

MANUEL
DES
ANTIQUITÉS ROMAINES

XVIII

MANUEL
DES
ANTIQUITÉS ROMAINES

PAR
THÉODORE MOMMSEN, J. MARQUARDT & P. KRÜGER

TRADUIT DE L'ALLEMAND SOUS LA DIRECTION DE

M. GUSTAVE HUBERT

Professeur honoraire à la Faculté de Droit de Toulouse, ancien Garde des Sceaux,
ancien Vice-Président du Sénat, premier Président de la Cour des Comptes.

TOME DIX-HUITIÈME
LE DROIT PÉNAL ROMAIN

Par **THÉODORE MOMMSEN**

TRADUIT DE L'ALLEMAND
AVEC L'AUTORISATION DE LA FAMILLE DE L'AUTEUR ET DE L'ÉDITEUR ALLEMAND

PAR

J. DUQUESNE

Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble

TOME DEUXIÈME



PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS
ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR

LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME
DE L'INSTITUT FRANÇAIS D'ARCHÉOLOGIE ORIENTALE DU CAIRE
DU COLLÈGE DE FRANCE ET DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE

4, Rue Le Goff, (V^e)

1907

LE
DROIT PÉNAL ROMAIN

Par THÉODORE MOMMSEN

II

DÉDIÉ

A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ FRÉDÉRIC-GUILLAUME A BERLIN

PAR

UN DE SES ANCIENS MEMBRES

LE
DROIT PÉNAL ROMAIN

PAR

THÉODORE MOMMSEN

TRADUIT DE L'ALLEMAND

AVEC L'AUTORISATION DE LA FAMILLE DE L'AUTEUR ET DE L'ÉDITEUR ALLEMAND

PAR

J. DUQUESNE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

TOME DEUXIÈME



PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR

LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME
DE L'INSTITUT FRANÇAIS D'ARCHÉOLOGIE ORIENTALE DU CAIRE
DU COLLÈGE DE FRANCE ET DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE

4, Rue Le Goff, (V^o)

1907

DROIT PÉNAL ROMAIN

LIVRE III

LA PROCÉDURE PÉNALE

SECTION I

(339)

LES FORMES DE LA PROCÉDURE PÉNALE

Il y a deux formes principales de procédure : le tribunal arbitral et l'inquisition.

Formes
principales
de procédure.

L'État peut d'abord intervenir à titre d'arbitre dans un litige entre deux particuliers. Cette procédure exige des adversaires ; en outre, le tribunal, qu'il soit composé d'hommes dont la profession est de rendre la justice ou de jurés, statue d'après l'exposé de l'affaire qui lui est fait par les parties. Cette procédure s'applique même au délit, bien qu'elle ne soit pas tout à fait en rapport avec le caractère éthique de ce dernier (1) ; mais comme dans cette application elle ne se distingue pas essentiellement de la procédure suivie pour l'action non délictuelle, l'histoire ne peut pas en être exposée en droit pénal. L'importance de cette

(1) L'aveu, par exemple, envisagé au point de vue éthique, n'est qu'un moyen de preuve et c'est ainsi qu'il est traité dans l'action publique ; au contraire, en cas de délit privé comme en cas d'obligation privée, le *confessus* est assimilé au *judicatus*.

forme a d'ailleurs diminué ici de bonne heure et l'évolution a été sans doute plus rapide en pratique que ne le laissent entrevoir les ouvrages juridiques. Les vestiges qui subsistent de cette procédure, notamment en matière d'injure, seront mieux à leur place, si nous ne les indiquons que dans le Livre suivant.

(340) L'État peut encore établir par ses propres recherches le tort commis et prononcer la peine. Il n'y a pas ici de parties au sens juridique du mot, on trouve en face l'un de l'autre le représentant de la communauté et l'accusé. Tandis que l'instance arbitrale repose sur la demande d'assistance faite à l'État par la personne lésée, le procès pénal public, provoqué surtout par le tort causé à la communauté, constitue un acte par lequel la communauté se défend elle-même; de même, tandis que la première procédure est dominée par les idées d'équité et de médiation, la seconde l'est par celle de légitime défense et par l'arbitraire inévitable en pareille matière. C'est de cette dernière procédure que nous voulons nous occuper ici; malgré la diversité de ses formes, elle constitue vis-à-vis de l'action privée un système homogène et distinct.

La procédure pénale publique se présente sous une double forme: sous la forme plus ancienne et originairement exclusive de l'établissement direct du délit, *cognitio* (1), et sous la forme plus récente de l'accusation, *accusatio*. Si dans tout procès pénal public l'établissement du délit a lieu au nom de l'État, ce rôle appartient dans la *cognitio* à un magistrat, représentant de la communauté, et dans l'*accusatio* à un particulier qui se charge volontairement, et toujours exclusivement pour chaque cas concret, de cette fonction publique.

(1) Le terme technique pour désigner originairement l'inquisition du magistrat est *quaestio* (I p. 168), mais ce mot a été détourné dans la suite de son sens primitif et transporté à la procédure de l'accusation; c'est pour quoi il faut éviter de s'en servir ici. *Cognitio* désigne à proprement parler dans le langage juridique de l'époque postérieure le jugement par le magistrat d'un procès civil ou criminel sans procédure formelle d'action, ce mot s'applique donc au procès de fidéicommiss du droit privé comme à la procédure criminelle sans accusation; il est employé ici dans ce dernier sens.

Lorsque la *cognitio* apparaît sous sa forme pure, comme dans la procédure pénale originaire relevant exclusivement du magistrat, dans son rétablissement pour les procès devant l'empereur et ses délégués et dans la procédure extraordinaire qui à l'époque du Principat concourt avec la procédure d'accusation, elle échappe à tout exposé scientifique. Son caractère essentiel est alors l'absence légale de toute forme. Aucune forme juridique précise n'est requise ni pour l'ouverture du procès, ni à proprement parler pour sa clôture. Le magistrat peut laisser tomber le procès à tout moment et le reprendre à toute époque ; l'idée d'un acquittement réellement efficace, excluant désormais le renouvellement de la même instruction, est inconciliable avec l'essence de la *cognitio*. L'interrogatoire de l'accusé, disparu plus tard de la procédure pénale, a dû constituer au début le pivot du procès ; car personne ne peut refuser de répondre à une question posée par le magistrat. Le détenteur d'*imperium* a le droit absolu d'accueillir des dénonciations, c'est-à-dire des dépositions anticipées de témoins (1). De même, on ne peut pas lui imposer, comme on le fit plus tard vis-à-vis de l'accusateur, des limites dans son droit de citer des témoins et de les entendre. La défense s'exerce dans la mesure où le magistrat qui fait l'inquisition trouve bon de la permettre. Si le sentiment de la justice et la coutume se rencontrent pour interdire d'enlever à l'accusé la faculté de se faire entendre, on a par contre certainement considéré comme permis, et même dans certains cas comme imposé par les circonstances, de ne pas autoriser dans cette procédure issue du droit de la guerre la défense par l'intermédiaire de tierces personnes. Sans doute, le magistrat doit respecter les limites fixées par la coutume ou par la loi aux pouvoirs de l'État, comme la défense des mutilations corporelles et la restriction de la torture aux esclaves ; mais toutes les autres règles de conduite qui se présentent comme ayant une portée générale, par exemple

Procédure
de la *cognitio*.

(344)

(1) Une personne en servitude pour dettes, maltraitée par son maître, se plaint — sans droit formel, semble-t-il — aux consuls (*querellam ad consules detulit*) qui font arrêter le maître (*Val. Max.*, 6, 1, 9).

celles d'après lesquelles il ne faut pas prendre en considération la dénonciation dans laquelle l'auteur tait son nom (1), ni la déposition de l'esclave contre son propre maître (2), ni la déposition de l'esclave qui n'est pas donnée dans un interrogatoire avec torture (3), ne sont pas de véritables prescriptions positives; elles sont seulement des directions données par la saine raison humaine ou par les conditions de la vie, aussi n'ont-elles jamais été appliquées sans exceptions (4).

Développement
de la vieille
procédure
pénale.

(342)

Il est évident que le droit pénal public dans sa forme la plus ancienne ou, comme on peut encore l'appeler, la coercition originaire du magistrat, livre l'individu à l'arbitraire illimité du magistrat; or, comme tout le développement interne de l'Etat romain tend à enchaîner l'*imperium* par la loi, ce mouvement se traduit en premier lieu par la restriction du pouvoir pénal du magistrat vis-à-vis du citoyen. Cette limitation de puissance se réalise tout d'abord par la substitution en matière capitale de la procédure des magistrats et des comices à l'ancienne forme de la procédure pénale publique. Mais en opérant cette réforme on n'a nullement abandonné le principe de la *co-gnitio*, on n'a nullement cessé de confier au magistrat le soin d'établir les délits, la compétence de ce dernier n'a même pas subi de restrictions, le seul but de l'innovation a été de permettre au citoyen de porter par un appel à effet suspensif la sentence du magistrat devant l'assemblée du peuple et de conférer à celle-ci la faculté d'annuler cette sentence. En ou-

(1) Trajan, *Ad Plin.*, 98 : *sine auctore propositi libelli [in] nullo crimine locum habere debent; nam est pessimi exempli nec nostri saeculi res est.* Non seulement on ne donne pas suite au libelle diffamatoire (*libellus famosus*) anonyme, mais on procède même, comme nous l'exposerons dans le Livre suivant à propos des injures, par voie d'inquisition contre leur auteur.

(2) Cpr. la Section relative aux moyens de preuve.

(3) Cpr. la même Section.

(4) A la suite de la dénonciation faite par des esclaves de Régulus d'après laquelle des prisonniers de guerre carthaginois, détenus dans la maison de ce dernier, y auraient été maltraités, les tribuns de la plèbe menacent le coupable d'une action capitale (Diodore, p. 566). Si nous connaissions tant soit peu le procès de meurtre de l'ancien temps, nous y rencontrerions de nombreux cas de ce genre.

tre, il faut relever comme circonstance d'une importance considérable pour le développement de la procédure pénale qu'afin de donner au peuple la possibilité de se prononcer on a dû lui présenter non seulement la sentence, mais aussi ses motifs, c'est-à-dire les preuves de la faute commise. C'est pour cela qu'on a vu apparaître auprès de l'inquisition non formelle du magistrat une procédure postérieure à celle-ci et préalable à la sentence du peuple, appelée *anquisitio*, et dans laquelle on trouve un système de citation bien arrêté, des jours de comparution fixés et une réglementation des débats qui admet à la fois la défense personnelle et la défense par l'intermédiaire de tiers (I p. 189 et sv.). Si, dans la procédure pénale relevant exclusivement du magistrat, celui-ci apparaît comme juge répressif, il prend dans l'*anquisitio* une position correspondant en substance à celle du ministère public. Nous avons déjà exposé le peu de renseignements que des documents insuffisants nous fournissent sur cette procédure d'*anquisitio*. Il n'est pas douteux que, dans la mesure où le droit romain a construit une procédure pénale formelle, la première pierre en a été posée dans l'*anquisitio*.

A raison de sa structure même, la procédure d'instruction républicaine peut être appliquée avec la plus haute énergie, et le récit détaillé que nous possédons du procès des Bacchantales nous montre (I p. 174, n. 1) la large étendue et la grande rigueur avec lesquelles l'inquisition républicaine peut remplir sa fonction. Dans l'enceinte de la Rome ancienne, au sein d'une civilisation peu intense et grâce à l'action permanente du Sénat sur les différents magistrats, l'*imperium* a certainement pu, malgré son annuité, assurer efficacement le maintien de la tranquillité publique dans la cité. Toutefois, l'insuffisance de la vieille procédure pénale publique se manifestait déjà à cette époque: les restrictions apportées à l'arbitraire du magistrat ne protégeaient, sauf des exceptions éphémères, que le citoyen mâle et ne le faisaient même que dans la ville de Rome. Mais le fait le plus caractéristique, — car les femmes et les non citoyens n'occupèrent qu'une place secondaire dans le développe-

Insuffisance
de la procédure
pénale.

ment politique de Rome — fut que les magistrats chargés d'appliquer le droit pénal public négligèrent leur mission vis-à-vis des délinquants de droit commun, tandis que les procès politiques devinrent dans les mains des tribuns de la plèbe une arme puissante et souvent utilisée par le parti aristocratique et le parti démocratique, bien qu'elle fût surtout à la disposition de ce dernier. Ces vices de la procédure pénale publique amenèrent sa transformation radicale dans le dernier siècle de la République et l'on vit apparaître alors le système d'accusation déjà indiqué au début de la présente Section.

Naissance
de la procédure
d'accusation.

La conception, d'après laquelle l'accusation du droit pénal est le transfert dans la procédure pénale publique de la forme de procès du droit privé, de l'instance arbitrale entre le demandeur et le défendeur, est exacte à tous égards pour les débuts du nouveau régime (1) et elle reste même dans le système développé la règle directrice et formelle pour de nombreuses et importantes questions. Notre exposé postérieur le montrera. Mais au point de vue des principes, la procédure d'accusation se rattache plutôt à la règle qui domine le droit pénal public, d'après laquelle c'est l'État lui-même qui établit l'existence du délit, comme il prononce la sentence. Par contre, on fait ici un pas de plus dans la voie de la restriction des droits du magistrat : on lui enlève une fois pour toutes la recherche des délits pour la confier à un représentant de la communauté qui n'est pas magistrat. Le droit de prononcer la sentence continue d'appartenir au magistrat, qu'il l'exerce comme président d'un collège, comme cela a lieu dans la procédure des jurys de la capitale et dans le procès consulaire-sénatorial, ou que, suivant la forme dominante à l'époque impériale, il tranche personnellement la question de faute en s'adjoignant un *consilium* consultatif. Si, dans cette procédure, le rôle d'accusateur n'est

(1) Nous avons déjà rappelé (I p. 235 n. 4) que le procès de *repetundae*, d'où est issu la procédure des *quaestiones*, n'est au début qu'une *condictio indebiti* et n'a même pas plus tard complètement dépouillé ce caractère originnaire.

pas attribué à un magistrat, à la différence de ce qui a lieu dans la procédure fiscale de l'époque impériale où cette mission est donnée à l'*advocatus fisci* et dans nos droits modernes où elle est confiée au ministère public, cela tient sans doute à la réunion de ces deux circonstances, que la décision du magistrat peut bien être rectifiée par une décision des comices et non par une sentence des jurés et que le système d'accusation prend précisément naissance dans la procédure du jury. C'est pour cette raison qu'on substitua à la procédure préalable de l'*anquisitio* un système d'action imité des procès du droit privé.

Si la *cognitio*, à raison de son absence de formes, et si l'*anquisitio*, par suite de l'insuffisance de nos renseignements, ne peuvent retenir ici notre attention qu'incidemment, nous devons par contre tenter de donner à cet endroit un exposé d'ensemble de la procédure d'accusation. Sans doute, cette procédure apparaît au point de vue législatif comme organisée par une série de lois spéciales visant les différents jurys établis chacun pour une catégorie de délits ; mais, dans toutes ces réglementations, on retrouve le principe de la répression du tort causé à la communauté par un représentant volontaire (1) et suivant des formes de procédure plus rigoureuses que celles du procès de droit privé (2). En outre, la double loi de César sur les *judicia publica* et les *judicia privata* permet d'admettre l'existence, au point de vue théorique, d'un système de procédure pénale homogène et distinct du système de procédure civile (3).

Le principe
de la procédure
d'accusation.

