* ou *provocare* ne sont pas retenues, mais seulement *sacramento*

---

6) *Fragmentum Tudertinum*, BRUNS n. 32 ; *lex Silia*, BRUNS n. 3 ; voir MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 158 n. 3.

interrogari et *sacramento tradere*. Cette dernière reste un mystère (7). La précédente, habituellement méconnue, n'en présente aucun. Festus explique "*sacramento*" par *iuris iurandi sacratione interposita*. Par *sacramento interrogari*, il faut entendre une interrogation sous la foi du serment. L'expression est technique et appelait un commentaire.

Rien ne permet de l'attirer vers le droit criminel. Elle reparaît dans l'article sur le *sacramentum* : 468,17 *sive eo* (sc. *sacramento*) *quis interrogatur, sive contenditur*. Festus rapproche les deux expressions *sacramento interrogari* et *sacramento contendere* (8). La deuxième est générique, la première est spéciale. Les deux se rapportent à la *legis actio*. Festus n'a pas en vue une interrogation accessoire, comme celle qui s'adresse à l'*auctor* dans le procès *in rem* : Val. Prob. 4,7 *quando in iure te conspicio* ... L'interrogation faite *sacramento* est une pièce essentielle du procès. Absente du procès *in rem*, que l'on connaît, elle trouve sa place dans le procès *in personam*, pour faire dépendre de la foi du serment la responsabilité du défendeur. En mettant côte à côte les expressions *sacramento interrrogari* et *contendere*, Festus a commencé par un élément

---

7) KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des röm, Kriminalverfahrens*, 1962, p. 102 suiv. ; sur le discours de Caton où figure cette expression : KIENAST, *Cato der Zensor*, 1954, p. 171 suiv. ; BAUMAN, *Lawyers in roman republican politics*, 1983, p. 171 suiv.

8) Sur cette dernière voir aussi Gaius 4,14-15. Sur l'opposition des deux expressions : HUSCHKE, *Die Multa und das Sacramentum*, p. 359 note ; KARLOWA, *Civilprozeß*, p. 32 sq.

propre au procès *in personam*, pour passer ensuite au procès *in rem* (9) en termes plus généraux. Dans l'article "*Sacramentum*", l'interrogation est désacralisée ; dans l'article "*Sacramento*" le grammairien ne rappelle le serment que parce qu'il avait disparu : après cette disparition, le sens était devenu obscur, et il ne servait à rien de parler de *poena* pour expliquer *sacramento interrogari*. Un retour au passé était nécessaire.

Les grammairiens connaissaient l'étymologie du mot. Il ne vient pas directement de *sacer*, mais est formé sur *sacrare* (10). Il n'est pas le serment mais la *sacratio iuris iurandi*, qui en résulte. Dans la langue militaire il deviendra le serment lui-même. Ce qui est moins clair, c'est l'objet de la *sacratio*. On parle souvent de sacrifice expiatoire, destiné à racheter le parjure du plaideur. Mais *sacramentum* n'a pas le sens de sacrifice. Le financement des sacrifices publics à l'aide de cette amende de procédure n'autorise nullement cette identification, que Festus ne fait pas et ne suggère même pas. Le culte public n'a rien à voir avec une expiation privée. Il ne sert à rien de rappeler que les *multae* étaient payées en têtes de bétail, convertibles facultativement en *aes* d'après la loi Iulia Papiria, déjà citée. On ne dilapidait pas ce gain en sacrifices expiatoires au profit du contrevenant. Le taux des amendes publiques est souvent très élevé, 30 boeufs et 2 moutons pour la *multa suprema*. Les 500 ou 50 as du

---

9) TONDO, cit.

10) ERNOUT - MEILLET, *Dict.*[4], p. 586.

sacramentum correspondent d'après le tarif officiel à 5 boeufs ou 5 moutons. Un pareil holocauste serait grotesque en un temps où le meurtre involontaire ne coûte qu'un bélier (XII t. 8, 24a).

On a dit plus simplement que l'*aes* déposé chez les pontifes était le prix du parjure (11). Le *sacramentum* devient ainsi un "dépot sacré" (12), qui sert à racheter le coupable. Le cas serait unique. Ni les pontifes ni les magistrats n'ont la mission de punir les faux serments. Les dieux seuls s'en chargent : Cic. *leg.* 2,22 *periurii poena divina exitium*, selon le principe : *deorum iniuriae dis curae* (Tac. *ann.* 1,73,6). Tout au plus, le parjure encourt-il la *nota censoria* (13). Aussi n'y a-t-il même pas à se demander si pour avoir droit au rachat le plaideur devait être de bonne foi (14), comme c'est la règle pour qu'une expiation soit acceptable. Le problème a été doublement mal posé. A l'époque où le *sacramentum* est un montant d'*aes*, le serment a disparu du procès. Et en ce temps, le parjure n'encourt aucune sanction. Aucun délit n'a été commis et, si tel avait été le cas, aucune peine ne serait due.

---

11) BOUCHÉ - LECLERCQ, *Les pontifes*, 1871, p. 169 suiv. ; GIRARD, *Organisation judiciaire*, p. 30 n. 2 ; 41 n. 1. La diffusion de cette solution a été considérable.

12) COLLART, *Varron, De lingua Latina* V, 1954, p. 117, 258.

13) MOMMSEN, *Staatsrecht*, II, p. 380 = *Droit public*, IV, p. 58 ; WISSOWA, *R. K.*^{2}, p. 388 : LATTE, *Kl. Schr.*, p. 375 suiv. Voir aussi : VOCI, *Diritto sacro*, *SDHI*, 1953, p. 60; CRIFÒ, *Coll. Éc. fr. Rome*, 79, 1984, p. 462, 473.

14) KASER, *Das röm. Zivilprozeßrecht*, 1966, p. 62 n. 16.

On ne lève pas ces objections en remontant dans le passé. De tout temps, la formule du serment appelle la colère des dieux, on en possède divers exemples : Liv. 1,24,8 *Jupiter ... ferito* ; Paul - Fest. 102,12 L *si sciens fallo, tum me Dispiter salva urbe arceque bonis eiciat, ut ego hunc lapidem* (15). La cité, cependant, ne met pas en branle une exécution capitale pour assouvir les dieux ; elle ne requiert même pas une expiation, que le texte du serment tient pour inacceptable. L'autorité publique n'intervient pas (16). La *sacratio iuris iurandi* ne peut s'accomplir que par une exécution sans forme (17), dont un *privatus* se fait le ministre selon le régime archaïque de la sacerté. Quand celle-ci disparaît, le serment devient une simple affaire de conscience et se réduit à une malédiction. Mais jamais il n'a été question d'expiation. Le *sacramentum* comme rachat du perdant au procès est un produit de la science contemporaine.

*

* *

15) Pour d'autres formules : WISSOWA, *R. K.*^{2} p. 388 n. 1-4 ; CROSARA, *Iurata Voce*, *Ann. Fac. Giurid. Camerino*, 23, 1957-1958, p. 369 suiv.

16) Sur l'opposition entre peine capitale et sacerté, MAGDELAIN, *MEFRA*, 98, 1986, p. 278 suiv.

17) Fest. 424, 6 L *neque fas est eum immolari.*

A l'époque historique, aucun bras ne s'arme en vue du châtiment du parjure en droit privé. Personne ne se charge du rôle d'exécuteur, que plus rien ne distinguerait du meurtre. En droit public, par contre, le concept de *sacrosanctum* n'a pas perdu son actualité : Fest. 422 L *Sacrosanctum dicitur, quod iure iurando interposito est institutum, si quis id violasset, ut morte poenas penderet.* Est *sacrosanctum* ce qui est garanti par la *sacratio* du serment. Une clause des lois romaines soustrait aux ingérences du législateur les situations sacrosaintes, à savoir les *foedera* et les privilèges de la plèbe (18). En principe la violation des traités doit être suivie de la *deditio* du coupable, selon l'ancien droit fétial (19).

Aux termes de la charte jurée de la plèbe (20), est *sacer* qui porte atteinte à l'inviolabilité tribunitienne. Habituellement l'affaire est portée devant les comices, mais le tribun conserve et met parfois en pratique le droit de précipiter le coupable du haut de la roche Tarpéienne (Vell. Pat. 2,24,2 ; Plin. *n. h.* 7, 143) (21). Le serment collectif de la plèbe ne dévoue pas seulement aux dieux ceux qui l'ont prêté, mais tous ceux qui y contreviennent, principalement les patriciens et leurs clients,

---

18) Val. Prob. 13 *Si quid sacri sancti est, quod non iure sit rogatum, eius hac lege nihil rogatur* ; Cic. *Balb.* 33 ; voir ma *Loi à Rome*, 1978, p. 60.

19) Liv. 8,39,15 ; 9,1,6 ; cf. MOMMSEN, *Staatsrecht*, III, p. 1206 suiv. = *Droit Public*, VII, p. 431.