(344)

(1) Lorsque la victime seule a le droit d'intenter l'action, la notion d'action pénale publique est exclue par la force des principes. Il peut même se faire que par exception les formes du *judicium publicum* soient suivies dans ce cas comme cela a lieu pour l'action d'injures graves. L'instance n'en reste pas moins un *judicium privatum* (I p. 224 n. 1). Dans le procès de *repetundae*, la personne lésée voit son caractère de demandeur intéressé s'effacer si nettement derrière son rôle de représentant de la communauté qu'on ne peut pas, abstraction faite des débuts de cette action, lui appliquer la même conception (*loc. cit.*).

(2) C'est là que réside la différence entre le *judicium publicum* et l'*actio popularis*.

(3) Nous n'avons pas un exposé suivi de ce système de procédure, sem-

L'influence de la procédure privée, dont l'organisation est depuis longtemps complètement achevée, donne à la nouvelle procédure pénale publique une forme bien arrêtée. Elle se manifeste surtout dans la distinction et dans la fixation des catégories de délits. Dans l'ancienne procédure pénale, il n'a pu y avoir que des tentatives en ce sens ; des témoignages exprès nous attestent que dans la procédure relevant exclusivement des magistrats, comme dans celle des magistrats et des comices, des délits d'espèces différentes pouvaient être réunis dans un seul procès pénal (I p. 237) et il est très vraisemblable que si, dans la procédure d'accusation, le meurtre, le vol de grand chemin et l'incendie volontaire sont maintenus dans une même catégorie juridique et s'il y est fait de la notion de perduellion une application qui échappe à toute délimitation formelle, il y a là des répercussions du vice radical inhérent à l'ancienne procédure pénale. Au point de vue procédural, l'ouverture de l'instance fut ici, par suite d'une réaction de la *litis contestatio* du droit civil, nécessairement fixée d'une manière plus nette ; mais il fallait d'autre part, comme cela eut lieu notamment pour la citation des témoins, attribuer au demandeur, représentant de la communauté, pour lui donner les moyens de réunir les preuves, des pouvoirs plus étendus que ceux du demandeur de l'action privée, sans qu'ils atteignissent cependant ceux dont jouit le magistrat dans l'action pénale publique. Si (345) le magistrat qui abusait de son pouvoir répressif voyait tout au plus casser son jugement, dans le nouveau système de procédure pénale le demandeur qui abusait de son droit d'accusation était puni comme cela avait lieu depuis longtemps en cas d'action privée intentée par esprit de chicane. Il fut aussi bientôt nécessaire, ce qui n'eut jamais lieu pour le magistrat, que des lois promissent au demandeur, en cas de succès de son accusation, des récompenses en retour du service qu'il rendait à la communauté sans y être astreint par aucune fonction.

blable à celui que Gaius nous donne dans son livre IV ; les tentatives faites en ce sens au livre V des Sentences de Paul et au livre 48 des *Dig.* sont incomplètes.

Habités à considérer l'État comme une machine dont le fonctionnement est mécaniquement réglé, il nous paraît contraire à cette notion que l'intervention de l'État en matière de délits publics dépende de l'offre volontaire que fait un particulier de se charger du rôle pénible et odieux de ministère public. Toutefois, quiconque examine attentivement l'état de choses existant lors du déclin de la République reconnaîtra en ceci plutôt un relèvement qu'une décadence de la répression des délits par l'État. Sans doute, les détenteurs d'*imperium* et leurs auxiliaires n'avaient pas seulement le droit de punir les délits qui rentraient dans leur compétence, ils y étaient même obligés à raison de leur charge; mais l'exécution de ce devoir n'était pas soumise à un autre contrôle que celui de leur conscience. Lorsque le nouveau système de procédure apparut, l'intervention de ces personnes semble n'avoir été en fait qu'une exception. Elle avait bien lieu en cas de délit commis en bande ou de tout autre trouble manifeste de l'ordre public, mais, en dehors de là, leur inaction était aussi fréquente que juridiquement impunie et l'organisation de l'État romain ne permettait pas aisément d'établir des peines pour ce manquement aux devoirs de leur charge. Le nouveau système de procédure constituait une amélioration. La faculté accordée à toute personne d'intenter l'action pénale appelait surtout au rôle d'accusateurs ceux que le délit lésait personnellement d'une manière quelconque, elle poussait aussi à se charger de ce rôle toute la jeunesse ambitieuse des hautes classes. Une fois l'action pénale introduite de cette manière, le préteur de la *quaestio* ne pouvait certainement pas la repousser sans motif juridique, pas plus que le préteur urbain ne pouvait le faire pour l'action privée; — le préteur de la *quaestio* était en effet obligé, lorsque les conditions légales de l'action étaient réunies, d'admettre celle-ci, sinon à raison de la déclaration expresse d'un édit, car ce préteur publiait vraisemblablement aussi des édits (I p. 237 n. 4), du moins à raison de l'acceptation de sa fonction elle-même —. Ces innovations activèrent probablement la répression des délits, mais elles déchainèrent du même coup

Spontanéité
de l'accusation.

(346) l'esprit de vengeance et de chicane comme pour prouver qu'un mal politique ne peut guère être combattu que par un mal du même genre. Les inconvénients de ce système ne manquèrent évidemment pas de se faire sentir. Nous avons déjà mentionné dans le Livre précédent (I p. 350 n. 2) une affaire de l'époque de Sylla, où un meurtrier, conduit devant les autorités chargées du service de sûreté, y avouait son crime, mais ne faisait l'objet d'aucune autre poursuite, parce que le magistrat laissait tomber la procédure et que personne ne la reprenait. Cette conduite fut certainement désapprouvée, mais il n'y avait pas, que nous sachions, de remède là contre à l'époque républicaine. La règle est certaine : la procédure pénale publique doit depuis l'époque des Gracques (1) se dérouler comme la procédure civile dans la forme de l'accusation (2) et la seule obligation que la loi impose aux magistrats chargés de la juridiction est celle d'accueillir ces actions.

La *cognitio*
sous
le Principat.

Sous le Principat, les rênes du gouvernement sont à cet égard, comme aux autres points de vue, fortement tenues. Apparem-

(1) Il est à peine besoin de relever qu'au dernier siècle de la République, au moins pour la perduellion, la vieille procédure pénale subsiste en droit, quoique peu usitée, et que l'action délictuelle privée fonctionne à côté de l'action publique.

(2) Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 20, 56 : *nocens, nisi accusatus fuerit, condemnari non potest*. Lettre attribuée faussement à Marc-Aurèle (*Vita Cassii*, 2) : *non possumus reum facere, quem nullus accusat*. Cette règle s'applique surtout à l'époque postérieure. Un édit de Constantin de 314 ou 319 sur la procédure pénale (Bruns, *Fontes* ⁶, p. 249 ; partiellement, *C. Th.*, 9, 5, 4 = *C. Just.*, 9, 8, 3) ordonne d'admettre l'accusateur sous sa responsabilité sanctionnée par le droit pénal, mais d'écarter la dénonciation, — appelée ici *delatio* — et même de la punir. Une constitution d'Honorius, *C. Th.*, 9, 1, 19 = *C. Just.*, 9, 2, 17, exige aussi nettement l'accusation et Ammien (14, 1, 5. c. 9, 6) qualifie d'abus de pouvoir la procédure pénale sans accusation. Lactance, *De mort. persec.*, 40 : *rapiuntur mulieres non ad iudicium, sed ad latrocinium; nec enim quisquam accusator extabat*. Ambroise (*Ep.*, 1, 5,) reproche sévèrement à Syagrius, évêque de Vérone, d'accueillir l'imputation d'immoralité élevée contre une religieuse sans le *delationis nexus* : *si leges publicas interrogamus accusationem exigunt*. — L'interdiction d'accusation, telle qu'elle a été formulée temporairement pour certaines catégories de crimes de lèse-majesté (Dion, 68, 1), n'est qu'une manière détournée de suspendre les lois pénales elles-mêmes.

ment, on s'attache à la règle que la procédure pénale ordinaire réclame un accusateur volontaire (1); mais au fond le magistrat tend de nouveau et dans une mesure toujours croissante à agir seul dans la procédure pénale. Les droits du magistrat chargé de la juridiction pénale sont à cet égard plus étendus que ses devoirs. Il doit accueillir l'accusation formée, mais en vertu d'un pouvoir discrétionnaire dont les limites échappent certainement à une fixation légale; il peut, comme en droit civil, lorsque les lois n'accordent aucune action, liquider par voie d'inquisition personnelle la prétention élevée; c'est ainsi surtout qu'il a dans la procédure pénale, lorsque les lois ne prescrivent pas d'action privée ou ne donnent même aucune action, prononcé des peines publiques après avoir procédé à l'inquisition. Telle est la base de la procédure pénale extraordinaire de nos sources juridiques, c.-à-d. de la *cognitio* du droit pénal; son criterium est, par opposition à la nécessité légale d'admettre l'action qui caractérise la procédure d'accusation, la faculté pour le magistrat d'appliquer une procédure pénale sans accusation formelle, notamment d'accorder au dénonciateur l'assistance judiciaire qu'il désire, quoiqu'elle ne soit pas légalement prescrite (2). De même, si celui qui a droit à une action civile réclame une répression publique, le magistrat peut le renvoyer à l'exercice de cette action privée (3) ou l'admettre à l'accusation (4). Cette forme d'in-

(1) Les preuves en ce sens sont réunies dans la note précédente.

(2) On peut signaler comme caractéristique en ce sens la répression de la *calumnia* dans la procédure d'accusation et dans la *cognitio*. Le juge répressif doit punir d'une manière déterminée l'accusateur qui a agi par *calumnia*; il peut punir, s'il le veut et comme il le veut, le dénonciateur coupable de la même faute. Ulpian, *Dig.*, 47, 2, 93: *visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione* (cpr. 47, 15, 1) *coercendam*.

(3) Cela s'appelle *ad jus ordinarium remittere* (*Dig.*, 47, 17, 2), *ad forum remittere* (*Coll.*, 7, 4, 1. 11, 4, 1. c. 6, 1. 12, 6, 1) *ad examinationem civilem remittere* (*Dig.*, 47, 14, 1, 4). Lorsque le magistrat refuse la *cognitio*, c'est-à-dire la procédure *extra ordinem* (*Coll.*, 7, 4, 1), cela ne conduit pas nécessairement à l'action civile, mais laisse l'accusation possible (n. 4). On rend la distinction moins nette lorsqu'au lieu de mettre en regard de l'inquisition du magistrat l'action avec parties, on lui oppose l'action civile.

(4) On ne peut concevoir que de cette manière la possibilité de l'accusation en cas de vol d'hérédité (*Dig.*, 47, 11, 3), d'*abigeatus* (*C. Th.*, 2, 1,

tervention de la justice, extraordinaire par son origine et d'après son nom, est, à raison de son grand développement, devenue une procédure ordinaire. Sous le Principat, par suite du ralentissement de l'activité législative, d'une part, et, d'autre part, sous l'influence des précédents judiciaires créés par les magistrats et les rescrits spéciaux de l'empereur, on en est arrivé à considérer que les autorités répressives n'étaient guère moins obligées de recourir pour certains délits à la procédure plus rapide et plus énergique de la *cognitio* que d'admettre l'accusation.

Cas de *cognitio*
dans
le droit pénal
de la dernière
période.

(348)

A côté de la procédure d'accusation, d'une application générale en droit strict, la *cognitio* du droit pénal embrasse un large domaine qui va toujours s'étendant (1). Les procès devant les consuls et le Sénat n'appartiennent aux *cognitiones* qu'autant que l'autorité n'est pas obligée de les admettre et n'est pas légalement tenue de suivre la forme de l'accusation, bien que cette forme y soit ordinairement adoptée (2). Le procès criminel devant le gouverneur de province ne comporte pas de jurés, mais la forme de l'accusation y est déjà appliquée à l'époque républicaine, même contre des non citoyens, et sous le Principat, elle y est, vis-à-vis du citoyen, de règle tout autant qu'à Rome (I p. 279). Par contre, dans la procédure pénale devant les délégués impériaux, on a non seulement pu faire abstraction de la forme de l'accusation, mais on s'en est même régulièrement abstenu; car l'observation de cette forme renferme en elle-même une certaine limi-

8, 1 = *C. Just.*, 9, 37, 1), de vol ordinaire (*Dig.*, 47, 2, 93) et de stellionat (*Dig.*, 47, 20, 2).

(1) Au sens strict du mot, il n'y a eu comme procédures d'accusation que les procès devant les préteurs criminels de la capitale; même les procès devant le gouverneur de province ne peuvent pas être considérés comme *judicia legitima*. Mais on peut élargir le domaine de l'accusation aussi loin qu'il s'étend en fait, c'est-à-dire lui faire notamment embrasser tous les cas où il y a punition et récompense d'accusateurs.

(2) Nous n'avons qu'un seul exemple d'une peine prononcée par le Sénat sans accusation: au cours d'un procès on découvre qu'un avocat a commis un délit de *repetundae* et immédiatement on requiert une peine contre lui (Pline, *Ep.*, 5, 43, Cpr. 4).

tation de pouvoirs qui n'est pas pleinement conciliable avec la souveraineté du monarque. En dehors des tribunaux suprêmes et souverains, la *cognitio* doit avoir eu un large champ d'application. Cela résulte, d'une part, de l'absence de toute obligation d'accuser et, d'autre part, de ce fait qu'un grand nombre d'individus ne peuvent pas accuser ou ne le peuvent qu'exceptionnellement (1). Il était pratiquement impossible d'ignorer les dénonciations de certaines personnes, notamment des esclaves (2), et il ne pouvait en être tenu compte que dans la procédure d'office. La pratique s'est certainement montrée plus libérale que ne l'indiquent les ouvrages juridiques pour admettre la *cognitio*, soit dans les cas où l'accusation était prescrite mais où aucun accusateur ne se présentait, soit dans des affaires pénales qu'une loi ne soumettait pas à la procédure d'accusation. Nous dressons ici la liste des nombreux cas dans lesquels la *cognitio* était admise d'après ces ouvrages juridiques.

1. En cas de délit commis par un esclave l'accusation était juridiquement permise, mais la procédure d'office ne l'était pas moins (p. 81). Or, comme on ne trouvait pas facilement d'accusateurs pour de tels délits, la *cognitio* a en fait ici prévalu dans la mesure où l'intervention judiciaire de l'État n'était pas rendue superflue par l'exercice que le maître faisait de sa puissance. Ainsi notamment, il semble, comme nous l'exposerons dans le Livre IV, que, déjà d'après le droit républicain, l'instruction ait été conduite de cette manière, lorsqu'en cas de meurtre les esclaves de la victime étaient soupçonnés du crime (3).

(349)

(1) Dans Tacite, *Ann.*, 13, 40 : (*non receptus est*) *inter reos Carrinas Celer senator servo accusante*, il est peut-être fait allusion à l'esclave qui accuse son maître; toutefois la condition inférieure du dénonciateur a dû provoquer fréquemment le rejet de la dénonciation.

(2) On peut considérer comme moyen normalement employé la transmission de la dénonciation par les esclaves, les femmes et les étrangers à une personne qui pouvait et voulait s'en charger. C'est ainsi, par exemple, qu'aux *Dig.*, 48, 10, 24, une falsification de testament est dénoncée par l'esclave à son maître. Le cas de Vettius (Cicéron, *Ad Att.*, 2, 24, 3) nous montre comment on procédait déjà à l'époque républicaine avec des dénonciateurs gênants.

(3) Dans les fragments de Bruxelles provenant des Institutes de Paul (vol. 3, p. 297 de la *Coll. libr. jur. Antejust.* [Girard, *Textes* 3, p. 431]), la pro-

2. La même observation peut être vraisemblablement faite pour le non citoyen. Sans doute, l'accusation pouvait être dirigée contre lui, mais il semble que, notamment devant le gouverneur de province, cela n'ait été nullement de règle (1).

3. Dans la mesure où l'on permettait aux femmes d'accuser (cpr. la Sect. III du présent Livre) elles n'étaient pas exposées, ainsi que nous le montrerons plus loin, à une contre-action pour cause de *calumnia*, et l'action ainsi provoquée pouvait, dans une conception rigoureuse, être considérée comme un cas de *cognitio*.

4. Lorsqu'un fait, que le droit pénal ne visait pas ou réprimait simplement comme délit privé, était frappé d'une peine publique, la répression avait régulièrement lieu par voie de *cognitio*, de telle façon que l'accusation, qui éventuellement avait pu se produire ici, était traitée comme dénonciation. Nous avons toutefois déjà fait remarquer (II p. 11 n. 3) que dans la mesure où cette intervention extraordinaire de la justice n'était pas devenue en fait une intervention ordinaire, le magistrat avait la faculté de refuser la *cognitio* et de renvoyer le dénonciateur à l'action civile ou à l'accusation.

(350) 5. Dans le cas des recherches exposées dans le Livre précédent et entreprises par les autorités municipales (I p. 362

cédure *extra ordinem*, qui doit être intentée *sine respectu loci temporis conditionis dignitatis* (sive sit servus sive sit liber, est-il dit de l'accusateur), est prescrite pour deux cas : *si quis accusatur de morte patris aut de eo, quod dominum morti tradere voluerit*.

(1) Pline (*Ad. Traj.*, 98) inflige par voie de *cognitio* aux non citoyens, qui lui sont dénoncés comme chrétiens, des peines qui vont jusqu'à la peine de mort ; rien n'indique qu'il s'agit ici d'une procédure d'accusation. Ces jugements ne reposent pas sur le *jus gladii* que Pline pouvait difficilement avoir (I p. 284 n. 4), mais sur son *imperium* proconsulaire ; celui-ci renferme le pouvoir illimité de coercition et comporte parfaitement la faculté de prononcer de pareilles sentences. L'instruction provoquée en l'an 108 devant un stratège d'Égypte à l'occasion d'un incendie volontaire (περὶ τοῦ ἐπιτησοῦς, est-il dit dans le titre, *Berl. Pap.* 163, ζητώ [πὸς ἐγένετο καὶ τί ἀπεργασάτο] appartient sans doute au droit pénal égyptien (I p. 133) ; à la suite de la dénonciation d'un certain Harpagathès, le greffier du village amène devant le stratège les prétendus coupables ; ceux-ci protestent de leur innocence et désignent le dénonciateur comme l'incendiaire.

sv.) ou de l'Empire (I p. 357 sv.) contre les individus dangereux et coupables, de même que dans toutes les dénonciations de délits faites d'office par les subalternes et les autorités inférieures, la procédure d'accusation, comme nous l'avons montré à propos du service de sûreté (I p. 363) n'était pas impossible; mais c'était ordinairement la *cognitio* qui avait ici lieu. On agissait de même lorsqu'un voleur de grand chemin était livré par un particulier à l'autorité publique (1).

6. Pendant la dernière période, la procédure d'office avait lieu, en l'absence d'accusateur, dans les cas suivants : surtout en cas de crime de lèse-majesté (2), mais aussi pour les crimes de faux en matière de monnaie (3), pour certains délits religieux (4), pour le meurtre des proches (5), dans certaines circonstances pour le meurtre simple (6), en cas de magie (7), de

(1) *Dig.* 48, 18, 1, 26.

(2) En cas de crime de lèse-majesté, le tribunal admet la dénonciation de l'esclave même contre son maître. Paul, 5, 13, 3. Hermogénien, *Dig.*, 5, 1, 53. 48, 4, 7, 2. *C. Th.*, 9, 6, 2, 3 (= *C. Just.*, 9, 1, 20). *C. Just.*, 10, 11, 6. c. 8, 6. On punit également ici celui qui ayant connaissance du délit ne l'empêche pas ou ne le dénonce pas (I p. 106 n. 1). — Il faut tenir compte dans les délations dirigées contre les chrétiens (Eusèbe, 4, 13, 26; Tertullien, *Apol.*, 5) de ce fait qu'elles appartiennent à la catégorie des procès de lèse-majesté et que par conséquent la forme de la *cognitio* est ici possible de plein droit. On doit aussi se rappeler, pour expliquer l'absence ordinaire d'accusateur, que les témoignages qui nous sont parvenus mentionnent toujours l'aveu de l'inculpé et que le simple abandon de la religion défendue fait disparaître l'accusation, donc que toute prestation de preuve fait ici défaut.

(3) *Dig.*, 5, 1, 53. *C. Th.*, 9, 21, 2 (= *C. Just.*, 9, 24, 1). Dans ce cas, on traite également comme complice celui qui a connaissance du délit sans l'empêcher ou le dénoncer (I p. 106 n. 2).

(4) Manichéisme : *C. Th.*, 16, 5, 9 : *sublimitas tua det inquisitores, aperiat forum, indices denuntiatoresque sine invidia delationis accipiat*. Profanation des églises : *C. Th.*, 16, 2, 31 = *C. Just.*, 1, 3, 10. Blasphème : *Nov.* 77.

(5) Paul le dit expressément dans le fragment de Bruxelles cité II p. 13 n. 3. La dénonciation a dû être requise ici dans la mesure où la connaissance du délit y est punie comme complicité (I p. 106 n. 3); car personne n'est ici contraint à l'accusation.

(6) Dioclétien (*Cod.*, 1, 19, 1) ordonne le procès sur le fondement de la dénonciation du meurtrier de son maître faite par l'esclave; d'où il paraît résulter que la dénonciation de l'esclave à l'égard d'un autre meurtre ne devait pas être admise. S'il se fût agi ici de personnes libres, l'accusation eût été requise.

(7) *C. Th.*, 9, 16, 11 (= *C. Just.*, 9, 18, 9).

(351) violence (1), d'inceste (2), de rapt (3), de relations sexuelles entre une femme et son esclave (4), de faux (5), d'accaparement de grains (6), de libelle diffamatoire (7). Il est difficile que l'application de cette procédure se soit restreinte aux cas qui nous sont accidentellement rapportés; de même l'exclusion rigoureuse de la dénonciation anonyme (II p. 4 n. 1) et de la dénonciation de l'esclave vis-à-vis de son propre maître nous oblige déjà à admettre, notamment pour la dernière période, qu'en cas d'autres dénonciations, la répression judiciaire a bien pu être refusée pour certains délits, par exemple pour l'adultère, mais ne l'a certainement pas été en fait pour tous les délits.

Situation
respective
de l'accusation
et
de la *cognitio*
pendant
la dernière
période.

Pratiquement, on admet en règle générale dans la procédure pénale de la dernière période tant l'accusation que la *cognitio*, mais la première est préférée à la seconde. Etant données la mollesse et la lenteur inhérentes à toute bureaucratie, on a, tout en étendant le champ d'application de la *cognitio*, reconnu dans une certaine mesure l'obligation pour l'État d'intervenir pour punir les délinquants; en même temps, le système de l'accusation volontaire n'était pas seulement maintenu dans les *judicia publica*, il était aussi étendu aux délits publics pour lesquels le droit strict excluait cette accusation; toutefois des efforts étaient faits pour parer jusqu'à un certain point, par une augmentation démesurée des peines de la *calumnia*, aux inconvénients indéniables qu'engendrait la faculté pour toute personne d'intervenir spontanément comme ministère public. L'accusation de cette époque n'est pas autre

(1) D'après une constitution de 395 (*C. Th.*, 2, 1, 8, Altéré = *C. Just.*, 8, 4, 8), la *vis publica* ou *privata* doit être traitée *interdum etiam sine inscriptione*.

(2) D'après Papinien (*Dig.*, 48, 5, 39, 7), on négligera plutôt de punir l'inceste, *si nemo reum postulavit*.

(3) *Cod.*, 1, 3, 53, 3 = 9, 13, 1, 3. *Inst.*, 4, 18, 8. On punit également ici celui qui a connaissance du délit (I p. 106 n. 4).

(4) *C. Th.*, 9, 9, 1 (= *C. Just.*, 9, 11, 1).

(5) Dans certains cas l'autorité peut admettre le procès *sine inscriptione*: *C. Th.*, 9, 19, 4, 4 (modifié *C. Just.*, 9, 22, 23). — La *cognitio* est également possible pour fausse indication dans le *census* (*Dig.*, 5, 1, 53).

(6) *Dig.*, 5, 1, 53, 48, 2, 43, tit. 12, 1.

(7) Édit de Constantin *de accus.* (II p. 10 n. 2). *C. Th.*, 9, 34, 1.

chose qu'un moyen de restreindre l'usage dangereux et odieux de la dénonciation en contraignant le dénonciateur à l'accusation partout où c'était possible, et en le rendant ainsi responsable de tout abus du droit d'accusation, tandis que les magistrats étaient du même coup déchargés du soin de rechercher les délits. Le système n'était peut-être pas rationnel, il était certainement commode.

COMPÉTENCE — LIEU ET TEMPS DES PROCÈS

Généralité
de la
responsabilité
criminelle.

Suspension
temporaire
de cette
responsabilité.

Toute action, dans laquelle la personne qui agit, la volonté qui la détermine à agir et le fait accompli rentrent dans la notion romaine de délit, donne lieu, en supposant que la loi romaine s'applique à ce délit, à la procédure pénale romaine. Le droit romain ne connaît pas d'exemption permanente de cette procédure. Mais comme le pouvoir répressif de l'État ne se manifeste que par la magistrature, le magistrat romain ne peut être soumis à ce pouvoir qu'autant qu'il est distinct du magistrat qui exerce la puissance pénale de l'État et lui est subordonné. Le magistrat suprême est donc soumis à la loi pénale, mais, tant qu'il est en fonction, il est soustrait à toute procédure répressive. Lorsque sa charge est à vie, comme cela était le cas originairement pour le roi et plus tard pour le *princeps*, le procès et la peine ne sont possibles contre lui qu'autant qu'il abandonne sa fonction. Dans les cas où ce procès et cette peine sont admis contre un mort, ils peuvent avoir lieu même après le décès du magistrat, comme nous l'avons exposé dans le Liv. I (I p. 95). La fonction est-elle temporaire, l'action pénale sommeille jusqu'à la sortie de charge, si celui que l'on doit accuser ne peut être contraint à répondre à la citation du magistrat investi de la juridiction (1). —

(1) Cicéron, *De l. agr.*, 2, 13, 34. Tite-Live, 30, 24. *Dig.*, 4, 8, 3, 3.1.4. 47, 10, 32. *St. R.*, 1, 705 [*Dr. publ.*, 2, 390]. Un questeur ayant, dans une ins-

Abstraction faite de ce droit du magistrat supérieur de considérer comme non avenue la citation de comparaître faite par un magistrat inférieur, le procès est régulièrement suspendu, lorsque l'accusé est retenu par des affaires publiques (1). Cette règle s'applique notamment aux personnes absentes d'Italie pour le service de l'armée ou pour tout autre service d'État (2); on leur assimile sous le Principat les troupes qui sont en service à Rome (3). Les magistrats présents au siège du tribunal jouissent de la même exemption; elle ne leur est peut-être pas donnée par une prescription législative générale (4), mais elle leur est du moins généralement attribuée pour les procès criminels par les différentes lois spéciales (5). Il en résulte que l'entrée en fonctions (6) et déjà même l'approche de ce mo-

(353)

struction ouverte sur un mandat des consuls et du Sénat, reçu des dénonciations contre le préteur César, celui-ci le fit arrêter pour ce motif (*quod compellari apud se majorem potestatem passus esset*: Suétone, *Caes.*, 17). — Toutefois le magistrat qui jouit de cette exemption peut se soumettre à la citation (*Dig.*, 3, 3, 54, *pr.* 46, 7, 12). Dans Valère Maxime, 6, 1, 7, un tribun du peuple est contraint par ses collègues d'accepter une action comitiale infamante, parce que ceux-ci lui refusent l'intercession. Cette information conduit donc à la même conclusion qu'un récit analogue de Val. Max., 6, 5, 4, dans lequel les tribuns prêtent leur appui à ceux qui se livrent à des violences contre leurs collègues injustes; cela revient finalement à dire que chaque tribun devient impuissant si ses collègues lui font une opposition directe.

(1) Même dans ce cas, le magistrat peut renoncer à l'exemption comme le font les censeurs dans le cas rapporté par Tite-Live, 43, 16. Dans un procès semblable (Tite-Live, 24, 43), les tribuns défendent aux censeurs de s'engager dans le procès.

(2) La loi Memmia, promulguée avant 641/113, interdit *eorum qui rei publicae causa abessent recipi nomina* (Val. Max., 3, 7, 9). Suétone, *Caes.*, 23 : *functus consulatu... a L. Antistio tr. pl. postulatus appellato demum collegio obtinuit, cum rei publicae causa abesset, reus ne fieret*. *Dig.*, 48, 2, 12, *pr.* tit. 5, 16, 1. 4 (Cpr. *Cod.*, 9, 9, 15). Cette exemption s'étend au magistrat encore présent, mais obligé de partir (*Dig.*, 3, 3, 54, *pr.*).

(3) *Dig.*, 48, 5, 16, 3.

(4) D'après Aulu-Gelle, 13, 13, cette règle semble n'avoir pas été formulée expressément pour l'action privée. En sens contraire, on peut invoquer *Dig.*, 4, 6, 26, 2 : *more majorum sine fraude in jus vocare non licet consulem praetorem ceterosque qui imperium potestatemve quam habent*; 2, 4, 2. 5, 1, 48. Ce dernier texte se rapporte sans doute aux magistrats municipaux.

(5) *Lex Repetundarum*, l. 8. 9. *Dig.*, 48, 2, 12, *pr.*

(6) Dion, 39, 7. 18 et ailleurs.

(354) ment (1) rendent l'accusation impossible jusqu'à la sortie de charge (2). Nous ne savons pas avec certitude dans quelle mesure cette exemption s'est étendue aux délégués impériaux (3). Elle n'est pas admise sous le Principat devant les deux tribunaux suprêmes (4), elle subit une restriction en cas d'adultère (5) et de *repetundae* (6) et elle n'est pas applicable aux délits commis pendant l'exercice même des fonctions (7).

Compétence. La compétence pour chaque délit, c'est-à-dire le pouvoir du juge répressif de citer l'accusé et l'obligation pour celui-ci de répondre à cette citation, résulte d'une manière générale des explications données dans le Livre précédent sur les autorités répressives et leur compétence. Nous groupons ici les idées directrices en cette matière.

Compétence générale des tribunaux suprêmes. Les tribunaux généraux de l'empire romain, c'est-à-dire, sous la République le tribunal des détenteurs d'*imperium*, sous le Principat le tribunal consulaire sénatorial et le tribunal impérial, sont compétents pour tout délit, à moins que la condition personnelle de l'accusé ne rende l'emploi de la procé-

(1) *Dig.*, 3, 3, 54, *pr.*

(2) Accusation après la sortie de charge : Tacite, *Ann.*, 13, 44. Dion, 40, 55, 53, 10. Démission pour hâter l'accusation : Dion, 57, 21, 59, 23, 60, 7. Suétone, *Claud.*, 29. Tacite, *Ann.*, 12, 4. Il faut également citer ici l'abdication de Lentulus lors de l'instruction ouverte contre les partisans de Catilina (Salluste, *Cat.*, 47).