20) Les Romains s'efforcèrent de reconstituer cette charte : D.H. 6,89,3 ; Fest. 424,10 L *sacer mons.*

21) MAGDELAIN, *Hist.*, 1973, p. 416.

restés absents de la cérémonie. La malédiction devient perpétuelle. La charte jurée n'établit pas un règlement intérieur de la plèbe, elle s'impose à toute la cité. Cette *lex sacrata* (22) a ce trait, original à Rome, d'étendre à l'ensemble de la communauté, par crainte d'une exécution avec ou sans formes, le statut des tribuns établi par la seule plèbe.

En 293, le célèbre épisode de la *legio linteata* permet de saisir par quel mécanisme les Samnites parvenaient, grâce au seul serment des nobles, à exposer à la mort tous les membres de la légion, s'ils prenaient la fuite. Dans une situation difficile, on avait exhumé un ancien rituel (*ritu quodam sacramenti vetusto* Liv. 10,38,2), que son archaïsme fait aujourd'hui tenir pour obscur. Au milieu du camp, dans le secret d'une enceinte entièrement tapissée et recouverte de lin, les jeunes nobles prêtaient serment un à un devant les autels. Les récalcitrants étaient exécutés sur-le-champ et leurs corps se mêlaient aux victimes. Tite-Live a eu le tort d'ajouter des couleurs dramatiques à un rituel autrement assez simple, qu'il a rendu suspect (23). Mis à part le sang versé et la contrainte exercée sur la fleur de l'armée, la prétendue horreur de tout le cérémonial se concentre dans la formule du serment : Liv. 10,38,10 *dein*

---

22) Sur la notion de *lex sacrata*, voir ma *Loi à Rome*, p. 58. La charte jurée de la plèbe fut légitimée en 449 par une loi comitiale (Liv. 3,55,6-7).

23) SALMON, *Samnium and the Samnites*, 1967, p. 182 suiv. ; SORDI, *Contributi d. Ist. di storia antica*, 4, 1976, p. 160 suiv. Sur l'aspect prétendument initiatique du rite, SORDI, dans *Vetera Christianorum*, 19, 1982, p. 100.

iurare cogebant diro quodam carmine in execrationem capitis familiaeque et stirpis conposito, nisi isset in proelium, quo imperatores duxissent, et si aut ipse ex acie fugisset aut, si quem fugientem vidisset, non extemplo occidisset. Non seulement l'exécration menace toute la descendance du jeune noble, mais il s'engage lui-même à ne pas fuir et à tuer tout fuyard. Les autres soldats de la *legio linteata* n'ont pas participé à ce rituel mais ils sont soumis à la même *devotio* (Liv. 10,39,16 *deum irae devotus*). La *sacrata nobilitas* (10,38,12) doit se battre jusqu'à la mort et tuer elle-même ceux qui tentent d'y échapper.

Voilà pour Tite-Live le comble de l'horreur, elle réside moins dans le rituel assimilé abusivement à un drame sanglant que dans l'effet produit sur le reste de la légion : craindre plus un concitoyen que l'ennemi : 10,41,3 *civem magis quam hostem timentes*. Les *cohortes linteatae* imbriquaient les *iurati* et les *iniurati* (10,41,10). Les premiers s'étaient adjoint les autres, par groupes séparés, grâce à une procédure de choix répandue dans les armées italiques : 10,38,12 *ut vir virum legerent*. Les modalités du choix ne sont pas connues (24). Il en résultait de petites unités où les nobles assermentés se distinguaient du reste par des armes éclatantes et des casques à aigrettes : 10,38,12 *ut inter ceteros eminerent* (25).

---

24) Liv. 9,39,5 ; sur la question : ALTHEIM, *Lex Sacrata*, 1940, p. 17 suiv., 25 ; du même, *Untersuchungen z. röm. G.*, I (1961), p. 201 suiv. ; cf. MOMMSEN, *Röm. Forsch.* I, p. 332 n. 9.

25) Au livre précédent, Tite-Live a déjà remarqué que *more Samnitium* les *milites sacrati* brillaient parmi les autres grâce à leurs armes et leur tenue

Dans l'Italie primitive, les serments collectifs ont comme trait commun de ne pas engager ceux-là seuls qui les prêtent. De même que la *lex sacrata* de la plèbe se fait respecter par les patriciens et leurs clients, le *sacramentum* samnite menace les *iniurati* de la *legio linteata.*

II

Le *sacramentum* de la justice civile n'atteint que le perdant, mais n'est pas moins redoutable, puisqu'au terme de toute la procédure celui-ci est mis en morceaux, si de délai en délai satisfaction n'a pas été donnée au demandeur. *Partis secanto* (XII t. 3,6), cette conclusion abrupte s'efface en des temps moins cruels dans un nouvel état de la *legis actio*, quand la sacerté n'est plus qu'un souvenir. Mais au milieu du V^{e} siècle, l'ère archaïque s'achève à peine : la sacerté survit non seulement dans les XII tables elles-mêmes, où elle atteint le patron infidèle, mais reparaît l'année suivante dans les lois Valeriae Horatiae pour garantir l'inviolabilité des tribuns *lege* et non plus simplement *religione* (Liv. 3,55,7). L'*homo sacer* n'appartient pas encore à une

---

éclatantes : 9,40,9 *candida veste et paribus candore armis insignes.* Sur le concept italique de *lex sacrata* à propos de la levée, voir ma *Loi à Rome*, p. 57 ; cf. SAULNIER, *REL*, 59, 1981-82, p. 108, 112 sur des peintures de Paestum illustrant cet armement, dont l'une montre un guerrier avec aigrette parmi un groupe d'autres soldats.

espèce complètement disparue et le serment n'est pas devenu une simple *affirmatio religiosa* (Cic. *off.* 3,104).

Rien chez les Anciens ne créait un lien plus fort, dit Cicéron qui précise : *off.* 3,111 *nullum enim vinculum ad adstringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt. Id indicant leges in duodecim tabulis, indicant sacratae, indicant foedera ...* Comme les lois sacrées et les traités, dans l'esprit de Cicéron, les XII tables apportent à la foi jurée la sanction de la sacerté : le *sacramentum* dans la justice civile fournit la meilleure illustration de ce propos, qui n'en trouve guère d'autre dans ce code (26). C'est comme *homo sacer* que le perdant au procès est mis en pièces ; et si finalement il est vendu *trans Tiberim*, ce n'est pas qu'à Rome un citoyen ne puisse devenir esclave (27). Tel fut, au contraire, le cas du *fur manifestus* (Gaius 3,189 *servus efficeretur ex addictione*). C'est tout simplement que le hors-la-loi, s'il n'est pas tué, doit quitter le territoire.

Tertiis nundinis partis secanto, sur ce verset des XII tables (28) les contresens ont commencé dès le Principat. Le

---

26) MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 668 n. 1, explique le texte de Cicéron par la peine de mort qui punit le faux témoignage.

27) Sur ce problème : DE MARTINO, *Labeo*, 1974, p. 170 ; *BIDR*, 78, p. 40 ; PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, 1981, p. 118. Voir aussi : HUVELIN, *Furtum*, p. 367 suiv. ; MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 751, 946 ; GUARINO, *Ineptiae Iuris*, III, p. 10 suiv. (*Atti Accad. Pontaniana*, 28,1979) ; MAGDELAIN, *Coll. Éc. fr. Rome*, 79 (1984), p. 567.

28) Récemment sur ce texte : BEHRENDS, *Der Zwölftafelprozeß*, 1974, p. 141 suiv. ; NICOSIA, *Processo Privato*, II (1986), p. 158 suiv. ;

pluriel *secanto* a fait croire à un concours de créanciers, s'acharnant sur le corps du débiteur pour emporter chacun un morceau (Gell. 10,1,48-50 ; Quint. 3,6,84 ; Tertull. *apol.* 4). On sous-entend qu'un autre verset permettait au créancier unique, quand tel est le cas, de s'approprier souverainement le cadavre, comme s'il avait envie de se charger des funérailles et d'en assumer les frais. Les Anciens ne connaissaient qu'un seul verset, cela suffit. Une autre erreur serait de croire à un découpage *post mortem*, comme si la loi s'était tue sur le mode d'exécution, elle qui l'indique toujours et l'adapte à chaque situation. Par exemple, l'incendiaire périt par le feu. Le perdant au procès n'est pas débité en morceaux après sa mort, cela n'aurait guère de sens s'il n'a qu'un seul créancier. Un seul verset règle tous les cas et spécifie quelle mort attend le plaideur, sans s'occuper du sort de ses restes, chose que ne font les XII tables dans aucun cas de peine capitale. *Partis secanto*, c'est le lynchage par la foule, présente aux troisièmes nundines. Elle met en pièces le malheureux. Tel est le sens du pluriel. On attend un jour de marché pour donner cours à l'exécution populaire, si personne ne s'est offert pour verser le montant du *iudicatum*.