(3) Les légats impériaux (*Dig.*, 48, 2, 12, *pr.*) et le préfet de la Ville (*Dig.*, 2, 4, 2) jouissent de cette exemption comme détenteurs de l'*imperium*, mais il en a été difficilement de même pour les procureurs, bien que ceux-ci puissent le plus souvent se prévaloir de leur absence pour affaires d'État.

(4) Cette restriction a du poids même vis-à-vis du Sénat. Tacite, *Ann.*, 2, 28. Cpr. 3, 37. Dion, 76, 8.

(5) En égard à la prescription rapide du procès d'adultère, on permet d'introduire l'instance pendant la magistrature de l'accusé, les débats seuls sont reculés (*Dig.*, 48, 5, 39, 10).

(6) *C. Th.*, 9, 27, 6 = *C. Just.*, 9, 27, 4. *Nov. Just.*, 8, 3.

(7) L'action peut être intentée immédiatement en cas d'injure commise par un magistrat pendant l'exercice de sa charge (*Dig.*, 47, 10, 32); il en est de même du délit commis par le légat proconsulaire pendant sa légation (*Dig.*, 48, 2, 12, *pr.*).

dure impossible, comme cela a lieu notamment pour le procès comitial au regard des pérégrins. L'activité de ces tribunaux n'est restreinte à la ville de Rome qu'autant que la constitution le prescrit, ce qui est le cas pour les comices et les séances du Sénat; les consuls (I p. 170) et les empereurs (I p. 311 n. 3) ont rendu la justice même hors de Rome. Cette compétence donne en outre à toutes ces autorités la faculté de faire amener devant elles tout accusé (1); on fit de ce droit l'usage le plus étendu, notamment à l'époque impériale (I p. 283).

Cette compétence générale appartient aussi originairement (355) au préteur pour l'action privée romaine; tout citoyen romain est tenu en vertu des principes de faire valoir ses droits comme défendeur devant ce magistrat et il en est de même du non-citoyen, au moins lorsque celui-ci séjourne à Rome (2). Plus tard, lorsque le système de la double patrie se fût introduit pour le citoyen romain, de telle sorte qu'il eût sa patrie générale à Rome et sa patrie spéciale dans la cité où il était établi, et lorsque la juridiction romaine extra-urbaine se fût complètement développée, on vit prédominer en cette matière la division par ressorts. Désormais, abstraction faite de certaines affaires réservées (I p. 260), celui-là seul est soumis au tribunal de la capitale qui a son domicile à Rome ou y séjourne, qu'il soit citoyen ou non. Cette compétence est même restreinte, si une personne séjourne à Rome pour y remplir des devoirs de sa charge ou y accomplir d'autres obligations analogues (3). — Nous pouvons d'autant moins dire avec certitude comment les *judicia publica*

Limites
de compétence
pour les
judicia privata
et les
judicia publica.

(1) C'est ainsi que Q. Pleminius est envoyé enchaîné à Rome pour y être jugé dans un procès se déroulant devant les magistrats et les comices (I p. 34 n. 2). A la suite d'une offense commise en Asie contre un magistrat romain, les accusés doivent être cités à comparaître à Rome (*eos homines consulum litteris evocandos*: Cicéron, *Verr.*, I, 1, 33, 84, 85). Cette citation est bien employée en droit pénal, mais elle est en soi un acte administratif; un dictateur rappelle de la même manière un consul, *pro jure majoris imperii*, d'Afrique à Rome.

(2) Le droit de citer le non-citoyen a peut-être appartenu au tribunal urbain romain au-delà de cette limite; mais nous ne savons pas si la notion de sujet de l'empire a joué ici un rôle.

(3) *Dig.*, 5, 1, 2, *pr.* 4, 6, 28, 4, 5, 1, 7.

ont été organisés à cet égard que les lois spéciales ont certainement posé en ce qui les concerne des règles différentes et que nous manquons ici presque complètement de renseignements à leur sujet. Le principe d'universalité, qui domine le système des actions privées suivi comme modèle par les lois spéciales rendues en notre matière, s'est vraisemblablement étendu aussi aux *judicia publica*. En effet, tout délit put, du moins en cas de *repetundae*, de péculat, de lèse-majesté, d'*ambitus*, de falsification de monnaie romaine ou d'un testament romain, être poursuivi devant la cour judiciaire de la capitale qui s'occupait de ces affaires, abstraction faite du lieu du délit et probablement aussi en partie de la condition personnelle du coupable. Il n'en résultait certainement pas une compétence exclusive pour ce tribunal, quoiqu'elle eût été concevable pour plusieurs de ces délits (1). Il a dû y avoir des exceptions légales. En matière de meurtre, d'une part, la compétence de la cour judiciaire de la capitale est reconnue pour les crimes qui sont commis dans Rome ou dans le rayon d'un mille autour de Rome (2), d'autre part, son fonctionnement au delà de cette limite est également prouvé d'une manière certaine (3) ; il est probable qu'à l'intérieur de cette circonscription la compétence du tribunal urbain était exclusive et le magistrat était obligé d'accueillir tout procès de meurtre, tandis que la loi donnait

(356)

(1) Lorsqu'un citoyen romain, domicilié à Capoue, est accusé de s'être rendu coupable d'*ambitus* à Rome, l'affaire n'a certainement pas pu venir devant le tribunal du domicile du coupable. De même, l'*ambitus* municipal relève sans doute exclusivement du tribunal de la cité intéressée.

(2) (I p. 263). *Coll.*, 1, 3, 1 : *capite primo legis Corneliae de sicariis cavetur, ut is praetor judexve quaestionis, cui sorte obvenerit quaestio de sicariis ejus quod in urbe Roma propiusve mille passus factum sit, uti quaerat*. Des deux procès d'empoisonnement dont traite Cicéron dans le discours pour Cluentius, la tentative de meurtre attribuée à Oppianicus (c. 16) paraît avoir été commise à Rome et cela est certain pour l'empoisonnement imputé à Cluentius (c. 62, 175).

(3) Les meurtres commis en dehors des limites de l'empire romain, mais tombant sous le coup de la loi romaine, ne pouvaient absolument pas être poursuivis au lieu du délit et pour ceux qui étaient commis dans les provinces, comme par exemple pour l'empoisonnement de Germanicus à Antioche, il n'y a pas de *judicium publicum* au sens étroit du mot (I p. 263 n. 1).

au même tribunal une compétence générale facultative pour les crimes commis hors de ce rayon. Il me paraît évident qu'il était pratiquement aussi irréalisable de réserver tous les procès de meurtre au tribunal urbain qu'impossible, étant donnée l'organisation de l'empire romain, de confier la répression de ces crimes uniquement au tribunal du lieu du délit.

A côté des autorités répressives de Rome et de l'empire romain, deux domaines qui n'ont jamais été complètement distingués, on vit apparaître peu à peu des tribunaux avec ressort : préfectures italiques (I p. 259), gouvernements de province (I p. 269), tribunaux municipaux (I p. 260 sv.), délégations impériales restreintes à une région (I p. 315 sv.) Quant à la détermination plus précise de leur compétence, notamment dans l'exercice du pouvoir répressif qui leur est attribué, nos sources sont pour ainsi dire muettes. On peut toutefois, notamment au regard des tribunaux des gouverneurs de province de la dernière période, découvrir dans une certaine mesure les limites de compétence en vigueur pour l'administration de la justice pénale.

Compétence
des tribunaux
extra-urbains.

Le pouvoir d'un tribunal ne s'étend en principe qu'aux parties qui lui sont soumises parce qu'elles ont leur patrie ou leur domicile dans son district (I p. 270. 271 n. 5). Le gouverneur peut citer ces personnes à son gré et, si des restrictions spéciales ne s'y opposent pas (1), il peut les faire comparaître à tout endroit de son ressort qu'il lui plaît de désigner (2). De même et en conséquence, le tribunal du ressort représente pour ces personnes l'autorité vraiment compétente (3). En cas

Forum
domicilii.

(1) Cicéron, *ad Att.*, 5, 21, 6 : *evocari ex insula Cyprios non licet*, texte qui fait allusion aux actions privées des provinciaux.

(2) Les réglemens de *conventus*, arrêtés tout d'abord pour les actions privées (I p. 273), servent aussi de règle directrice pour la procédure pénale ordinaire.

(3) Les *judicia peregrina*, que prohibe une constitution de 373 (*C. Th.*, 9, 1, 10 ; analogue : 9, 1, 16), sont des actions pénales contre des personnes domiciliées hors du ressort du tribunal. Lorsque l'empereur, pour motiver sa défense, fait valoir que le procès pénal doit avoir lieu à l'endroit où le délit a été perpétré, cette argumentation paraît reposer simplement

(357) de coercition et d'une manière générale en cas de *cognitio*, ce principe était inapplicable déjà par ce seul fait que le magistrat en pareil cas ne connaissait souvent au début que le fait punissable et non l'auteur; dans la procédure d'accusation au contraire, on put, en s'inspirant des règles de l'action privée, attacher l'action pénale au domicile du délinquant et attribuer l'affaire en première ligne au tribunal du domicile (1) avec faculté de recourir à la *requisitio* et à la translation. Même dans ce cas, des exceptions ont dû être plusieurs fois admises, notamment lorsque plusieurs personnes étaient accusées en même temps. Etant donné le silence des sources, il est impossible de rien dire de plus précis à cet égard.

Forum delicti. La poursuite du délit n'a pas été seulement possible devant le tribunal du domicile de l'accusé, elle a été aussi permise dans une mesure importante devant le tribunal du lieu du délit. Pour les personnes non domiciliées dans l'empire, le tribunal compétent a sans doute été toujours déterminé par le lieu du délit. L'empereur Antonin le Pieux a, dans un rescrit, posé la règle que le délit de l'esclave devait être jugé non au domicile du maître, mais au lieu où il avait été commis (2). D'après les termes précédemment cités de la loi de Sylla sur le meurtre, la compétence de cette *quaestio* paraît avoir été surtout déterminée par le lieu du délit. Nous avons déjà fait

sur ce fait que les actes délictuels sont ordinairement commis au domicile du délinquant.

(1) D'après Celsus (qui vit sous Trajan et Hadrien), *Dig.*, 48, 3, 41, l'accusé arrêté doit être interrogé par le gouverneur de la province où a eu lieu l'arrestation, puis être livré *ex causa* (ce qui est peut-être une addition postérieure) à sa cité d'origine. Pour l'époque d'Antonin le Pieux, *Dig.*, 48, 2, 7, 4 (n. 2). Sous Marc-Aurèle, le gouverneur d'Achaïe accueille une action de meurtre contre un Tyrien, parce que celui-ci a acquis le droit de cité athénienne (γράφονται τὸν σοφιστὴν φόνου... ὡς ἔνα Ἀθηναίων, ἐπειδὴ φυλὴ τε ἦν αὐτοῦ καὶ δῆμος Ἀθήνησιν, Philostrate, *Vit. Soph.*, 2, 49, 3). La même règle est exprimée par Septime Sévère pour le *plagium* : *Cod.*, 3, 45, 2. Paul. *Dig.*, 1, 48, 3 (II p. 25 n. 4). Cette compétence paraît avoir été supprimée dans la plupart des cas par voie d'interpolation.

(2) Ulpien *Dig.*, 48, 2, 7, 4 : (*divus Pius*) *rescripsit servos ibi puniendos, ubi deliquisse arguantur dominumque eorum, si velint eos defendere, non posse revocare in provinciam suam* (ce qui devait donc être encore permis, lorsqu'il était personnellement accusé), *sed ibi oportere defendere, ubi deliquerint.*

remarquer que la *cognitio*, à raison de sa nature, a dû être principalement exercée pour les délits commis dans le ressort du magistrat, l'extension postérieure de cette forme de procédure a eu pour conséquence de faire prévaloir le système du *forum delicti*. Cela s'est tout d'abord produit pour les délits commis avec violence (1), mais est devenu ensuite une règle générale (2). — Il est vraisemblable que la procédure pénale s'est exercée maintes fois au lieu où le délinquant était arrêté et non au lieu où le délit avait été commis, mais les sources juridiques ne nous donnent que des preuves insuffisantes à cet égard (3). (358)

Il est arrivé souvent, en vertu des règles précédemment posées, que plusieurs tribunaux ont été compétents pour le

Compétence
concurrente
de plusieurs
autorités.

(1) Paul, *Dig.*, 1, 18, 3 : *praeses provinciae in suae provinciae homines tantum imperium habet... habet interdum* (à ce moment le lieu du délit n'était donc pas encore reconnu comme déterminant la compétence d'une manière générale) *imperium et adversus extraneos homines, si quid manu commiserint : nam et in mandatis principum est, ut curet is qui provinciae praees malis hominibus provinciam purgare* (de même *Dig.*, 1, 18, 13, *pr.* 48, 13, 4, 1), *nec distinguuntur unde sint*. Le déserteur doit être livré à ses supérieurs militaires, mais *si quid gravius in ea provincia, in qua repertus est, admiserit*, il est tout d'abord soumis au tribunal du gouverneur dans la province duquel se trouve le lieu du délit (*Dig.*, 49, 16, 3, *pr.*).

(2) *Dig.*, 48, 2, 7, 5 : *cum sacrilegium admissum esset in aliqua provincia, deinde in alia minus crimen, divus Pius... rescipit postquam cognoverit de crimine in sua provincia admissio, ut reum in eam provinciam remitteret, ubi sacrilegium admisit*; il est vraisemblablement question ici de *cognitiones*. Papinien, *Dig.*, 48, 2, 22 : *alterius provinciae reus apud eos accusatur et damnatur, apud quos crimen contractum ostenditur*. Ulpien, *Dig.*, 48, 22, 7, 13. Macer, *Dig.*, 48, 3, 7 : *solent praesides provinciarum, in quibus delictum est, scribere ad collegas suos, ubi factoris agere dicuntur, et desiderare, ut cum prosecutoribus ad se remittantur*. Gordien exprime la même règle pour l'adultère (*Cod.* 9, 9, 12 *cpr.* 14, 15). *Cod. Théod.*, 9, 1, 10, 16. Constantin (*C. Th.*, 9, 1, 1 = *C. Just.*, 3, 24, 1) a également, pour le délit commis dans la province par un Sénateur, supprimé la compétence du tribunal du domicile (I, p. 336 n. 3) et établi celle du tribunal du lieu du délit. Justinien (*Nov.*, 69, 1, 134, 5), en présence des tentatives fréquentes faites par les accusés des classes supérieures pour faire venir les procès devant les tribunaux de la capitale, a confirmé la compétence du tribunal provincial et ordonné de s'y soumettre.

(3) La constitution de Septime Sévère, *Cod.* 3, 15, 1 : *quaestiones.. criminum... ubi [les mots commissu vel paraissent interpolés] inchoatae sunt vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere satis notum est* n'est pas assez explicite en ce sens.

même délit : par exemple, le tribunal consulaire-sénatorial, le tribunal impérial, peut-être aussi, en cas de meurtre commis hors de Rome, le tribunal de la capitale et celui du domicile du meurtrier, le cas échéant, le tribunal du domicile de l'accusé et celui du lieu du délit. Nous sommes trop peu renseignés sur cette question pour nous y arrêter : en principe, lorsque des lois spéciales ne s'y opposaient pas, la question de compétence était ici tranchée au profit du tribunal qui était le premier saisi de l'affaire.

Locaux
où siègent
les tribunaux.