Si plus minusve secuerunt, se fraude esto : on a pu croire qu'il s'agissait encore du concours des créanciers. Et pour rester dans la logique de ce contresens, il a pu sembler que la loi les

---

ALBANESE, *Processo privato delle legis actiones*, 1987, p. 44 suiv. ; CANNATA, *Studi Biscardi*, IV (1983), p. 59 suiv.

dispensait d'une comptabilité trop rigoureuse dans le calcul des parts. Ce faisant, on transpose dans la procédure d'exécution sur la personne un problème propre au talion, qui ne doit pas dépasser la mesure du tort subi (Gell. 20,1,33-34). Jusqu'où peut-on tailler dans la chair humaine, ce serait le même souci d'une procédure à l'autre. La loi signifie simplement qu'importe peu le nombre de ceux qui participent au lynchage. *Plus* et *minus* se disent aussi bien des personnes (29) que des choses. Et *plus* alors peut être suivi d'un verbe au pluriel (30). De même, la charte jurée de la plèbe, habilement reconstituée par un annaliste ou antiquaire, légitime le meurtre de l'*homo sacer* en amnistiant son auteur : *parricida ne sit* (Fest. 424,11 L), alors que les décemvirs disent plus simplement : *se fraude esto*. Dans les deux cas, l'exécution est sans formes et ne doit pas en comporter : *neque fas est eum immolari*, dit Festus 424,7 L de l'*homo sacer* (31). Sa mise à mort n'est ni un sacrifice, car il est impur, ni une exécution en forme de la justice criminelle. C'est une exécution populaire. Si le demandeur et la foule se sont abstenus, la loi prévoit comme peine de remplacement la vente à l'ennemi (XII t. 3,5 *capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant*, Gell. 20,1,47).

---

29) SC Bacch. 19-20 *homines plous V oinvorsei virei atque mulieres sacra ne quisquam fecise velet ...*

30) Val. Max. 1,8,5 *uno plus e Tuscis cadent* ; cf. Liv. 2,7,2 *uno plus Tuscorum cecidisse* ; WEISSENBORN *ad loc.* interprète : *uno plures Tuscos.*

31) Sur ce texte : KASER, *Das altröm. Ius*, 1949, p. 50 ; FUGIER, *L'expression du sacré*, 1963, p. 238, 244.

A l'époque historique, la justice civile ne trouve plus sa conclusion dans le sang. Mais on se souvient fort bien que la *manus iniectio* avait eu parfois cette issue fatale. C'est en poésie et dans l'art que s'exprime ce souvenir (32). On confie alors aux déesses de la mort la mainmise qui emporte aux enfers le *prensus*. Chez Virgile ce sont les Parques : *Aen.* 10,419 *inicere manum Parcae telisque sacrarunt Evandri.* Sur un sarcophage (33) étrusque, en provenance de Chiusi, un démon féminin issu des profondeurs saisit avec un rictus l'avant-bras du trépassant. Sur un autre sarcophage étrusque venu de Chianciano, daté du IV^{e} siècle, une déesse fort belle, Vanth semble-t-il, s'empare d'un jeune homme lui-même fort beau en étendant sur lui son aile, sans doute en vue de noces infernales. Virgile, parfait connaisseur du *ius divinum*, fait de la *manus iniectio* l'instrument de la *sacratio capitis* (*sacrarunt*). Macrobe (*sat.* 3,7,3-7 ; cf. Serv. auctus *ad. loc.*) commente ce vers : les dieux doivent user de cette mainmise pour prendre, par la mort, possession des vivants qui leur reviennent. Sur ce thème, l'érudit fait collaborer droit et religion, *manus iniectio* et *sacratio*, et s'étend avec complaisance sur le destin de l'*homo sacer* : *hominem sacrum ius fuerit occidi.*

---

32) MAGDELAIN, *St. Sanfilippo*, I (1982), p. 287-292.

33) HERBIG, *Götter und Dämonen der Etrusker*, 1965, tables 28,1 et 29,1 avec le commentaire p. 42-43 ; cf. COLONNA, *Mél. Heurgon*, I, p. 190-191. Il ne s'agit pas de mancipation comme le croit HERBIG, mais de *manus iniectio*, comme cela est indiqué dans l'étude citée à la note précédente.

Le *nexus*, lui, n'est ni tué ni vendu, le créancier peut seulement l'enchaîner dans sa prison privée. Si pénible que soit ce sort d'après les récits des annales, il est plus enviable que celui du *iudicatus*, soumis à l'alternative de la mort ou de la vente en pays ennemi. Ce contraste n'est pas surprenant. Le *nexus* ne devient jamais *sacer* : au cours de l'acte *per aes et libram* il n'a prêté aucun serment. La sacerté du *iudicatus* remonte à celui de la *legis actio per sacramentum*. Le *confessus* ne prête pas serment et échappe à la mort.

Le défendeur ne devient *sacer* et n'est exposé à la mort qu'au terme d'une série de délais, qui lui ont laissé diverses possibilités de s'acquitter du montant du *iudicatum*. D'abord les 30 *dies iusti* qui suivent la sentence. Ensuite, après la *manus iniectio*, les trois marchés successifs, où il doit être produit pour émouvoir un tiers qui paiera à sa place. Jusqu'aux troisièmes nundines il reste citoyen et garde son patrimoine, dont il peut user pour se nourrir (XII t. 3,4 *si volet, suo vivito*). Avant cette date, la sacerté est en suspens, de même que l'auteur d'un voeu (34) ne devient *voti damnatus* qu'au moment où sa prière est exaucée : l'offrande est alors due et la *poena violatae religionis* imminente (Cic. *leg.* 2,41). Les sanctions sacrales sont, quand il le faut, tenues en réserve.

---

34) Récemment sur le *votum*, DILIBERTO, *St. Biscardi*, IV (1983), p. 297 suiv.

*

* *

Les décemvirs n'adoptent pas le même langage pour le *iudicatus* insolvable et le patron infidèle, tous deux en principe voués à la même mort sans gloire. Contre le patron, la loi lance un anathème, que l'on retrouve contre d'autres hors-la-loi dans les lois dites royales et les lois Valeriae Horatiae : XII t. 8,21 *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto* (35). Quand il s'agit des droits de la plèbe, la menace pourra être mise à exécution, en principe, par le premier venu, par la foule ou par le tribun lui-même. A l'époque historique, seule subsiste cette dernière éventualité. Dans les affaires domestiques, le fils ou la bru qui frappe le *paterfamilias* (Fest. 260 L *plorare*), le mari qui vend sa femme (Plut. *Rom.* 22), la sanction paraît plus douteuse. Elle l'est tout à fait contre le patron, selon une opinion aujourd'hui générale (36). Le client n'est pas recevable à porter plainte contre lui (37). La loi fait une proclamation théorique et se tait résolument sur la suite, il n'y en aura peut-être aucune. Inversement, contre le *iudicatus* aucun anathème n'est prononcé, mais la loi décrit sa mise à mort et amnistie ses auteurs. La *sacratio capitis* n'avait pas à être prévue par le législateur, elle est

35) FUGIER, *Sacré*, p. 243, 245 ; LATTE, *Kl. Schr.*, p. 332.

36) HEINZE, *Vom Geist des Römertums*, 1976, p. 76 note.

37) MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 566 = *Droit pénal*, II, p. 268.

contenue dans le serment que prête le plaideur. Les décemvirs ont laissé le *sacramentum* produire lui-même, de façon mécanique, la *sacratio* qui y est incluse. Leur importait avant tout l'exécution populaire en pleines nundines et que personne n'en répondît.

La ligne de partage entre l'exécution avec ou sans formes est assez claire. La justice civile ne se conclut pas, comme la justice criminelle, par une exécution en forme. Quand le crime est public, après jugement une mise à mort solennelle consacre le coupable à la divinité offensée, par exemple Cérès pour le vol nocturne de la moisson sur pied (38). C'est seulement au civil que les décemvirs autorisent l'exécution populaire. Ils ne la prévoient que contre le *iudicatus* insolvable, parce qu'il est le seul cas *domi* où un *homo sacer* fasse l'objet d'un jugement : un juge a proclamé *iniustum* son *sacramentum*. Au contraire, la justice n'est saisie ni au civil ni au criminel pour déclarer la *fraus* du patron. Les clients ne sont pas négligés par les décemvirs en raison de leur importance sociale, mais doivent se contenter d'un anathème de principe : la loi observe le silence sur une exécution sans jugement.

Aussi bien, quand un tabou domestique est violé, la cité ne s'en mêle pas. Aucun jugement public n'est rendu contre le fils qui frappe son père. Les décemvirs ne reçoivent pas dans leur

38) MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 772 ; LATTE, *Kl. Schr.* 333 ; voir la belle étude d'OLDFATHER, *TAPA*, 39-40, 1908, p. 49-72.

code de semblables cas de sacerté. Pour ce type de délinquance, ils respectent le monopole de la justice domestique et la *lex publica* reste muette. Elle sera relayée plus tard par les prétendues lois royales. Elles imitent le style des XII tables (39) et se donnent la mission de les compléter dans un domaine où les décemvirs avaient choisi précisément de s'abstenir.

Les décemvirs ignorent aussi l'*homo sacer* qui a porté atteinte à l'inviolabilité tribunitienne. Jusque là, les tribuns ont exercé sur lui une justice révolutionnaire. Mais pendant le décemvirat le tribunat est suspendu et on ignore s'il renaîtra. Sur ce point le code ne dit rien, la charte de la plèbe est alors lettre morte. C'est seulement l'année suivante qu'une loi Valeria Horatia la restaure et légitime l'inviolabilité tribunitienne.