Ce que nous venons de dire de la compétence indique dans quelle mesure le siège de ces tribunaux était lié à la ville de Rome et plus tard au ressort pour lequel ils étaient institués. Nous allons nous occuper maintenant des locaux dans lesquels la justice était rendue.

(359)
Publicité
de la procédure
pénale et
exclusion de
cette publicité.

La procédure pénale romaine, dans la mesure où elle peut être considérée comme appartenant à la juridiction au sens étroit du mot, réclame la publicité ; cette règle s'applique également au procès qui se déroule devant les magistrats et les comices et à la procédure criminelle postérieure devant les préteurs. Par contre, la procédure pénale qui ne tend pas à un procès comitial ou à un procès devant un jury, s'accomplit aussi ordinairement en public (I p. 170), mais la publicité ne peut pas être regardée ici comme une nécessité juridique ; c'est ainsi par exemple que le dictateur César a tranché des procès criminels dans sa maison (I p. 170 n. 3). Sous le Principat, la procédure consulaire-sénatoriale exclut par principe la publicité à raison des règles en vigueur pour les délibérations du Sénat (I p. 296). Pour l'empereur, comme pour toutes les autorités qui lui empruntent leur pouvoir répressif, les débats publics peuvent être considérés comme étant la règle et les empereurs de la dernière période le disent encore expressément (1),

(1) Constantin en 313 (*C. Th.*, 1, 12, 1) : *omnes civiles causas et praecipue eas, quae fama celebriores sunt, negotia etiam criminalia publice audire debe-*

mais les deux formes sont ici possibles (1) et des débats à huis clos ont eu lieu fréquemment à toutes les époques devant ces autorités (2).

La reddition publique de la justice peut avoir lieu à Rome en tout endroit situé en deçà de la première borne milliaire (3), mais le véritable siège du tribunal fut le grand marché (4), auquel s'ajoutèrent plus tard, lorsque celui-ci fut devenu insuffisant, les deux forums créés par César (5) et

bis. En 331 (C. Th., 1, 16, 6) : *praesides publicas actiones (naciones ms.) exercent frequentatis per examina tribunalibus nec civiles controversias audituri in (auditoris ms.) secretariis sese abscondant*. Valentinien en 364 (C. Th., 1, 16, 9) : *judex... non in secessu domus de statu hominum vel patrimoniorum sententiam ferat, sed apertis secretarii foribus intro vocalis omnibus aut pro tribunali locatus et civiles et criminales controversias audiat*. Jean Chrysostôme, *Hom.*, 56 in *Matth.*, (Migne, vol. 55, p. 554) : *δικαστάς, όταν δημοσίᾳ κρίνωσι, τὰ παραπετάσματα συνελκίσαντες οἱ παριστώτες πάντιν αὐτοὺς δεικνύουσιν*. Basile, I p. 329 n. 2.

(1) I p. 310. Par exemple, il est dit d'Auguste chez Suétone, 33 : *jus dixit adsiduo... si parum corpore valeret lectica pro tribunali collocata vel etiam domi cubans*, et plus tard des gouverneurs de province chez Lactance, *De mort. persec.*, c. 43 : *ne cui temere jus diceretur avae in secretariis ac pro tribunali positae, ut litigatores prius sacrificarent atque ita causas suas dicerent*.

(2) Il suffit pour cela de renvoyer aux explications données plus loin sur l'*auditorium* et le *secretarium*. Tacite, *Dial.*, 39, parle déjà de l'accroissement des débats judiciaires dans les *auditoria* et les *tabularia* et vise par cette dernière expression les procès de fonctionnaires qui impliquent des examens de compte. En effet, les procès militaires et les procès de fonctionnaires, qui occupèrent maintes fois le tribunal impérial, devaient exiger fréquemment l'exclusion de la publicité et d'autres délits paraissent aussi avoir été attirés pour la même raison devant le tribunal impérial (I p. 308 n. 1).

(3) Pendant la guerre contre Hannibal, le préteur, pour tranquilliser les âmes inquiètes, transporte son tribunal du marché dans un coin éloigné de la ville (Tite-Live, 23, 32, 4).

(4) Loi des XII Tables, 1, 7 : *in comitio aut in foro*, sans doute parce que déjà à cette époque le *comitium* n'offrait plus de place suffisante. D'après Denys d'Halicarnasse, 2, 29, le roi rend la justice *ἐν τῷ πανερωτίῳ τῆς ἀγορᾶς*. Les fils du premier consul sont jugés sur le marché (Tite-Live, 2, 5; Denys d'Hal., 5, 8, 9) et il en est de même des femmes accusées de *veneficium* (Tite-Live, 8, 48) et des conjurés de Campanie condamnés après avoir subi un interrogatoire avec torture (Tite-Live, 26, 27). D'après la *lex Acilia repetundarum*, les jurés prêtent le serment *pro rostris in forum [vorsus]* (l. 37) et les notifications requises doivent être exposées *apud forum* (l. 38. 65. 66).

(5) Appien, *R. c.*, 2, 102 : (César), *τέμενος... Ῥωμαίοις ἕταξεν ἀγορὰν εἶναι*

Basilicae. Auguste (1) à côté du premier et désignés par le nom de leur fondateur. Les basiliques couvertes, mais accessibles à tous, qui donnent sur les forums ont également servi comme halles de marché et comme palais de justice (2); sur ces marchés ou dans ces halles on dressait les tribunaux, c'est-à-dire des estrades élevées sur lesquelles on installait le siège du détenteur d'*imperium* chargé de rendre la justice (3) et où prenaient place ses conseillers, les autres assistants et le personnel auxiliaire (4). Les magistrats qui remplissaient leurs fonctions en même temps, notamment les préteurs pour les procès civils et criminels, avaient leurs tribunaux sur le marché les uns à côté des autres (5), jusqu'à ce que les ex-

(361)

οὐ τῶν ὀνίων, ἀλλ' ἐπὶ πράξεσι συνίων. ὄν ἐς ἀλλήλους, καθὰ καὶ Πέρσαις ἦν τις ἀγορὰ ζητοῦσιν ἢ μανθάνουσι τὰ δίκαια.

(1) Suétone, *Aug.*, 29 : *fori extruendi causa fuit hominum et judiciorum multitudo, quae videbatur non sufficientibus duobus etiam tertio indigere... cautumque, ut separatim in eo publica judicia et sortitiones judicum fierent.* Il est souvent question chez les auteurs littéraires de l'utilisation des *tria fora* pour l'administration de la justice (Sénèque, *De ira*, 2, 9 : *circumscriptiones, furti, fraudes, infestationes, quibus trina non sufficiunt fora*; Martial, 7, 65, où l'on ne peut pas songer à trois instances, et ailleurs). Sur le forum d'Auguste, où l'empereur Claude rendait la justice (Suétone, *Claud.*, 33), les grands exécutés à côté du temple de Mars offraient une place appropriée à ce service et il n'est pas impossible qu'en cas de mauvais temps on les ait recouverts d'une couverture provisoire (Hülsem, dans les *Mitth. des röm. Instituts*, 1891, p. 401). — Les *rei apud aerarium* (Suétone, *Dom.*, 9) sont des débiteurs du fisc.

(2) Un rhéteur de l'époque d'Auguste, qui n'est pas habitué à parler en plein air sur le marché, demande au tribunal, dans un procès criminel qui a lieu en Espagne, que l'audience soit portée du forum dans la basilique (Sénèque, *Controv.* 9, *Praef.*, et d'après lui, Quintilien, 10, 3, 18). Ouverture de testament devant les magistrats municipaux *in foro vel basilica* : Paul, 4, 6, 2. Dans la basilique construite par Vitruve (5, 1, 8), il y a un temple et à l'intérieur de ce temple le tribunal, hémicycle isolé des endroits ouverts à la circulation, *uti qui apud magistratus starent, negotiantes in basilica ne impedirent.*

(3) *St. R.*, 1, 400 [*Dr. publ.*, 2, 34]. Pour les gradins des tribuns de la plèbe. cpr. *ibid.*, p. 405 [*ibid.*, p. 40].

(4) Suétone, *Tib.*, 33 : *magistralibus pro tribunali cognoscentibus plerumque se offerebat consiliarium adsilabutque juxtim vel e.e. adverso in parte primore... judicesque aut e plano aut e quaesitoris tribunali... admonebat.* Tacite, *Ann.*, 1, 75. Cicéron, *De Orat.*, 1, 37, 168. *Brut.*, 81, 290 : *volo... compleatur tribunal, gratiosi scribae sint in dando et cedendo loco.* Pline, *Ep.*, 6, 33, 4 : *stipulam tribunal.* Cpr. ce qui a été dit I p. 158 sur l'assessorat.

(5) Les descriptions données par Cicéron, *In Vat.*, 14, 34 et César, *B. c.*,

tensions mentionnées de César et d'Auguste remédièrent au manque de place. Lorsque des jurés siégeaient sous la direction d'un magistrat dans un procès, ils prenaient place sur des bancs sous le tribunal, mais à un endroit élevé, semblait-il (1). Des bancs étaient installés en terrain plat pour les parties, les témoins et le public en général (2). Les locaux judiciaires furent organisés dans les municipes de la même manière qu'à Rome (3) et il en fut de même de ceux dans lesquels les gouverneurs rendaient la justice lorsqu'ils parcouraient leur province (I p. 274 n. 1) (4). — Il était bien d'usage que le magistrat dirigeât solennellement l'audience après avoir pris place à son tribunal, mais il ne semble pas qu'il y ait eu là une obligation pour lui; il est certain qu'au moins à l'époque plus récente la sentence était pour les affaires moins importantes rendue publiquement de plein pied (*de plano*), (5)

Procédure
de plano.

(362)

3, 20, montrent que les tribunaux des différents prêteurs et présidents de *quaestiones* étaient dressés sur le marché les uns à côté des autres. C'est le *forum plenum judiciorum* (Cicéron, *Verr.*, 5, 55, 143).

(1) Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 21, 59; *Pro Cluentio*, 27, 74. Asconius, *In Scaur.*, p. 29 : *ad genua judicum, cum sententiae ferrentur, biforium se dividerunt qui pro eo rogabant*, et Val. Max., 8, 1, 6 : *cum prostratus humi pedes judicum oscularetur* rendent vraisemblable que les bancs des jurés étaient placés à un endroit élevé.

(2) Quoiqu'il soit souvent question dans les procès avec accusation des *subsellia* de l'accusateur (Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 36, 101; *Pro Flacco*, 10, 22, 18, 42), de l'accusé (Caellius, *ad fam.*, 8, 8, 1) et aussi de *subsellia diversa* (Quintilien, 11, 3, 133. Cpr. 132), il n'y a eu là manifestement qu'une séparation de fait du reste du public. Les témoins s'asseyaient là où il leur plaisait (par ex., Quintilien, 5, 7, 32; et il en est de même des simples auditeurs. Cicéron, *Brut.*, 84, 290 : *volo... locus in subselliis occupetur*. Plîne, *Ep.*, 2, 14, 6. 6, 33 : *sedebant C et LXXX judices... ingens utrinque advocatio et numerosa subsellia, praeterea densa circumstantium corona*. Suétone, *Aug.*, 55. Anlu-Gelle, 14, 2, 11. Les *subsellia* sont souvent employés comme métonymie pour le tribunal lui-même. Dans le procès de Perpétue, les accusés montent les degrés du tribunal (c. 6 : *pervenimus ad forum... ascendimus in catastam* — ἀνέβημεν εἰς τὸ βήμα).

(3) Tribunal des magistrats judiciaires à Vérone, *C. I. L.*, V, 3401; à Novare, Suétone, *Cl. rhet.*, 6.

(4) Verrès rend la justice à Thermae sur le marché *de sella ac tribunali* (Cicéron, *Verr.*, 2, 38, 94). Actes de Perpétue, c. 5 (n. 2). Apulée, *Apol.*, 28 : *multitudo... plurima undique ad audiendum convenit* (cpr. c. 44 : *pro tribunali et ailleurs*).

(5) Les *sessions pro tribunali* et celles *de plano* sont distinguées non seu-

et on ne trouve pas de prescription légale opérant une délimitation entre ce mode de rendre la justice et l'audience tenue du haut du tribunal.

*Auditoria
et secretaria.*

La reddition non publique de la justice a lieu ordinairement, si l'on fait abstraction du Sénat, soit dans la maison ou au bureau du magistrat. La salle, dans laquelle il donne audience aux parties, s'appelle *auditorium* (1), plus tard *secretarium* (2), parce qu'elle est fermée par un rideau (3) et que seuls les *officiales* et certaines personnes de rang élevé ont la faculté d'y entrer librement (4). Pendant la dernière période, le prononcé de la sentence ne peut avoir lieu que dans cette salle en présence des *officiales* (5). Toutefois la justice peut aussi

lement dans la procédure civile (*Val. fr.*, 112, 156, 161-167, *Dig.*, 38, 15, 2, 1), mais aussi dans la procédure pénale. Ulpien, *Dig.*, 48, 2, 6 : *levia crimina audire et discutere de plano proconsulem oportet*. Paul, *Dij.*, 48, 18, 18, 10.

(1) Pour le gouverneur : *Act. ap.*, 23, 23. Pour l'empereur : *Dig.*, 4, 4, 18, 1. D'une manière générale : Tacite, *Dial.*, 39 (II p. 27 n. 2).

(2) *Secretarium* (aussi *secretum* : Ammien, 15, 7, 5 : *judiciale secretum*; Eusébe, *H. eccl.*, 7, 30, 9 : ἀρχηρον; Zénon, *C. Just.*, 4, 20, 14) a un mauvais sens et appartient certainement à la langue populaire. Ce mot se trouve dans les actes des martyrs scyllitains, dressés simultanément, semble-t-il, en 186 (Robinson, *Texts and Studies*, vol. 1) p. 112 : *Karthagine in secretario*, en grec ἐν τῷ κατὰ Καρθαγένναν βουλευτηρίῳ) et dans ceux de Cyprien sous Valérien (Hartel, *Opp.*, p. cx). Il se rencontre fréquemment à partir de l'époque de Dioclétien (II p. 27 n. 1). Une inscription gravée sur un édifice de la ville de Rome (*C. I. L.*, VI, 31, 959, actuellement complètement découverte) mentionne une enceinte couverte à côté du *Tellurensis secretarium*, c'est-à-dire du bureau du préfet de la ville situé près du temple de Tellus. Symmaque, *Ep.*, 10, 23, 4, 12, parle du *commune secretarium* du préfet de la ville et du *vicarius* de Rome, tandis que, *ibid.*, 9, le *circi secretarium* paraît être le local spécial de ce dernier fonctionnaire. Le bureau du *consularis Piceni* dans la ville de Fanum est appelé (*Consult. vet. cujus jurisc.*, 9, 4), *Flaviu Fanestri in secretario*. On rencontre fréquemment ces *secretaria* des gouverneurs.

(3) *Velum*, par ex., dans *C. Th.*, 1, 16, 7; en grec πρραπίτασμα (II p. 26 n. 1).

(4) Prescriptions sur l'entrée dans le *secretarium* : *C. Th.*, 2, 1, 8 (= *C. Just.*, 9, 2, 16), 6, 7, 1. tit. 26, 5, 7, 16. *Nov. Theod.*, II, 15, 2, 1. *C. Just.*, 3, 24, 3. Sur la corruption pour pénétrer dans le *secretarium* : *C. Th.*, 1, 16 (= 1, 7, 1, J. God.) et autres textes. Pour les détails, v. Jacques Godefroy, *loc. cit.* et Hollweg, *Civilprozess*, 3, 189.

(5) Carus, *Cod.*, 7, 45, 6 : *sententiam praesidis irritam esse... quod non publice, sed in secreto loco officio ejus non praesente sententiam suam dixit*. Valentinien, *C. Th.*, 4, 16, 9 (II p. 26 n. 1). 10.

être rendue publiquement dans ce local, à la condition de (363)
tirer le rideau et d'y admettre le public (1) ; cette forme
de publicité a fait disparaître à la fin de l'époque impériale
l'exercice de la juridiction du haut du tribunal.

Au point de vue du temps, on applique au procès privé
prétoire et au procès public comitial le vieux calendrier
distinguant les jours de l'année où l'on doit rendre la jus-
tice (*dies fasti*), ceux où il n'est pas permis de le faire
(*dies nefasti*) et ceux où on peut le faire (*dies comitiales*) (2).
Il est difficile que ces distinctions se soient étendues à une au-
tre procédure pénale qu'à celle des magistrats et des comices.
Pendant la dernière période, on fait abstraction, notamment
pour les grands jurys, du caractère que le calendrier donne à
chaque jour (3) ; par contre, il ne faut plus à cette époque te-
nir compte des jours fériés pour l'administration ordinaire de
la justice. Ceux-ci sont issus en partie de la vieille organisa-
tion du culte : tels sont notamment les trois jours des Saturna-
les (déc. 17-19), mais ils viennent, pour la plus grande partie,
des fêtes populaires fixées par le calendrier (4) et qui compren-
nent à la fin de la République 76 jours par an (5). Il faut y
ajouter les fêtes mobiles peu nombreuses et les fêtes extraor-
dinaires, fréquemment ordonnées. Le développement posté-
rieur des vacances judiciaires se rattache à celui de la liste

Temps
du procès.

Vacances
judiciaires.

(1) *C. Th.*, 13, 9, 6 = *C. Just.*, 11, 6, 3 : *de submersis navibus decernimus, ut levatis velis istae causae cognoscantur*. *C. Th.*, 11, 7, 20 : *in secretario admissio populo*. Autres textes, II p. 26 n. 1.

(2) *St. R.*, 3, 372 [*Dr. publ.*, 6, 4, 426].

(3) Parmi les jours, août 5-15, sept. 2-4, 20-29, oct. 1-25 (d'après le calendrier d'alors), qui, d'après l'exposé de Cicéron (*Verr.*, act. 1, 10, 31 l. 2, 52, 130), sont disponibles pour le procès de Verrès, chaque catégorie de jours est suffisamment représentée (cpr. *C. I. L.*, I^s, p. 292).

(4) Ces fêtes n'ont rien de commun avec celles de l'ancien calendrier. Dans ce dernier, les *feriae Saturni* durent un jour (17 déc.) ; les *feriae Jovi* (13 aug.) et *feriae Fonti* (13 oct.) sont comptées par Cicéron parmi les jours disponibles pour le procès.

(5) *C. I. L.*, I^s, p. 299.

(364) des jurés, notamment à l'insertion dans cette liste de nombreuses personnes qui ne sont pas domiciliées à Rome (I p 247 n. 3). Il est en outre vraisemblable que les *leges Juliae* sur la procédure ont fixé des délais plus longs pendant lesquels l'administration ordinaire de la justice sommeille (1). Sous Marc-Aurèle, on comptait dans l'année 230 jours d'affaires et 135 jours fériés (2). — L'administration de la justice est également interrompue pendant les suspensions ordonnées dans certaines occasions, notamment lors de calamités publiques (*justitium*) (3). — A vrai dire, ces interruptions ne sont jamais complètes; notamment, le procès pour cause de violence, qui doit être porté devant le préfet de la Ville, peut être intenté même pendant les vacances judiciaires (4). — Pour les dimanches et jours de fête de l'époque chrétienne, il suffit de renvoyer aux prescriptions de la procédure civile (5).
Régulièrement, d'après l'ancien droit, la justice n'est rendue

Heures
des audiences.

(1) Les lois *Juliae* ont vraisemblablement donné congé aux tribunaux pendant le gros de l'été; puis Auguste a autorisé une interruption d'hiver en novembre et décembre (Suétone, *Aug.*, 32). Claude semble avoir diminué les vacances d'été et allongé la pause d'hiver, sa réforme fut d'ailleurs abrogée par Galba (Suétone, *Claud.*, 23. *Galb.* 14). Les détails ne sont pas suffisamment clairs; l'interruption principale se plaçait en juillet et en août (Sénèque, *Lud.*, 1, c. 12; Pline, *Ep.*, 9, 21, 2; Stace, *Silv.*, 4, 4, 40). Pour plus de détails, v. Hollweg, *Civilprozess*, 2, 171.

(2) *Vita Marci*, 10

(3) *St. R.*, 1, 263 [*Dr. publ.*, 1, 300]. Les procès de lèse-majesté, intentés en vertu de la loi *Varia* (I p. 230 n. 4) eurent lieu même pendant la Guerre Sociale (Cicéron, *Brut.*, 89, 304 : *exercebatur una lege iudicium Varia ceteris propter bellum intermissis*), jusqu'à ce que le *justitium* prononcé par le Sénat les suspendit (Asconius, *In Cornel.*, p. 73 : *nactus iustitii occasionem senatus decrevit, ne iudicia, dum tumultus Italicus esset, exercerentur*).

(4) Cicéron, *Pro Caelio*, 1, 1 : *quae sit tanta atrocitas hujusce causae, quod diebus festis ludisque publicis omnibus forensibus negotiis intermissis unum hoc iudicium (de vi d'après la loi Plotia) exerceatur*. On peut également citer ici la remarque de Célius, d'après laquelle il aurait été accusé *lege Scantinia* pendant les jeux édificiens du cirque (*Ad fam.*, 8, 8, 1). L'action criminelle pour cause de pédérastie va vraisemblablement aussi devant le préfet de la Ville et peut également avoir été une procédure rapide. L'empereur Claude rend la justice même pendant les vacances (Suétone, *Claud.*, 14). — Pour les délits privés (*Dig.*, 2, 12, 3), cpr. la procédure civile.

(5) Hollweg, 3, 191 sv.

ni avant la pointe du jour ni après la fin de la onzième heure du jour (1). Mais cette prescription n'a trait qu'aux débats suivis qui ne peuvent pas être aisément interrompus ; les véritables heures d'affaires sont celles de la matinée et, au moins pendant la dernière période, les fonctionnaires cessent leurs occupations professionnelles à midi (2). (365)

(1) La prescription du droit municipal de Genetiva, c. 102 : *ne quis... ante horam I neve post horam XI diei quaerito* peut seulement signifier que le débat ne doit pas commencer avant la pointe du jour et doit être clos au plus tard une heure avant le coucher du soleil, de telle façon que sous la *prima coepta* et l'*undecima finita* il faut entendre des heures pleines. D'après Paul 4, 6, 2, l'ouverture du testament s'opère *inter horam secundam (coeptam) et decimam (finitam) diei*, il indique donc tant au début qu'à la fin une heure de moins. Si la constatation de l'absence des accusés ne peut pas être faite *ante horam decimam (coeptam)* (Cicéron, *Verr.*, l. 2, 17, 41), il reste encore deux heures pour la séance qui peut avoir lieu ensuite. — Le droit municipal de Genetiva écarte l'application de la règle précédente pour les procès qui en vertu d'une prescription légale doivent être terminés en un seul jour : ceux-ci pouvaient être commencés plus tôt et continués plus tard.

(2) Une constitution de 408 (*C. Th.*, 1, 20, 1 = *C. Just.*, 1, 45, 1) oppose aux heures d'affaires (*horis quibus causarum merita vel fata panduntur*) les *meridianae*. Une autre constitution (*C. Th.*, 1, 47, 13), dont le texte est peu sûr, paraît opposer de la même manière au *secretum* (car d'après l'interprétation il faut lire *aut occasione secreti*), donc au temps des séances, le *postmeridianum tempus*. Le discours de Libanius *κατὰ τῶν προσεδρεύοντων τοῖς ἀρχοῦσι* (2. p. 592, Reiske) fait ressortir nettement que le magistrat est depuis midi jusqu'au soir assiégé par des importuns qui troublent son repas de midi et abrègent sa sieste.

LES PARTIES ET LES ASSISTANTS JUDICIAIRES
DANS LA PROCÉDURE D'ACCUSATION

L'accusateur
comme
représentant
de la
communauté.

La procédure d'accusation suppose qu'à la suite d'un tort causé à la communauté celle-ci est représentée par un accusateur, c'est-à-dire par une personne qui se charge, non à raison d'une fonction, mais volontairement, du soin et de la responsabilité de cette représentation. Cette conception, comme nous l'avons déjà relevé (I p. 223 n. 2) a été étayée postérieurement par une explication étymologique concordante, mais philologiquement insoutenable, du mot *judicium publicum*. Sans doute, le droit positif peut frapper de certaines peines ceux qui négligent d'accuser (1) et accorder des avantages aux accusateurs (2), il n'établit pas l'obligation d'accuser (3), et si personne ne se présente spontanément pour remplir ce rôle, le crime reste impuni (4), à moins que l'autorité répressive compétente n'intervienne par voie de *cognitio* (II p. 11). L'accusateur, prenant la place du magistrat qui dirigeait l'ancienne procédure pénale, a non seulement une situation ana-

(1) A signaler ici la disposition mentionnée à propos du meurtre, d'après laquelle celui qui peut intenter une action de meurtre et ne le fait pas est pour cette raison écarté de la succession de la victime.

(2) Cpr. à ce sujet la Sect. X du présent Livre.

(3) Dioclétien, *Cod.*, 3, 7, 1 : *invitus agere vel accusare nemo cogitur*.

(4) *Dig.*, 50, 4, 6, 2 : *si quis accusatorem non habeat, non debet honoribus prohiberi*.

logue à celle de ce dernier, ainsi que nous le montrerons plus loin à propos de la preuve, mais il reçoit son pouvoir d'accuser du magistrat, en ce sens qu'il ne lui suffit pas de s'offrir (367) comme accusateur, il doit être en outre agréé et institué par le magistrat.

La règle, d'après laquelle dans cette procédure l'accusateur n'agit pas son dans propre intérêt, mais dans celui de la communauté, souffre certaines exceptions apparentes ou réelles où l'accusation n'est permise qu'à la victime elle-même. Procès
d'accusation
dans
l'intérêt propre
de l'accusateur.

1. La *quaestio* pour cause de *repetundae* est certainement la plus ancienne de toutes et elle a plusieurs fois exercé une influence décisive sur l'ensemble de cette forme de procédure, mais elle-même, notamment sous son aspect plus ancien, est, comme nous l'avons déjà dit (I p. 235 n. 1), moins une accusation qu'une action privée soumise à des règles de procédure plus rigoureuses. Ici, ce sont les victimes qui agissent et l'indemnité leur profite personnellement quoiqu'elle leur parvienne par l'intermédiaire de la communauté. Sous l'influence des mêmes idées, on voit apparaître ici, à côté du ou des demandeurs, des assistants judiciaires, tandis que ces derniers sont exclus des autres *quaestiones*. Il arrive même, suivant l'usage assez fréquent dans les actions privées (1), que des assistants de ce genre sont, sur le désir des demandeurs, adjoints à ces derniers par ordre du tribunal (2). Le caractère juridique de ces patrons oscille entre la situation judiciaire de l'avocat et la situation politique du représentant volontaire de la communauté (3). Ce délit n'a jamais été complètement soumis aux règles générales.

(1) Edit du préteur, *Dig.*, 3, 1, 4, 4 : *si non habebunt advocatum, ego dabo*. Cicéron, *De Orat.*, 2, 69, 280. D'après Tite-Live, 43, 2, 3, le Sénat décide que pour un procès d'extorsion appartenant au droit privé le préteur donnera aux demandeurs la faculté de prendre les patrons qu'ils voudront : *patronos, quas velint, sumendi potestatem faceret*.

(2) *Lex repetundarum*, l. 9-12. Pline, *Ep.*, 2, 11, 2 : *ego et Cornelius Tacitus adesse provincialibus jussi* (dans le procès devant le Sénat). Le même, 2, 1, 7, *Ep.*, 2, 11, 19, 3, 4, 5, 20, 1, 7, 6, 3. *Ep.*, 33, 4. *Ad Traj.*, 3.

(3) Dans le procès contre Verrès, Cicéron se place tout d'abord dans la

2. L'action, que la *lex Cornelia de falsis* organise pour le cas de supposition de part, n'est donnée qu'à ceux qui sont personnellement intéressés (1); mais ceux-ci ne peuvent pas être considérés comme ayant subi un préjudice, au sens que le droit privé donne à cette expression.

(368) 3. L'action d'adultère contre le complice de l'épouse n'est donnée qu'aux plus proches parents pendant la durée du mariage troublé par ce crime (2). Après la dissolution de l'union conjugale, le mari et le père jouissent pour intenter l'action d'un privilège, mais celui-ci n'est pas un monopole excluant le droit d'accuser qui appartient à tous, ainsi que nous l'exposerons dans la Section relative à l'adultère.

4. L'action pour injure qualifiée, fondée sur la loi Cornélia, n'est donnée qu'à l'offensé; elle n'est, en effet, qu'une action privée intentée suivant les formes de la procédure d'accusation (3).

5. Pour certains délits, inconnus de l'ancien droit ou traités par lui seulement comme délits privés, puis introduits au cours de l'époque postérieure par voie de procédure extraordinaire dans la liste des délits publics, on a admis, à côté de la *cognitio* qui prévaut ici, la forme de l'accusation, en n'accordant le droit d'accuser qu'à la victime (4).

divinatio sur le terrain du droit privé et se présente comme *cognitor* (4, 11) ou *actor* des Siciliens (cpr. la Sect. relative à la concussion dans le Liv. suiv.) et les avocats des demandeurs en matière de *repetundae* sont traités de la même manière dans les lettres de Plinè; dans les deux actions contre Verrès, l'avocat disparaît chez Cicéron derrière l'homme politique.

(1) *Dig.*, 48, 10, 30, 1 : *de partu supposito soli accusant parentes aut hi ad quos ea res perlineat, non quilibet ex populo ut publicam accusationem intendat*. Cpr. la Section relative au faux.

(2) *C. Th.*, 9, 7, 2 = *C. Just.*, 9, 9, 29. Cpr. la Section relative à l'adultère.

(3) *Dig.*, 3, 3, 42, 1 : *ad actionem injuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest : nam etsi pro publica utilitate exercetur* (et est pour ce motif soumis à la forme de la *quaestio*), *privata tamen est*. Cpr. I p. 222 et la Section relative à l'injure.

(4) *Dig.*, 47, 11, 3 : *stellionatus vel expilatae hereditatis judicia accusatio-nem quidem habent, sed non sunt publica*. 47, 2, 93 : *meminisse oportebit nunc*

Abstraction faite de ces cas peu importants, on est admis à accuser sans avoir à prouver qu'on a un intérêt personnel et le rôle d'accusateur est bien plutôt traité comme une fonction accessible à tous. Mais il ne résulte nullement de là que tous aient le droit d'accuser. Cette représentation de la communauté, analogue à celle du magistrat, est plutôt soumise, au point de vue des causes d'exclusion, à des règles semblables à celles qui régissent l'admission aux magistratures. Toutefois, sous l'empire de cette considération qu'en cas de délit commis contre la communauté le droit d'accuser doit avant tout ne pas être restreint au regard du particulier atteint personnellement par le délit, la liste des personnes qui peuvent accuser est notablement plus grande que celle des personnes aptes à revêtir une magistrature.

Motifs d'ordre général qui excluent le droit d'accusation.