La sacerté survit ensuite de façon plus ou moins lucide dans la conscience populaire, et son souvenir est entretenu par la légende des lois royales et la *lex tribunicia prima* (Fest. 424,9 L), soustraite à toute abrogation. Un tribun de la plèbe en colère la réveille exceptionnellement. Il n'existe pas d'archives de la justice domestique pour rappeler une sentence de *sacratio* au sein de la *familia*. Les annalistes ont inventé une charte jurée de la

39) Fest. 260,9 L *Si parentem puer verberit, ast olle plorassit parens, puer divis parentum sacer esto.* On retrouve ici un rythme ternaire cher aux décemvirs, mais non le laconisme sur le sujet des verbes.

République, copiée sur celle de la plèbe, pour que la *libertas* ait une garantie aussi spectaculaire (40).

Ce qui a porté le coup de grâce à la sacerté, c'est sa disparition de la justice civile, quand on s'abstint d'exécuter le *iudicatus* insolvable. Le seul cas où les XII tables organisaient une exécution populaire s'évanouit, si bien que le texte devint ensuite énigmatique. Le serment de la *legis actio per sacramentum* disparaît en même temps. Les deux choses sont liées, puisque l'exécution du *iudicatus* trouvait sa source dans la *sacratio iuris iurandi.*

*

* *

Cette *legis actio* subit une refonte totale, comparable à celle de la mancipation. Le serment fut remplacé par une amende de procédure. La procédure était laïcisée mais restait *periculosa* (Gaius 4,13). Jamais l'*aes* déposé par les plaideurs auprès des pontifes n'a coexisté avec un serment. On a vu que le délit de parjure ne peut être racheté dans aucun cas : vint simplement un moment où la cité s'en désintéresse. C'est alors que la *legis actio* se laïcise, elle se dépouille d'un serment devenu inutile. Quand il

40) BLEICKEN, *Lex publica*, 1975, p. 89 n. 10.

est remplacé par un dépôt d'*aes*, il est trop tard pour parler de rachat du parjure. Auparavant il n'en fut pas plus question, en un temps où le faux serment donnait lieu à une *sacratio capitis*. Les Romains ont pleinement raison de penser que l'*aes* du *sacramentum* ne fut jamais autre chose qu'une amende de procédure. Elle n'a pas sa place dans une justice civile qui aboutit à l'exécution du *iudicatus* insolvable. Il n'est pas puni deux fois.

La refonte de cette *legis actio* consista à supprimer le serment pour substituer à la sacerté une amende de procédure. Le mot *sacramentum*, qui avait désigné la *sacratio* du plaideur, désigne maintenant l'*aes* déposé chez les pontifes. Ce sont eux, et non les décemvirs, les auteurs de la réforme. Elle ne se fit pas insensiblement. Ce fut une réforme expressément voulue, qui avait été amenée par la dégradation du serment dans la vie civile et la désuétude de l'exécution populaire. Le moment était venu d'abolir un serment qui n'avait plus de suite. Une amende de procédure profitait à la fiscalité pontificale en un temps, sans doute le IV^{e} siècle, où les Romains venaient de se résigner à payer le *tributum* (41).

Dans tout ceci un "invariant" : c'est toujours le *sacramentum* qui est jugé. Quand on parle maintenant de *iudicare*

---

41) NICOLET, *Tributum*, 1976, p. 16 suiv. ; CRAWFORD, *Mél. Heurgon*, I, p. 205 ; du même, *Coinage and Money in the Roman Republic*, 1985, p. 22-24.

sacramentum (42), ce n'est plus le serment qui est soumis à l'appréciation du juge, c'est l'*aes* qui doit être laissé ou retiré de chez les pontifes. La sentence : "*sacramentum iustum*" ou "*iniustum*", était grammaticalement plus correcte à propos d'un serment que d'une amende. Le procès a pris les allures d'un pari. Ainsi l'ont conçu les pontifes, quand ils ont fait de l'amende l'objet d'un double défi (43) : *D aeris sacramento te provoco — et ego te* (Gaius 4,16 ; Val. Prob. 4,2).

Le défi porte sur le même montant d'*aes* ; pour les deux plaideurs le risque est identique. Dans cette *legis actio* réformée ils sont à égalité. Dans l'ancienne *legis actio*, seul le défendeur prêtait serment, lui seul s'exposait à la sacerté au terme de la procédure de *manus iniectio* : le verset "*partis secanto*" ne vise que lui. Rien de tel pour le demandeur, qui ne connaît que le risque d'être débouté. Le propre du procès archaïque avant la réforme pontificale est de placer d'emblée le défendeur en situation d'infériorité. On ne lui reconnaît la faculté de lier le procès que s'il met en jeu sa personne par un serment. Cette condition lui est imposée tant pour prouver son innocence, si on l'accuse d'un délit, que pour garder les personnes et les biens qui sont sous sa puissance, si contre lui quelqu'un les revendique.

---

42) Cic. *Caec.* 97 *sacramentum nostrum iustum iudicaverunt* ; *de domo* 78 *sacramentum in libertatem iniustum iudicassent* ; voir SELB dans *Gedächtnisschrift für Kunkel*, 1984, p. 404 ; BROGGINI, *Iudex arbiterve*, 1957, p. 66.

43) Sur cette *provocatio*, G. WOLF dans *Römisches Recht in der europäischen Tradition*, 1985, p. 27 ; KASER, *ZS*, 1987, p. 70.

On a vu que l'expression *sacramento interrogari* était propre au procès *in personam* : le défendeur ne pouvait répondre que sous la foi du serment. Le demandeur qui l'interroge n'est pas soumis à une pareille exigence. Dans la *legis actio* réformée, cette péripétie *in iure* est désacralisée puisque le serment a disparu. La réponse se fait sans lui. Dans le procès *in rem*, l'infériorité du défendeur apparaît à un autre point de vue. Après la *vindicatio* et la *contravindicatio* des plaideurs, le demandeur continue à mener le débat. On a remarqué l'asymétrie du dialogue (44). Les plaideurs ne sont pas sur le même pied. Le défendeur est sommé de faire connaître la *causa* ou fondement de son droit : *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris* (Gaius 4,16). Sur lui pèse d'entrée de jeu le fardeau de la preuve, sans que l'on sache si avant la réforme de cette *legis actio* le demandeur participait à cet examen, comme il le faisait ensuite (45), par exemple pour établir la furtivité de la *res*.

En prêtant serment, le défendeur assume un risque énorme, qu'il a souvent intérêt à courir. S'il est accusé d'un délit, dans la logique du très ancien droit il se met, en refusant de jurer, dans la situation de la flagrance (46). S'agit-il d'un vol, le voilà dans la condition du *fur manifestus*, soumis après *addictio* à une

---

44) G. WOLF, *loc. cit.*

45) FALCHI, *SDHI*, 1972, p. 253 suiv. ; KASER, *ZS*, 1987, p. 67 n. 71.

46) Sur le refus de répondre à l'*in ius vocatio*, IHERING, *Esprit du droit romain*, I, p. 59 ; WIEACKER, *RRG*, I, p. 241 n. 27.

exécution privée : la *poena* est *capitalis* (47) d'après Gaius (3,189 ; 4,111 ; cf. Serv. *Aen.* 8,205), convertie plus tard en esclavage. Le défendeur a intérêt à tenter sa chance par un procès, pour démontrer son innocence ou bénéficier d'une composition évaluée judiciairement. Son intérêt est le même quand il est soumis au talion (48), auquel une sentence d'absolution peut le soustraire. S'il est condamné, il le subira plutôt que d'être exécuté en vertu de son serment. Dans le procès *in rem* (49), il abandonne la chose ou la personne s'il refuse de jurer, et risque sa vie s'il veut les conserver. Pour établir l'égalité entre les parties une réforme du *sacramentum* était nécessaire.

Chez d'autres peuples archaïques, le défendeur est d'emblée suspect et doit se laver du soupçon qui pèse sur lui, dès qu'il est simplement mis en cause (50). A Rome, avant que le présumé délinquant ait été admis à se défendre dans un débat inégal, dans les temps les plus anciens selon une opinion à peu près générale il

---

47) Sur cette *poena capitalis*, WLASSAK, *ZS*, 25, 1904, p. 95 suiv. ; E. LEVY, *Kapitalstrafe*, 1931, p. 47 ; KASER, *Röm. Privatrecht*, I, p. 158 ; WIEACKER, *RRG*, I, p. 245.

48) Sur le talion : VÖLKL, *Die Verfolgung der Körperverletzung*, 1984, p. 40 suiv. ; SELB - KUNKEL, *Röm. Recht*, 1987, p. 516 ; WIEACKER, *RRG*, I, p. 246 suiv.

49) Sur l'*indefensio* dans un procès *in rem*, KASER, *ZP*, p. 56 ; du même *ZS*, 1987, p. 82 (hypothèse d'une *manus iniectio*) ; SELB - KUNKEL, *RR*, p. 512.