1. Lorsqu'on applique la loi strictement et non par voie d'analogie, le rôle d'accusateur doit être absolument refusé au non citoyen, parce que celui-ci n'a pas qualité pour représenter la communauté romaine (1).

2. L'impubère n'est admis à l'accusation que si le délit l'atteint personnellement ou atteint un de ses proches, et à la condition d'avoir l'approbation de son tuteur (2). Le mineur de vingt-cinq ans a également besoin de l'agrément de son curateur pour l'action d'adultère (3).

(369)

3. L'exclusion des fonctions publiques dont la femme est

furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium.

(1) On ne peut pas faire valoir pour la procédure en général que la *lex repetundarum* l. 75 sv. contient une disposition contraire, parce que l'action y est traitée essentiellement comme une action privée.

(2) *Dig.*, 43, 29, 3, 11 : *mulier vel pupillus... publico iudicio reos facere possunt, dum suas suorumque injurias exequuntur.* 48, 2, 8. l. 11, *pr.* Application de cette règle, sous la condition de l'agrément du tuteur, est faite aux actions pour cause de meurtre d'un ascendant et pour cause de falsification du testament paternel : *Dig.*, 48, 2, 2. 1. *Cod.*, 9, 1, 5.

(3) *Dig.*, 48, 5, 16, 6. *Coll.*, 4, 4. Pour les autres délits, le mineur a le droit d'accusation (*Dig.*, 38, 2, 14, 1. 2) et dans le dernier siècle de la République des jeunes gens de distinction ont fréquemment entrepris des accusations avant leur majorité (Tacite, *Dial.*, 34). Justinien (*Cod.*, 5, 59, 4) prescrit l'intervention du curateur en termes généraux.

frappée (1) a pour conséquence que le droit de faire une accusation criminelle ne lui appartient qu'en cas de délit commis contre elle-même ou contre ses proches (2). Même dans ce cas, elle est traitée à proprement parler comme dénonciatrice et n'est pas soumise aux obligations rigoureuses des accusateurs (3). Elle est admise sans restriction à l'accusation en cas de crime de lèse-majesté (4) et d'accaparement de céréales (5).

(370) 4. On exige une complète indépendance du citoyen qui se charge de représenter comme accusateur les intérêts de la communauté. Les cas suivants peuvent être considérés comme une application de ce principe :

A. On n'accorde en général le droit d'accusation au fils de famille qu'autant que le père y consent, sauf lorsque ce fils intente l'action d'adultère en son propre nom (6).

(1) *Dig.*, 50, 17, 2, *pr.*

(2) *Dig.*, 43, 29, 3, 11 (II p. 37 n. 2). 48, 2, 8. *Cod.*, 9, 1, 5, c. 12, tit. 45, 5. *C. Th.*, 9, 1, 3. Les mots de Juvénal, 6, 243 : *accusat Manilia, si rea non est*, se rapportent au fait mentionné par Aulu-Gelle, 4, 14 ; ils ont donc trait non à une accusation proprement dite, mais à un appel aux tribuns du peuple. L'accusation est permise à la femme à cause d'une tentative de meurtre dirigée contre elle-même (*Cod.*, 9, 1, 14) ; à cause du meurtre d'un parent appartenant au groupe de ceux contre lesquels la femme ne peut être contrainte à déposer (*Dig.*, 48, 2, 2, *pr.* : *si mortem exequantur eorum earumque, in quos ex lege testimonium publicorum invilae non dicunt* ; en outre Tacite, *Ann.*, 2, 67 ; *Dig.*, 48, 2, 1, l. 11, *pr. Cod.*, 9, 1, 4, c. 9) ; à cause d'un viol commis contre elle (*Cod.*, 9, 9, 7) ; à cause d'un rapt d'homme commis contre ses proches parents (*Cod.*, 9, 20, 5) ; à cause d'un faux commis à son préjudice (*Dig.*, 48, 2, 2, *pr. tit.* 16, 1, 10. *Cod.*, 9, 1, 5, tit. 22, 19). En cas de *stuprum* et d'adultère, la femme ne peut jamais, d'après la conception romaine de ces délits, jouer le rôle d'accusatrice (*Cod.*, 9, 9, 1). — Il semble que l'accusation des femmes n'ait pas fait l'objet d'une délimitation légale, mais que les autorités chargées de juger aient eu la faculté de l'admettre à leur gré (*C. Th.*, 9, 1, 3 : *in publicis olim quaestioibus interdum aut admissa probatio est aut accusantis auctoritas*).

(3) Dioclétien, *Cod.*, 9, 1, 12 : *non exacta subscriptione*. Par conséquent, la femme n'est pas soumise à la procédure formelle de *calumnia* (*Dig.*, 48, 16, 4, *pr. Cod.*, 9, 46, 2) ; mais elle peut être punie en cas de malhonnêteté évidente (*Dig.*, 48, 16, 1, 10. *Cod.*, 9, 22, 19, *pr. tit.* 45, 5).

(4) *Dig.*, 48, 4, 8.

(5) *Dig.*, 48, 2, 13, tit. 12, 3, 1.

(6) Papinien, *Dig.*, 48, 5, 38 : *filium familias publico iudicio adulterium in*

B. Le droit d'accusation est refusé d'une manière générale à l'affranchi, s'il n'a pas un fils ou un patrimoine de 30000 sesterces (1) : même dans ce cas, ce droit lui est refusé vis-à-vis de son patron, sauf pour les crimes d'adultère et d'injures graves (2). Tout affranchi peut intenter le procès pour crime de lèse-majesté, même contre son patron (3).

C. L'accusation est également interdite au colon contre son propriétaire foncier ; vis-à-vis d'autres personnes, son droit d'accuser se restreint aux délits commis contre lui-même ou contre ses proches (4).

D. A l'époque postérieure à Constantin, celui-là seul est admis à l'accusation qui possède un patrimoine d'au moins cinquante *aurei* (5).

5. L'infamie prétorienne prive du droit d'accusation, comme elle enlève le droit de représenter dans l'action privée. Il n'y a d'exception que pour les crimes commis contre l'infâme ou (371)

uxorem sine voluntate patris arguere constitutum est, vindictam enim proprii doloris consequitur. D'après ce texte, il faut admettre qu'en principe le fils de famille a besoin de l'agrément de son père pour jouer le rôle d'accusateur ou qu'il doit tout au moins se soumettre à la défense de son père. Cette règle est surprenante ; car l'incapacité juridique d'avoir un patrimoine, qui s'oppose à l'exercice d'une action privée par le fils de famille, n'empêche pas l'accusation en soi et la subordination domestique ne restreint en rien les droits du citoyen. Toutefois, pour les actions populaires du droit civil, délictuelles ou non délictuelles, au regard desquelles on peut faire valoir la même conception, nous n'avons pas de témoignage précis établissant qu'elles aient été permises au fils de famille. Celui-ci semble avoir été, en règle générale, privé du droit d'agir, sauf dans quelques cas spéciaux (*Dig.*, 44, 7, 9 et ailleurs).

(1) D'après Papinien, *Coll.*, 4, 5, si l'on fait abstraction du mari, seul le *libertinus*, qui *rem sestertiorum XXX milium aut filium habuit*, est admis à élever une accusation d'adultère. Cette règle se rattache d'une façon surprenante au témoignage qui nous est parvenu pour l'année 586/468 de la République, d'après lequel les affranchis qui avaient un fils de cinq ans ou une possession foncière de 30000 sesterces étaient assimilés à ceux qui jouissaient de la plénitude du droit de cité (Tite-Live, 43, 15 ; *St. R.*, 3, 437 [*Dr. publ.*, 6, 2, 22]).

(2) *Dig.*, 48, 2, 8, tit. 5, 39, 9. *Coll.* 4, 4.

(3) *Dig.*, 48, 4, 7, 2.

(4) Arcadius, *Cod.*, 11, 50, 2.

(5) Hermogénien, *Dig.*, 48, 2, 10.

ses proches (1) et pour les crimes de lèse-majesté (2) et d'accaparement de céréales (3).

6. Sous le Principat, le magistrat en fonction s'abstient ordinairement d'accuser (4). La même remarque peut être faite pour le soldat au service, sauf lorsque le délit l'atteint personnellement ou atteint un de ses proches (5) et lorsqu'il s'agit d'un crime de lèse-majesté (6) ou d'accaparement de céréales (7).

7. En cas d'accusations réciproques, on juge d'abord l'accusation la plus grave, ou, en cas d'accusations de même gravité, celle qui a été formée la première; l'autre sommeille jusqu'à ce jugement (8).

8. Celui qui a déjà élevé deux accusations ne peut pas en

(1) Cicéron, *Pro Cluentio*, 43, 120. *Coll.* 4, 4, 5. *Dig.*, 48, 2, 4. l. 8. l. 11 *pr.* tit. 5, 3. tit. 16, 1, 10. *Cod.*, 9, 1, 15. La même règle est exprimée pour différentes catégories particulières d'infamies prétoriennes, ainsi dans la *lex repetundarum* l. 11, pour la condamnation dans la *questio* ou dans le *judicium publicum*, de même dans Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 20, 57 et ailleurs (*Dig.*, 47, 15, 5. 48, 2, 7, 3. l. 9), pour la condamnation à cause de *calumniæ*. Il est également dit de l'action populaire dans *Dig.*, 47, 23, 4 : *popularis actio integrae personae permittitur, hoc est cui per edictum postulare licet*.

(2) *Dig.*, 48, 4, 7, *pr.*

(3) *Dig.*, 48, 2, 13.

(4) A l'époque républicaine le tribunal, en vertu de son pouvoir d'appréciation, n'admet pas le magistrat en fonction à jouer le rôle d'accusateur (II p. 41 n. 4), mais il n'y a pas là une règle générale (Cicéron, *Ad Q. fr.*, 3, 1, 5, 15). On trouve des accusations de ce genre même sous le Principat, par exemple celle d'un consul chez Tacite, *Ann.*, 4, 19, où l'on voit Tibère repousser la protestation élevée à ce sujet, et celle de Pline comme *praefectus aerarii* qui finalement, après un premier refus, se charge de l'accusation de *repetundæ* contre Marius Priscus (*ad Traj.*, 3). — Il n'est pas inadmissible qu'un tribun du peuple fonctionne comme avocat (Cicéron, *Pro Cluentio*, 27, 74); mais Pline s'abstint, lorsqu'il fût tribun, d'exercer la profession d'avocat (*Ep.*, 1, 9). Cette abstention est prescrite d'une manière générale (*Dig.*, 5, 1, 48, 48, 5, 16, *pr.*), elle l'est même pour le magistrat qui ne peut être cité en justice (*Dig.*, 48, 2, 8).

(5) *Dig.*, 48, 2, 8. l. 11, *pr.* *Cod.*, 9, 1, 8, c. 10.

(6) *Dig.*, 48, 4, 7, 1.

(7) *Dig.*, 48, 2, 13.

(8) La règle ne s'applique pas à l'époque républicaine. (Caelius, *Ad fam.*, 8, 8, 1. *Ep.*, 12, 2; *Ad Q. fr.*, 3, 2, 3). Pour l'époque postérieure, elle paraît résulter de *Dig.*, 48, 1, 5. *Cod.*, 9, 1, 1 et *C. Theod.*, 9, 1, 12 (modifié = *Cod. Just.*, 9, 1, 19).

former une troisième, à moins qu'il ne s'agisse d'un délit commis contre lui ou contre ses proches (1).

9. Celui qui a fait l'objet d'une accusation n'est pas admis à jouer le rôle d'accusateur (2).

10. Celui qui en élevant une accusation grave paraît violer le devoir d'affection qui lui incombe vis-à-vis de l'accusé peut être écarté et même puni par le magistrat (3). (372)

Lorsque celui qui doit être accusé conteste le droit à l'accusation, le magistrat seul, ou après s'être adjoint des jurés non assermentés, ouvre un débat spécial sur cette question et statue (4). Décision
du magistrat
sur le droit
d'accusation.

Lorsque plusieurs personnes se présentent pour le même Concours
des accusateurs.

(1) *Dig.*, 48, 2, 8. l. 11, *pr.* l. 12, 2, tit. 5, 6, 3. *Cod.*, 9, 1, 16.

(2) Le passage des Institutes de Paul, conservé dans les fragments de Bruxelles (*Coll. antejust.*, vol. 3 p. 297 [Girard, *Textes*, p. 431]) : *praejudicium est accusanti reatus ante causam* paraît devoir être entendu en ce sens. Toutefois, il n'y a là qu'une idée directrice donnée aux magistrats chargés de nommer l'accusateur, il n'y a pas de prescription légale.

(3) A l'époque républicaine, on considère comme inconvenant que l'ancien magistrat auxiliaire attaque au criminel son supérieur d'autrefois ; cela est notamment dit du questeur vis-à-vis du préteur (Cicéron, *Divin. in Caec.*, 14, 46, 19, 61). Toutefois une accusation de ce genre n'est nullement défendue ; le tribunal aura seulement à tenir compte de cette considération pour le choix de l'accusateur. Des motifs analogues sont invoqués à l'époque postérieure en cas d'accusation grave formée par l'orphelin vis-à-vis de celui qui l'a élevé (*Cod.*, 9, 1, 17), par l'enfant vis-à-vis de sa mère (*Cod.*, 9, 22, 5) ; par le frère contre son frère (*Cod.*, 9, 1, 13) ; une accusation, moins grave est admise contre la sœur : *Cod.*, 9, 1, 18). Cicéron, *Pro Caet.*, 11 26, désapprouve l'accusation contre un *sodalis*. Accusation de lèse-majesté du fils contre le père : Tacite, *Ann.*, 4, 28, 29 ; entre époux : Ammien : 16, 8, 4. Par contre l'accusation criminelle du père contre le fils est admise : *Dig.*, 48, 8, 2. *Cod.*, 8, 46, 3, 9, 1, 14. Symmaque, *Ep.*, 2, 1. Il n'y a sans doute pas eu de règle générale à cet égard, mais le tribunal a eu la faculté dans chaque cas concret d'écartier l'accusateur pour cause d'impiété.

(4) *Rhet. ad Her.*, 1, 12, 22 : *in publicis quaestionibus cavetur legibus, ut ante, si reo commodum sit, iudicium de accusatore fiat, utrum illi [li]ceat accusare necne*. L'auteur relève cela comme une différence par rapport à l'action privée, où la capacité du demandeur peut être attaquée dans la procédure principale. C'est par cette voie que d'après Cicéron, *Pro Cluentio*, 34, 94, un tribun de la plèbe, qui a l'intention d'intenter l'action de péculat contre le fils du dictateur Sylla, est écarté par les jurés à raison de sa magistrature. La procédure correspond à la divination qui a lieu en cas de concours de plusieurs accusateurs.

procès, on voit apparaître l'acte de nomination de l'accusateur par le magistrat plus nettement encore que dans les prescriptions générales sur les personnes qui doivent être écartées de l'accusation, soit d'office, soit sur la demande de celui que l'on veut accuser (1). L'admission de demandeurs simultanés, vraisemblablement inconnue de l'action privée proprement dite (2), a sans doute pu avoir déjà lieu dans le *judicium publicum* le plus ancien, c'est-à-dire dans le procès prétorien d'amende (3), et passer de là dans la procédure d'accusation. Ici, plusieurs accusateurs peuvent s'unir pour poursuivre le délit en commun; toutefois il existe entre eux une certaine hiérarchie (4): leur chef est désigné comme principal accusateur et les autres comme *subscriptores* (5). Lorsque les différents accusateurs ne

(373)
Règlement
de ce concours
par
le magistrat.