50) Sur les Ossètes à cet égard, DUMÉZIL, *La courtisane*, 1983, p. 130-138.

subissait une *manus iniectio* (51), dont seul un *vindex* pouvait le libérer. Aux yeux des Romains, d'entrée de jeu le *prensus* est dans son tort, et c'est à un *vindex* de le disculper, avant qu'il y soit autorisé lui-même. Le *sacramentum in personam* fut conçu pour que le présumé coupable puisse assurer sa défense en son propre nom, mais au risque de sa vie. A l'époque historique, cette mentalité n'est pas complètement effacée. Diverses lois font commencer l'instance par une procédure d'exécution, la *manus iniectio pro iudicato* ou *pura*, selon que le débat est mené par un *vindex* ou plus tard par l'intéressé.

III

Il fut peut-être un temps où la sentence "*sacramentum iustum*" ou "*iniustum*" se suffisait à elle-même. Le défendeur jouait le tout pout le tout : coupable ou innocent, l'absolution ou la mort. S'il refusait de jurer, c'était la mort : on se trouvait ramené à la situation de flagrance, encore mortelle pour le voleur dans les XII tables. La composition volontaire offrait une issue, en attendant qu'elle devînt obligatoire. Dans les XII tables, elle l'est dans plusieurs cas, mais pas toujours.

---

51) BETTI, *La struttura dell'obbligazione*, 1955, p. 99, 105, 118 ; KASER, *AJ*, p. 198 ; BROGGINI, *Coniectanea*, 1966, p. 124 suiv.

La sentence sur le *sacramentum* ne pouvait plus se suffire à elle-même, lorsque la composition tendit à devenir la règle. Une telle sentence était purement déclarative : elle confirmait ou infirmait un serment. Dans le procès *in personam*, le délit se trouvait établi indirectement ; en cas de vol le demandeur avait déclaré : "*ope consilio tuo furtum aio factum esse*" (Cic. *nat. deor.* 3,74). Le défendeur avait juré le contraire. La sentence se bornait à établir son innocence ou sa culpabilité. Dans le procès *in rem*, le juge en entérinant ou non le serment du défendeur tranche encore le débat de façon indirecte. Pour ce type de procès, on verra la suite plus loin. S'agissant d'un délit, après qu'il ait été établi, reste à fixer la composition. Une procédure complémentaire s'ouvre alors sous la forme d'un *arbitrium liti aestimandae* (Val. Prob. 4,10). Le *iudex* s'est prononcé d'abord sur le *sacramentum*, juste ou injuste ; un *arbiter* ensuite évalue la composition, tâche qui requiert une certaine technicité. Aussi fait-on appel à quelqu'un d'autre pour décharger le juge. On se passe d'un arbitre, quand la loi prévoit le talion ou une *poena* fixe en *aes*. Alors le *iudex* lui-même, qui vient de *sacramentum iudicare*, ajoute une condamnation à cette première sentence pour ordonner le talion (Gell. 20,1,38 *iudici talionem imperanti*) ou le tarif légal (52).

52) On discute aujourd'hui sur le contenu du jugement : KASER, *ZP*, p. 89 suiv. ; SELB, *GS Kunkel*, p. 401 suiv. ; SELB - KUNKEL, *RR*, p. 516 suiv.

Quand la *poena* n'est pas fixe, une évaluation est nécessaire. Ainsi pour le vol manifeste il faut : *duplione damnum decidere* (53) (XII t. 8,16 ; Gaius 4,37 ; 45). La loi oblige les parties à composer : *decidere*, et à s'en tenir à un multiple de la valeur de la chose. Le *damnum* est le montant de la composition, comme l'avait bien vu MOMMSEN (54). Le mot a commencé par signifier dépense et, en particulier, celle-ci, non le dommage, sens qu'il acquiert plus tard, toujours absent des XII tables, chaque fois qu'il y est question de ce type de tort. Il n'y aurait pas grand sens à dire que le délinquant en versant la composition subit un dommage.

En somme, deux sentences se suivent, la première établit le délit, la deuxième fixe la composition. La première est l'oeuvre du *iudex*, la seconde d'un *arbiter*. Si le juge déclare faux le serment du défendeur, la sacerté devient imminente. L'*arbitrium liti aestimandae* offre au plaideur une chance de s'en tirer, si la composition est payée au cours des délais légaux. Repoussée jusqu'à leur expiration, la sacerté est devenue conditionnelle. Incluse dans la première sentence, elle se trouve reportée, grâce à la seconde, jusqu'aux fatidiques nundines, si la composition n'a pas pu jouer son rôle de salut.

---

53) SELB, *GS Kunkel*, p. 421.

54) MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 12 suiv. ; DAUBE, *St. Solazzi*, 1948, p. 93 suiv.; MAGDELAIN, *RIDA*, 1980, p. 262 suiv. ; dans un autre sens, LIEBS, *ZS*, 1968, p. 173-252.

Il existe dans la Rome archaïque un autre cas de sacerté conditionnelle, le *votum*. Le *vovens* promet une offrande à la divinité, si elle exauce sa prière dans un délai qu'il fixe souvent lui-même. On se souvint longtemps de la *sacratio* qui menace l'orant, s'il ne s'acquitte pas de sa promesse : *sed tu simul obligasti perfidum votis caput* (Hor. *carm.* 2,8,5). Dans la *devotio*, l'*imperator* se fait tuer par l'ennemi pour obtenir la victoire à ce prix. Dans ce marché, c'est l'homme qui fournit la première prestation en dévouant sa personne, pour inviter les dieux à répondre à son espoir. Dans le *votum*, c'est la divinité qui se met d'abord en frais et contraint ainsi l'orant à en faire autant. S'il ne le fait pas, il se trouvera le moment venu dans l'état où le *devotus* s'est placé d'emblée.

Dans un cas la *sacratio* est immédiate, dans l'autre elle est conditionnelle. C'est une situation d'attente. Les Romains ont si bien compris l'identité de ce système avec celui de la *legis actio per sacramentum*, qu'ils ont appliqué au *votum* le lexique de cette procédure. On voit dans ce décalque le *vovens* suivre pas à pas les étapes du plaideur jusqu'à la *sacratio capitis*. Au départ, il est *voti reus* (Virg. *Aen.* 5,237 ; Macrob. *sat.* 3,6,2 ; Serv. *Aen.* 4,699), défendeur d'après le sens premier du mot (55). Quand sa prière est exaucée, il est *voti damnatus* (56) ou *condemnatus*

55) ERNOUT - MEILLET, *Dict.*[4], *reus*, p. 572.

56) Sur ce schéma juridique, WISSOWA, *RK*[2], p. 382 ; LATTE, *Röm. Religionsgeschichte*, p. 46 ; cf. MAGDELAIN, *Origines de la sponsio*, 1943, p. 115 suiv.

(Non. 425 L cite des textes anciens) : il doit *solvere votum*, sur le modèle du plaideur qui est condamné à verser la composition ; s'il ne remplit pas sa promesse, son *caput* est dû au dieu, comme celui du *iudicatus* qui a laissé passer sa chance. Par *voti damnatus*, il ne faut pas entendre la *sacratio capitis*, la preuve en est que l'orant demande parfois cette *damnatio* (*carm. ep.* 4 *semol te orant, se voti crebro condemnes*), elle signifie qu'il est exaucé : il doit alors s'acquitter. C'est à cela que le dieu condamne d'abord, et c'est seulement après, s'il y a lieu, qu'interviendra la *sacratio*, réduite à l'état de spectre au cours de la République.

Pareillement, dans la justice civile au temps des XII tables le versement de la composition, évaluée par l'arbitre, joue le rôle de condition qui d'abord tient en suspens puis écarte, s'il a lieu à temps, le drame des troisièmes nundines. Après la première sentence : "*sacramentum iniustum*", c'est le défendeur lui-même qui sollicite du magistrat la nomination de l'arbitre qui prononcera la seconde. La loi lui octroie cette faculté, pour lui permettre de se soustraire aux suites du faux serment : XII t. 8,16 *si adorat furto, quod nec manifestum erit*, (*duplione damnum decidito*). Par *adorare*, il faut entendre, au sens premier du mot, une supplique dont l'initiative revient à celui qu'elle tire d'affaire. La première sentence avait été rendue à la demande du volé, pour

établir le vol. La seconde répond à l'attente du voleur pour estimer la composition ([57]).

Contrairement à ce qu'on pense habituellement, ce schéma se retrouve dans le *sacramentum in rem.* Le défendeur, s'il perd le procès, échappera lui aussi aux suites du *sacramentum iniustum* par une composition évaluée à l'aide d'un *arbitrium.* Les XII tables organisent avec précision cette procédure complémentaire : 12,3 *si vindiciam falsam tulit, si velit is, (prae)tor arbitros tris dato, eorum arbitrio (rei et)* ([58]) *fructus duplione damnum decidito.* Les décemvirs n'ont pas songé, comme on le croit, à faire payer au double la valeur des fruits perçus pendant le procès par le plaideur qui a reçu du magistrat la possession intérimaire de la *res litigiosa.* Le peu de fruits perçus pendant une période aussi courte ne méritait pas l'attention des décemvirs. Des *praedes* suffisent à régler ce problème ([59]) et à leur sujet il n'est pas

---

57) Sur cette initiative du voleur, SELB, *GS Kunkel*, p. 423.

58) Le manuscrit de FESTUS v. *vindiciae* comporte ici une lacune, qu'on est d'accord aujourd'hui pour combler de la sorte : soit *rei*, soit *rei et* ; *rei fructus* serait une asyndète. Sur la question : BROGGINI, *Iudex arbiterve*, p. 127 ; SANTORO, *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo*, 30, 1967, p. 46, 52 ; NICOSIA, *Processo privato*, II (1986), p. 203 ; SELB, *GS Kunkel*, p. 432 ; HACKL, *ZS*, 1989, p. 158.

59) Le problème des fruits perçus pendant la possession intérimaire de l'un des plaideurs, au cours du procès, est étranger au verset décemviral sur la *vindicia falsa*. Pour ces fruits, Gaius ne parle de *duplio* ni dans son commentaire des XII tables (D. 22,1,19 pr ; sur ce texte, BROGGINI, *Iudex arbiterve*, p. 140), ni à propos des *praedes litis vindiciarum* dans ses *Institutes* (4,16 ; 94 ; voir KASER, *ZS*, 1983, p. 97). A l'époque postclassique, pour ces fruits est établie une responsabilité au double : C.TH. 4,18,1 (a. 369) ; Paul 5,9,1-2 ; 1,13b,8. C'est à cette constitution

question de *duplio*. La loi a en vue les fruits perçus indûment avant le procès par le possesseur, qui succombe ensuite comme défendeur. Eux méritent l'attention du législateur, parce que la durée de la perception a pu être assez longue.

L'expression *vindicia falsa* ne se laisse pas ramener à l'hypothèse de la possession intérimaire. La chose revendiquée (60), dite *vindicia* (*ab eo quod vindicatur* Fest. 518,2 L), n'est pas *falsa* en raison d'une attribution, tout à fait provisoire, à l'un des plaideurs, mais en fonction de la *vindicatio* d'un pseudo-*dominus*. Dans un passage mutilé de Gaius (4,13) on trouve le mot *falsi* sur le fond du droit dans la *legis actio per sacramentum*. Le même adjectif figure chez Plaute à propos de frauduleuses instances : *Rud. prol.* 13 *qui falsas litis falsis testimoniis petunt* ; 18 *res falsas qui impetrant apud iudicem* (61). Sur le sens de l'adjectif dans l'ancien droit, la meilleure référence est le *falsum testimonium* dans les XII tables (8,23). La *vindicia falsa* est la chose revendiquée à tort, dans le dialogue des plaideurs *in iure* cela s'appelle *iniuria iudicare*.

Le *tulit* de la loi n'a guère de sens à propos de la possession intérimaire. On s'est demandé, dans une discussion obscure, si

---

que renvoie *secundum legem* dans Ulp. D. 10,4,9,6 à la suite d'un remaniement : sur ce point SANTORO, *loc. cit.*, p. 23-24.

60) Gell. 20,10,8 *vindicare id est "vindicia"*, ce sens n'est pas archaïque.

61) Sur ces textes, SANTORO, *A. Palermo*, 30, 1967, p. 50 suiv.

l'objet avait été apporté ou emporté. En fait, le défendeur (62) apporte l'objet *in ius* en vue du procès en revendication, comme il doit le faire et comme il a intérêt à le faire. S'il dissimule l'objet, il se rend coupable de vol. En présentant l'objet *in iure* aux yeux de tous, il trouvera sans peine les témoins de l'usucapion ou de la mancipation qu'il interpelle : Val. Prob. 4,7 *quando in iure te conspicio* ... La justice civile archaïque se déroule devant une assistance nombreuse (Liv. 3,47,1 *civitas in foro*), qui est appelée à témoigner. Dans ce but, le défendeur apporte l'objet devant elle pour faire reconnaître le bien-fondé de sa possession. Dans ce sens, *vindiciam ferre* n'est pas une expression isolée. Cincius, cité par Festus (516,33 L) sur le thème de la revendication parle de *vindiciae ... in ius adlatae*, ce sont les mottes de terre *ex fundo sumptae* qui représentent le domaine en justice.

Le défendeur au procès en revendication, s'il perd, devra verser à l'adversaire, au double, la valeur de la chose et des fruits. Cette exigence est propre à l'ancien droit et disparaît ensuite. A ce prix, dans les XII tables le défendeur n'aura pas à souffrir de son faux serment. Le *sacramentum iniustum* a les mêmes conséquences dans le procès *in rem* ou *in personam*. Les redoutables nundines sont au terme de l'un comme de l'autre. Dans le procès *in rem* comme dans le procès *in personam*, à

---

62) Sur le problème de la comparution du défendeur à la revendication : KASER, *ZS*, 1987, p. 82 ; WIEACKER, *RRG*, I, p. 258 ; HACKL, *ZS*, 1989, p. 165 n. 61.

l'époque archaïque, seul le défendeur prête serment et risque sa tête. Lui seul est responsable de *vindicia falsa*, c'est lui qui a apporté l'objet *in ius* (*tulit*), lui seul a à répondre de la chose et des fruits, puisqu'il avait possédé l'une et perçu les autres avant que le procès fût lié. Le demandeur avait les mains vides, il ne répond de rien, il ne prête pas serment. Il revendique sans aucun risque. Dans le dialogue *in iure*, il est constamment agressif, il ouvre et mène le dialogue en prenant chaque fois le premier la parole à chaque échange. Après la confrontation des deux *vindicationes*, cette asymétrie culmine au point où le défendeur doit prêter serment pour sauver son bien. S'il est perdant, c'est lui (63) qui sollicite le magistrat de nommer trois arbitres qui fixeront la composition : *si velit is*, dit le verset décemviral, comme un autre déjà cité dit aussi : *si adorat furto* (8,16), en vue de passer à l'*arbitrium* qui fait suite au jugement sur le vol non manifeste.

Il n'y a pas de discordance entre le *sacramentum in rem* et le *sacramentum in personam*, tous deux suivent des procédures analogues : d'abord le *iudex* a pour mission de *sacramentum iudicare* afin d'établir dans l'un un droit absolu (propriété, *patria potestas*, etc.), dans l'autre un délit. Ensuite un *arbiter* ou plusieurs évaluent la composition, aussi nécessaire dans une procédure que dans l'autre pour suspendre et écarter, si elle est payée, la suite redoutable du faux serment.

---

63) SANTORO, *loc. cit.*, p. 56 ; SELB, *GS Kunkel*, p. 432 suiv.

Cette combinaison de deux sentences se retrouve dans la *lex repetundarum* épigraphique, dite *Acilia*, du temps des Gracques (4,6,49,58). La *quaestio* rend une première sentence appelée *ioudicatio* pour vérifier les faits (43 *fecisse videri*), autrement dit la culpabilité de l'accusé, puis une seconde dite *leitis aestimatio* en vue du règlement financier de l'affaire (64). Cette loi a pris modèle sur la procédure de *sacramentum*, que la loi Calpurnia de 149 a mise au service de la répression des *repetundae* (*lex Acilia* 23). Tout résidu sacral mis à part, l'ancienne justice civile a servi de prototype. Dans la loi dite *Acilia*, le décalque reproduit, sans *sacramentum*, la succession des deux sentences complémentaires, ayant les mêmes fonctions que dans la *legis actio*. En parlant de *causa iudicata atque damnata* (*Rab. Post.* 8) à propos des *repetundae* (65), Cicéron résume ce schéma et répartit entre *iudicare* et *damnare*, la *iudicatio* sur les faits et la *litis aestimatio* sur le montant de la condamnation. Cette spécialisation des deux verbes est ancienne.

Dans la formule de la *manus iniectio* comme dans celle de la *solutio per aes et libram* (66), le *iudicatus sive damnatus* est un

---

64) Sur ces deux sentences, MAGDELAIN, *RIDA*, 1980, p. 214 suiv. ; SELB - KUNKEL, *RR*, p. 515 suiv. ; sur cette loi, EDER, *Das vorsullanische Repetundenverfahren*, 1969, p. 120 suiv.

65) Sur ce texte, WLASSAK, *ZS*, 1904, p. 182 ; MAGDELAIN, *RIDA*, 1980, p. 216.

66) Sur la lecture : *iudicatus vel damnatus*, dans la formule de la *solutio per aes et libram*, voir Gaius ed. KÜBLER, 1935 ; E. LEVY, *ZS*, 1934, p. 264 ; BROGGINI, *Iudex arbiterve*, p. 158 n. 119 ; pour une autre lecture, LIEBS, *ZS*, 1968, p. 229 suiv. (*iudicio condemnatus*).

seul et même personnage (Gaius 4,21 ; 3,174). *Sive* a ici un sens conjonctif, comme souvent dans la langue juridique (67). Le *iudicatus* a été en outre *damnatus*, ainsi que l'indique Gaius dans son commentaire de la *solutio* : 3,175 *sicut iudicatus condemnatum se esse significat.* Il n'y a pas d'alternative entre *iudicatus* et *damnatus*, l'expression forme un tout et *sive* en fait partie. On s'égare quand on songe à une *damnatio* extrajudiciaire qui ferait concurrence au jugement. Dans la formule de la *manus iniectio*, il n'est question ensuite que du *iudicatum* et de rien d'autre. Quand la *solutio* éteint l'obligation née du legs *per damnationem*, la formule est autrement conçue, comme le rappelle Gaius : l'*heres* se déclare "*testamento damnatus*", selon la lecture la plus probable du manuscrit. Le *iudicatus sive damnatus* est passé à travers les deux sentences de la *legis actio* : la première a eu pour fonction de *sacramentum iudicare*, la seconde prononce la condamnation pécuniaire. *Damnare* garde son sens pur, qui correspond à *damnum*, composition (68). Ces formules présentent, en raccourci, une synthèse des deux sentences, en précisant la fonction de chacune.

Les sens de *iudicare* et *damnare* (*condemnare*) ont évolué. Dans son sens premier, *iudicare* figure dans la sentence capitale de la *perduellio* : "*tibi perduellionem iudico*" (Liv. 1,26,7). En

---

67) VOIGT, *Ius Naturale*, IV, p. 439 ; MAGDELAIN, *RIDA*, 1980, p. 232 ; LEUMANN - HOFMANN - SZANTIR, *Lat. Grammatik*, II (1972), p. 503.

68) ERNOUT - MEILLET, *Dict.*[4], p. 164 "frapper d'une amende".

justice civile, *sacramentum iudicare* met en mouvement un processus qui peut aller jusqu'à la mort. Aussi bien, *iudicatum* très tôt (XII t. 3,4 *ni iudicatum facit* ; cf. Gaius 3,180) se dit de la peine de substitution, la composition, qui permet d'écarter cette menace. Dans la formule de la *manus iniectio* on accole le montant : *X milium iudicati*, de même que souvent *iudicatus* est immédiatement suivi de ce chiffre : Gell. 20,1,45 (XII t. 3,5) *quantaeque pecuniae iudicati essent* ; Liv. 6,14,3 *iudicatum pecuniae* ; 23,14,3 *pecuniae iudicati in vinculis*. D'autre part, *damnare* et *condemnare* ne sont pas restés spécialisés dans le sens de composition et font concurrence à *iudicare* au pénal pour désigner la culpabilité de l'accusé (69) : en ce sens les tablettes de vote des jurés contiennent, dans la *lex repetundarum* 55, le mot *C(ondemno)*, alors que l'évaluation pécuniaire correspond à la sentence suivante de *litis aestimatio*. Une situation est constatée en justice, un délit, *condemnare* a pris ce sens nouveau.

Dans un passage bien connu des *Institutes*, Gaius prend ce verbe dans cette acception et lui donne une portée générale, qui embrasse le *sacramentum in rem* à côté du *sacramentum in personam* : 4,48 *iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat* (70). En langage didactique, *ipsam rem condemnare* correspond à *sacramentum iudicare* ; la sentence "*sacramentum*

---

69) ERNOUT - MEILLET, cit.; MAGDELAIN, *RIDA*, 1980, p. 215.

70) L'établissement du texte ne fait plus difficulté, voir KASER, *ZP*, p. 90 n. 20 ; PUGLIESE, *Processo civile*, I, p. 431.

iustum" ou "*iniustum*" est purement déclarative, à elle seule elle suffit à établir l'*ipsa res* : délit, créance, droit absolu. Gaius a raison d'opposer cette sentence sur le fond à une condamnation pécunaire, qui repose sur une estimation. Une condamnation en nature est hors de propos, la *manus iniectio* suppose toujours un montant en *aes* (Gaius 4,21).

La justice civile a évolué au cours de la République et on a raison d'admettre que les fonctions de *iudex* et *arbiter* ont fusionné pour être exercées par la même personne. Il n'y avait plus qu'une seule procédure et, pour prendre l'exemple du vol, le mieux connu, *in iure* le demandeur regroupe vraisemblablement dans la même formule l'affirmation du délit et l'obligation de composer, pour confier cumulativement au juge, qui absorbe la fonction de l'arbitre, le soin de vérifier l'un et d'évaluer l'autre : *aio te mihi furtum fecisse paterae aureae, quamobrem te pro fure (duplione ?) decidere oportet* ([71]).

*

* *

71) Formule reconstituée à partir de Cic. *nat. deor.* 3,74 et Gaius 4,37 ; voir KASER, *AJ*, p. 200 ; BROGGINI, *Iudex arbiterve*, p. 152 ; MAGDELAIN, *RIDA*, 1980, p. 275 ; cf. KARLOWA, *Civilprozeß*, p. 115.

Il faut se garder de croire que dans le droit des XII tables le magistrat commençait par nommer un *iudex* et qu'à la suite de sa sentence les parties revenaient *in ius* en vue d'obtenir un *arbiter*. C'est le magistrat lui-même qui est *iudex* et rend la première sentence, après quoi il investit le ou les arbitres qui fixent la composition. L'arbitrage fait suite à la sentence du magistrat, qui établit la culpabilité du défendeur. Cette compétence du magistrat est la clé de la justice civile dans les XII tables.

On en trouve un premier indice dans le verset sur la procédure par défaut : 1,8 *post meridiem praesenti litem addicito*. L'*addictio* est une arme réservée au magistrat, qu'un juré ne peut pas utiliser. En l'absence de l'un des plaideurs, le magistrat conclut l'affaire après midi au profit de l'autre. Il ne sert à rien de dire que le magistrat prononce l'*addictio* à la place du juré, devant qui s'est déroulée la procédure par défaut. Cette subtilité n'est pas permise (72). Le magistrat ne siège que les jours fastes, alors que le juré peut le faire aussi les jours néfastes (73).

Il existe un critère plus précis pour affirmer que, à l'époque des XII tables, c'est le magistrat qui prononce la sentence dans la *legis actio per sacramentum*. Ce critère, c'est son nom. Quand il s'appelle *praetor* dans ce code, on sait aujourd'hui que le texte est

---

72) Sur le procès par défaut : BUTI, *Praetor*, 1984, p. 30 ; ALBANESE, *Legis actiones*, 1987, p. 132.

73) GIRARD, *Organisation judiciaire*, p. 87, n. 1. ; KASER, *ZP*, p. 37 n. 54.

rajeuni (74). Tel est le cas du verset sur la *vindicia falsa* : 12,3 *praetor arbitros tris dato.* On observe le même rajeunissement dans les paraphrases d'autres versets (3,5 ; 8,9 ; 8,14). Les XII tables ont été adaptées à la réforme qui confie depuis 367 la justice civile à un *praetor, collega minor* du consul. Ce titre d'origine typiquement militaire (*prae-ire*) a appartenu autrefois au consul, il désigne un chef d'armée, non un juge. Les décemvirs se sont abstenus d'en user. Le consul s'appelle aussi *iudex* (Varro, *lingua Lat.* 6,88 ; Cic. *leg.* 3,8 ; Liv. 3,55,11), à la suite du roi qui est gratifié de cette légende sur une monnaie (SYDENHAM n. 905 ; CRAWFORD n. 404). *Iudex* et *praetor* sont les titres qui correspondent respectivement aux pouvoirs *domi* et *militiae* du consul, dits l'un *iudicium* et l'autre *imperium* (*Lex Acilia* 72 ; *lex agr.* 87 ; Sall. *Cat* . 29,3 ; Cic. *leg agr.* 2,34) (75).

Dans la nouvelle version des XII tables, *praetor* a remplacé *iudex*, seul propre à désigner le magistrat qui prononce lui-même le jugement. Cette substitution n'a pas été générale. Sont restés intacts les versets où *iudex* pouvait survivre sous les traits du juré qui remplace le magistrat dans la reddition de la sentence. La loi prévoit diverses excuses pour justifier l'absence du *iudex*, de l'*arbiter*, du *reus* : 2,2 ... *morbus sonticus* ... *aut status dies cum*

---

74) WIEACKER, *RRG*, I, p. 254 n. 82 ; BUTI, *Praetor*, p. 32 ; NICOSIA, *Processo*, II, 1986, p. 208 suiv.

75) MAGDELAIN, *MEFRA*, 1977, p. 28 suiv.

hoste ... quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffisus esto. Dans cet ordre hiérarchique, sont énumérés le magistrat, l'arbitre, le plaideur. La loi place en tête le magistrat, qui rend la première sentence, l'arbitre qui rend la seconde, et enfin le plaideur.

La *lex Ursonensis* s'inspire parfois directement des XII tables, elle le fait presque mot à mot dans son fragment sur la *manus iniectio* (c. 61). Dans son chapitre sur la procédure des actions populaires (c. 95) ([76]), elle transpose le verset décemviral ci-dessus en reproduisant tel quel le *morbus sonticus* et substituant le *vadimonium* au *status dies cum hoste*, pour faire bénéficier de ces excuses le magistrat local d'abord, demandeur à l'action, ensuite le plaideur. Ainsi est respecté l'ordre du modèle. Le rédacteur de cette loi avait fort bien compris que le *iudex* des XII tables était le magistrat.

Ailleurs, les décemvirs punissent de la peine capitale le *iudex* qui s'est laissé corrompre (9,3). Un châtiment aussi dur ne s'explique que si ce juge a mis en péril la vie du justiciable ([77]). Les décemvirs poursuivent méthodiquement les crimes assimilés au meurtre. Le *iudex* qu'ils punissent si sévèrement est le magistrat qui a fait courir frauduleusement au plaideur le risque

---

76) Sur ce texte, MOMMSEN, *Ges. Schr.* I, p. 231 ; GIRARD, *Organisation judiciaire*, p. 88 n.1 ; D'ORS, *Epigrafía jurídica de la España romana*, 1953, p. 221 ; D'IPPOLITO, *Index*, 18 (1990), p. 439 suiv. ; CORBINO, *Estudios Iglesias*, III (1988), p. 1179.

77) Mc CORNACK, *ANRW*, II, 14 (1982), p. 4 suiv.

mortel du *sacramentum iniustum*. Seul un magistrat peut prononcer une sentence aussi grave. Un simple juré ne dispose pas de la vie du justiciable. Pour que la sentence fût confiée à un *privatus*, il fallut attendre que le *iudicatus* ne fût plus exécuté. A ce stade, il n'est plus question de *sacratio iuris iurandi*, le *sacramentum* n'est plus qu'un montant d'*aes*. Pour statuer sur cet enjeu, un juré suffit (78).

Dans les XII tables, l'opposition est radicale entre la *iudicis arbitrive postulatio* et le *sacramentum*. Cette *legis actio* ne repose pas sur le serment, et une *sacratio capitis* n'est pas à craindre. La loi confie la sentence à un juré ou arbitre parce que ce risque n'existe pas. Le magistrat juge lui-même quand la vie du justiciable est en péril ; mais quand elle ne l'est pas, il délègue la *potestas iudicandi* à un particulier. Ainsi se décharge-t-il des tâches fastidieuses de partage et de bornage, qui requièrent du temps et une certaine technicité. La *iudicis arbitrive postulatio* est alors prévue par la loi (Gaius 4,17a). Le procès s'appelle *iurgium* dans ces deux types d'instance (bornage : Hor. *epist.* 2,1,38 *excludat iurgia finis* ; 2,2,171 ; partage : Pap. D. 10,2,57 ; Sen. *amic.*, p. 27 *familiae iurgium*). Nonius Marcellus (430 M, 695 L, BRUNS, II, p. 65), citant un passage du *De Republica* (4,8,8), résume les choses en disant que les *iurgia* se déroulent entre *vicini* et *propinqui*. Sous ce vocable, les

78) La sévérité des XII tables sur le juge corrompu devient alors un sujet d'étonnement (Gell. 20,1,7 *duram esse legem putas*), quand elle s'applique à un simple juré ou arbitre (*iudicem arbitrumve iure datum*).

savants du siècle dernier (79) n'avaient pas tort de reconnaître la *iudicis arbitrive postulatio.*

Cicéron ajoute que les *iurgia* interviennent aussi entre *benevoli* et cite un très bref fragment des XII tables (7,5 a) : *si iurgant.* Par *si*, la loi envisage une alternative : ou le *iurgium* ou une autre procédure, qui ne peut être que le *sacramentum.* Ce choix est précisément celui du créancier *ex sponsione*, qui peut opter entre la *iudicis arbitrive postulatio* (Gaius 4,17 a) et le *sacramentum in personam* (4,95) (80). Les *benevoli* choisiront la première. Entre ces deux procédures, il y a concours électif *de eo quod nobis dari oportet* (Gaius 4,20) (81). Ce concours correspond à l'alternative *si iurgant*, que les XII tables offrent aux plaideurs. Récapitulons : la gamme des *iurgia* entre *vicini, propinqui, benevoli*, correspond aux divers emplois de la *iudicis arbitrive postulatio* : partage, bornage, *sponsio*, si toutefois pour la *sponsio* cette action de la loi *levior* (Nonius), a été préférée au *sacramentum.*

En face de l'*actio generalis* (Gaius 4,13), la *iudicis arbitrive postulatio* est une procédure d'exception, organisée dans le but précis d'écarter les affres de la *sacratio iuris iurandi.* Dans un autre domaine, ce péril inhérent au droit commun est mis de côté.

---

79) VOIGT, *Ius Naturale*, IV, p. 447 suiv. ; KARLOWA, *Civilprozeß*, p. 5 suiv.; GIRARD, *Organisation judiciaire*, p. 95 n. 1 ; voir la critique de MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, p. 31 n. 7.

80) Sur cette option, MAGDELAIN, *RIDA*, 1980, p. 238.

81) WLASSAK, *Proceßgesetze*, I, p. 105.

Lorsque la loi parle de *noxiam sarcire* (82) en vue de la réparation au simple d'un dommage matériel, le responsable n'a pas à nourrir de graves craintes. En cas d'action *de pauperie* (XII t. 8,6) ou de *noxia* causée par un esclave (12,2 a), à défaut de paiement l'animal ou l'esclave est livré. En cas d'incendie involontaire (8,10), la loi se contente d'une *levis castigatio*, si l'indemnité n'est pas versée. Quand un délit contre la moisson est commis par un impubère, il est soumis à *verberatio*, s'il ne fournit pas réparation au simple pour le dommage (*noxia*), au double pour le vol (Plin. *n. h.* 18,12 : XII t. 8,9 *impubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni*). Cette distinction correspond aux deux aspects du délit : faire paître sur le champ d'autrui ou couper la moisson (*frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse*). Dans toutes ces hypothèses de *noxia*, si l'indemnité n'est pas versée, ou bien on livre l'animal ou l'esclave auteur du dommage, ou bien le coupable n'en répond sur sa personne que sous la forme d'une simple flagellation (83).

Quand la loi se contente de la simple réparation d'un dommage matériel, de façon assez systématique elle remplace la mort par une légère correction en cas de non-paiement. A s'en

---

82) KASER, *Röm. Privatrecht*, I, p. 162 ; LIEBS, *ZS*, 1968, p. 194 ; SELB, *GS Kunkel*, p. 427, 434.

83) Pour l'action *aquae pluviae arcendae*, "*noxiam sarcire*" dans XII t. 7, 8 b (D. 43,8,5) résulte d'une correction très douteuse du texte (voir SITZIA, *Actio aqu. pluv. arc.*, 1977, p. 20). Dans XII t. 8,14, fait difficulté le cumul de la réparation et de la flagellation (LISOWSKI, *RE*, S. 7, 594).

tenir aux paraphrases des XII tables (8,9 ; cf. 8,14), le magistrat exerce entre les parties un *arbitratus*, qui ne se limite pas à mesurer le nombre des coups. Le coupable a d'abord été invité à réparer en *aes* (D. 47,9,9 : XII t. 8,10, *noxiam sarcire iubetur*). Le magistrat dirige le choix des parties entre le montant de la réparation ou le nombre des coups. C'est à lui de tenir une juste balance entre les deux. Tout indique qu'au préalable c'est lui qui a constaté le dommage. Pour ce faire, comme pour chaque délit, il est aidé dans cette tâche par les membres de son conseil.

CONCLUSION

Rares sont dans les XII tables les cas où d'avance est exclu pour le justiciable le risque, s'il ne s'acquitte pas de la condamnation pécuniaire, d'être exécuté ou vendu. Lorsqu'il s'agit de réparer un dommage matériel (*noxam sarcire*), la loi se contente, à défaut de paiement, d'une simple flagellation. Dans les procès en partage ou bornage, les parties n'ont rien à craindre. La loi ménage le crédit. La publicité du *nexum* suffit pour soumettre à *manus iniectio*, sans procès, l'emprunteur qui ne rembourse pas à l'échéance. Cette servitude pour dettes ne comporte pas de risque mortel. Aucun serment n'a été violé. Le débiteur *ex sponsione* échappe lui aussi à la *sacratio iuris iurandi*,

si le créancier renonce à la procédure de *sacramentum* et accepte de confier l'affaire à un *privatus*.

En droit commun, c'est le magistrat qui statue, le *iudex* c'est lui, tel est le régime du *sacramentum in personam* pour les délits, et du *sacramentum in rem* pour les droits absolus. Le magistrat, assisté de son conseil, statue sur le fond, l'*ipsa res* : le défendeur est-il coupable ? lequel des deux plaideurs est propriétaire ? Lui seul est compétent pour prononcer une sentence qui peut avoir pour conclusion la mort du justiciable. Si le *sacramentum* du défendeur est déclaré *iniustum*, la *sacratio* incluse dans cette sentence n'est pas immédiate, elle est conditionnelle, comme celle du *vovens* qui, exaucé, s'acquitte de sa promesse pour échapper au châtiment. Le salut du *iudicatus* peut prendre plusieurs formes. C'est ou le talion, quand il est permis, ou une composition. Si la loi n'a pas prévu de tarif fixe, le plaideur demande au magistrat de nommer un arbitre qui fera l'évaluation. Une procédure complémentaire d'arbitrage fait alors suite à l'instance principale, qui a soit constaté le délit, soit identifié le propriétaire.

Visiblement, cet arbitrage a d'abord été facultatif. Il fut un temps où il n'y avait qu'une seule instance devant l'autorité publique.