(1) Nous ne sommes pas renseignés sur le délai dans lequel les accusateurs pouvaient se faire connaître. Il est vraisemblable qu'on pouvait tenir compte de quiconque s'annonçait avant la *nominis receptio*, sans qu'on prit en considération l'ordre chronologique des déclarations.

(2) Le choix du demandeur par le magistrat a également lieu dans l'action populaire (*Dig.*, 47, 23, 2 : *si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem*); mais on n'y trouve pas, semble-t-il, la pluralité de demandeurs. On ne peut pas découvrir le sens qu'il faut donner au *subscribere* du procès centumviral (Pline, *Ep.*, 5, 1, 7. 10).

(3) Lorsque les magistrats intentent une action pour faire condamner à une amende qui doit tomber dans l'*aerarium* (I p. 210 sv), il est au moins très vraisemblable que les collègues ayant les mêmes droits intentent cette action en commun.

(4) Cicéron, *Divin.*, 43, 47, 48, cite le *princeps in agendo* et après lui le *proximus subscriptor*. Le même, *Pro Plucco*, 33, 82 : *Decianum usque ad coronam applicuisti*. Il n'est pas certain que l'ordre des orateurs se détermine absolument d'après cette classification, car la dernière place est la plus recherchée (Tacite, *Ann.*, 2, 30).

(5) Cpr. II p. 57. Pour le demandeur en général, on met aussi bien *accusator* (*Lex coloniae Genetivae*, c. 102 : *in singulos accusatores, qui eorum delator erit, ei h[oras] IIII, qui subscriptor erit, h[oras] II accusandi potestatem facito*) quo *delator* (Quintilien, 3, 10, 3 : *divinationes sunt... nonnumquam inter delatores, utrum praemium meruerit*). Plus ordinairement on distingue entre *accusatio* et *subscriptio* (Aulu-Gelle, II p. 43 n. 3; de même Nepos, *Att.* 6 : *neminem neque suo nomine neque subscribens accusavit*) ou entre *nomen deferre* et *subscribere* (Cicéron, *Verr.* 1. 4, 6, 15; Asconius, p. 59; *lex col. Gen., loc. cit.*) De même on trouve *subscribere* et *subscriptor* : Cicéron, *Pro Fontejo*, 16, 36. *Ad. Q. fr.* 3, 1, 5, 15. *Ep.*, 3, 1. *Ep.*, 4, 1. Asconius, p. 19. 30. 54. Velleius, 2, 69. Tacite, *Ann.*, 1, 74. Emploi incorrect du mot pour la *suasio* d'une loi : Val. Max., 8, 1, 2; emploi erroné de l'expression dans les scolies sur les Verrines, *Div.*, 43, 51, p. 121.

s'entendent pas entre eux, la dernière décision tant sur leur admission que sur leur classement appartient au juge répressif (1). Celui-ci donnera la préférence à la personne la plus intéressée dans l'affaire et dont on peut attendre le plus d'énergie dans la conduite de l'accusation. Si le magistrat a des jurés à sa disposition, la question de savoir quel est celui des accusateurs qu'il faut présumer le plus apte à remplir ce rôle est tranchée, comme la contestation sur le droit d'accusation, d'après l'appréciation d'un certain nombre de jurés désignés pour l'examen de cette question (2), sans qu'il y ait une procédure de preuve proprement dite, mais après audition des parties litigantes (3).

Au regard de l'accusé, la procédure d'accusation n'offre pas de particularités. On peut consulter à cet égard les explications générales données dans le Livre I (I p. 74 sv.), où nous avons notamment étudié la question de savoir dans quelle mesure l'esclave est soumis à cette procédure (I p. 92) et celles qui sont fournies dans la Section II du présent Livre (II p. 18 sv) et où il est parlé des personnes temporairement exemptes de la procédure pénale. Il y a lieu de renvoyer également aux indications que nous donnerons à propos des différents délits. (374)

La représentation, que le droit civil admet sans restriction

Exclusion de la représentation dans la procédure pénale.

(1) Ulpian, *Dig.*, 48, 2, 16 : *si plures existant, qui eum in publicis judiciis accusare volunt, iudex eligere debet eum qui accuset, causa scilicet cognita aestimatis accusatorum personis vel de dignitate vel ex eo quod interest vel aetate vel moribus vel alia justa de causa*. Le même, *Dig.*, 48, 5, 2, 9 : *lege expressum est, ut is cuius de ea re notio est, de justo accusatore constituat*.

(2) Ce ne sont pas nécessairement ceux qui fonctionnent plus tard dans le procès (Cicéron, *Verr.*, I, 1, 6, 15). Le scoliaste sur les *Verrines* p. 99 les désigne, vraisemblablement avec exactitude, comme *judices injurati sine testibus et tabulis*. Le vote est secret (Cicéron; *Divin.*, 7, 24 avec les scolies p. 108).

(3) Aulu-Gelle, 2, 4 : *cum de constituendo accusatore quaeritur iudiciumque super ea re redditur, cuius potissimum ex duobus pluribusque accusatio subscriptione in reum permittatur, ea res atque iudicium cognitio divinatio appellatur*. Quintilien, 3, 10, 3, 7, 4, 33. Différents cas en dehors de celui de Verrès : Caélius *Ad fam.*, 8, 8, 3. Cicéron, *Div.*, 15, 48, 16, 50. *Ad Q. fr.* 3, 1, 5, 15. *Ep.*, 2, 1. Asconius, p. 40. Lorsque des jurés ne coopèrent pas à la sentence, il n'y a pas *divinatio*, mais *causae cognitio* (n. 1).

pour le demandeur et le défendeur même dans les actions infâmantes (1), est exclue activement et passivement de la procédure pénale (2). Cette règle s'applique à l'instance d'appel comme à la première instance (3). Pour l'accusé, il est de l'essence même de la procédure pénale qu'il rende personnellement compte de ses actes. Le demandeur, dans la mesure où la procédure pénale en admet un, ne peut pas se faire représenter parce que lui-même représente la communauté (4); cette règle s'applique même lorsque c'est surtout dans son propre intérêt qu'il s'est chargé de l'affaire (5). — Les exceptions dans un sens ou dans l'autre sont peu importantes.

1. L'action, intentée pour cause d'ingratitude par le patron contre l'affranchi, admet activement et passivement la représentation (6). Il est manifeste qu'on ne devait pas imposer au patron l'obligation d'exposer personnellement devant le tribunal l'offense que son ancien esclave lui avait faite; comme conséquence, on permit aussi à l'affranchi de se faire représenter. (375)

2. Dans les actions pénales qui tendent seulement à une amende pécuniaire, la représentation est permise à l'accusé, notamment pour l'instance d'appel (7) et s'il est une personne de condition (8).

(1) *Dig.*, 3, 2, 6, 2. 37, 15, 2, *pr.* 49, 9, 1 : *plane si pecuniaria causa est, ex qua ignominia sequitur, potest et per procuratorem hoc agi.*

(2) Paul, 5, 16, 11 : *neque accusator per alium accusare neque reus per alium defendi potest.* 5, 4, 12. tit. 5, 9. Papinien, *Dig.*, 48, 1, 13, 1 : *ad crimen iudicii publici persequendum frustra procurator intervenit multoque magis ad defendendum.* *Cod.*, 9, 20, 2. tit. 22, 16. Une exception dans des circonstances spéciales : *Cod.*, 9, 9, 19. — Paul, 5, 16, 11 et Papinien ajoutent que le fait d'excuser un absent n'est pas conçu comme un acte de représentation judiciaire et que par conséquent il est permis.

(3) *Dig.*, 49, 9, 1.

(4) Elle est également inadmissible dans l'action populaire (*Dig.*, 47, 23, 5).

(5) Paul, 5, 4, 12 : *injuriarum non nisi praesentes accusare possunt; crimen enim, quod vindictae aut calumniae iudicium expectat, per alios intendi non potest.* La considération de l'action de calomnie est donc décisive.

(6) Paul, 5, 16, 11. *Dig.*, 3, 3, 35, 1. 37, 15, 4.

(7) *Dig.*, 49, 9, 1, restreint aux condamnations prononçant la rélégalion ou des peines supérieures l'obligation pour l'accusé de se défendre personnellement en appel et admet la représentation pour les peines pécuniaires.

(8) C'est ce que semble dire la constitution, *C. Th.*, 9, 4, 17 = *C. Just.*, 9, 2, 15, d'après sa dernière rédaction.

Dans l'action d'injure, la règle s'applique (II p. 44 n. 5) avec cette réserve qu'une constitution de Zénon permet aux demandeurs et aux défendeurs de la première classe de se faire représenter dans les débats proprement dits, dès l'instant où ils ont donné leur concours personnel à l'introduction de l'instance (1); Justinien a même imposé à ces personnes l'obligation de se faire représenter et a donné à celles des classes postérieures jusqu'aux *clarissimi* la faculté d'agir de même (2).

Régulièrement, l'accusateur ne peut recourir à des assistants judiciaires. Cette faculté lui est toutefois accordée en matière de *repetundae* et des exceptions du même genre peuvent être admises si l'accusation émane de femmes ou d'impubères (3). En dehors de là, le droit romain n'autorise à prendre la parole dans la procédure que celui qui s'est fait inscrire comme demandeur sur le rôle des procès (4); il y avait là une analogie entre la procédure d'accusation et l'ancienne procédure criminelle où le magistrat pouvait certainement se faire assister par ses collègues, mais non par des auxiliaires privés. En fait, les fonctions d'accusateur ont été surtout remplies par ceux que nous rencontrons comme assistants judiciaires dans la défense.

Exclusion
d'assistants
judiciaires pour
l'accusation.

(376)

L'institution de la défense a certainement eu pour point de

Admission
d'assistants
judiciaires pour
la défense.

(1) *Cod.*, 9, 35, 11. *Inst.*, 4, 4, 10.

(2) *Nov.*, 71. Cette disposition a été provoquée par le droit pour les personnes de la première classe de prendre place à côté des magistrats qui jugent.

(3) Dans le procès d'Apulée, l'accusateur proprement dit est, à raison de son jeune âge, assisté par son oncle qui lui sert de *patronus* (c. 3). Il y a même encore à côté de lui un autre avocat (c. 4, 33, 46) qu'Apulée désigne même comme avocat de l'oncle (c. 17, 38).

(4) Sous Constantin, une bataille ayant eu lieu à l'Université d'Athènes, un procès de meurtre est porté devant le proconsul. Un professeur célèbre, qui n'avait pas été cité, prend la parole pour les demandeurs, mais le proconsul l'écarte en lui disant (Eunape, *Vit. Juliani*, p. 70. Boiss.): ἀλλ' οὐ τοσούτῳ γε ῥωμῆται δοκιμάζουσιν, ἀλλ' ἢ τὴν πρώτην εἰπὼν κατηγορίαν κινδυνεύεω περὶ τὴν δεύτεραν et contraint le demandeur à conduire lui même le procès, bien qu'il soit peu apte à le faire. Ceci ne peut guère signifier autre chose (Mitteis, *Volksrecht*, p. 141, comprend autrement le récit) que la *nominis delatio* est la condition préalable de l'*accusatio*.

départ la défense personnelle et celle-ci s'est maintenue à toutes les époques, soit en l'absence de toute intervention d'assistants judiciaires, soit à côté de celle-ci (1). Mais de bonne heure on vit apparaître auprès du défenseur un avocat ou *patronus* (2) qui est en principe soumis ici aux mêmes règles que dans la procédure civile (3). Le défenseur choisit lui-même son assistant ; il n'est du moins pas d'usage que le magistrat lui en nomme un (4). Les règles en vigueur pour la représentation juridique en général, soit au point de vue de l'incapacité des personnes (5), soit au point de vue de la pro-

(1) Tite-Live, 4, 44, 40. Il y eut un discours de C. Laelius, consul en 614, *pro se apud populum* (Festus, p. 482. 493. 314) ; une femme se défend elle-même devant les comices (Val. Max., 8, 3, 1). Pour les procès de *repetundae*, nous voyons que Rutilius Rufus se défendit personnellement presque sans assistant (Cicéron, *Brut.*, 30, 115) et qu'il en fut de même pour M. Aemilius Scaurus (Asconius, *In Scaur.*, p. 20) et pour M. Caelius (Cicéron, *Pro Caelio*, 19, 45. Quintilien, 11, 1, 51), bien qu'ils aient eu à leur côté plusieurs assistants. Preuves pour l'époque postérieure : Tacite, *Ann.*, 4, 34. 35. 6. 8. Pline, *Ep.*, 4, 9, 7. 5, 13, 1. 6, 22, 2. Dion 58, 19. *Act. Apost.*, 24, 10 sv. 26, 4 sv. ; Agathias, 4, 7 sv. Dans la dernière période, il est rare que l'accusé se défende seul (Tacite, *Ann.*, 3, 67 ; epr. 2, 30).

(2) Il n'est pas nécessaire de citer des preuves pour établir l'emploi de *patronus* comme terme technique. *Orator* désigne tout orateur, donc aussi l'avocat plaidant ; on ne le trouve pas dans notre littérature comme expression technique pour désigner ce dernier. — Renseigner l'avocat s'appelle *causam docere* (Cicéron, *Pro Scauro* 11, 27 ; Pline, *Ep.*, 3, 9, 24), se faire renseigner comme avocat *causam discere* (Cicéron, *Pro Scauro*, 11, 24. 26 ; Pline, *Ep.*, 3, 9, 35.)

(3) Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, 3, 461-468.

(4) Cicéron, *Pro Mur.*, 2, 4 : *si, ut nonnullis in civitatibus fieri solet, patronus huic causae publice constitueretur*. Sénèque., *Lud.*, 14 : (*Claudius*) *advocatum non invenit : tandem procedit P. Petronius*. Il se pourrait toutefois que la règle exprimée d'une manière générale pour l'action privée (II p. 33 n. 1) ait également été appliquée à la procédure d'accusation, du moins dans la dernière période. Il ne faut pas accorder de créance à la déclamation de Quintilien (313. texte à l'aide duquel on doit corriger 26), d'après laquelle l'intervention d'assistants judiciaires est refusée en cas de crimes graves, *ob atrocitatem facti*.

(5) L'incapacité à la représentation judiciaire résulte, comme on sait, pour partie de causes générales d'incapacité, notamment de l'infamie prétorienne, et pour partie de causes relatives. C'est ainsi que, d'après la *lex repetundarum*, celui-là ne peut pas être patron du demandeur, qui est dans la *fides* héréditaire de l'accusé ou dans la *fides* héréditaire duquel se trouve l'accusé. Quant à l'exercice des fonctions d'avocat par le magistrat, epr. II p. 40 n. 4.

hibition ou de la limitation des honoraires (1), s'appliquent également ici.

Dans le dernier siècle de la République, la défense a pris dans la procédure des proportions tellement déraisonnables que la nature de l'institution s'en est trouvée altérée d'une façon regrettable (2). Tandis qu'au début il n'y a régulièrement qu'un défenseur qui parle pour l'accusé (3), il y en a à cette époque ordinairement plusieurs, souvent jusqu'à quatre, qui prennent part à la défense (4); en 700/54, on voit apparaître six défenseurs (5); plus tard on en compte jusqu'à douze (6). La réaction, provoquée par cet état de choses, s'est principalement manifestée par la fixation d'un temps maximum pour les plaidoiries, réforme dont nous parlerons à propos de la procédure de la preuve; toutefois, nous trouvons aussi des prescriptions légales qui fixent un nombre maximum de défenseurs (7). — A côté de ceux-ci, apparaissent dans le procès les conseillers, *advocati*, qui, sans prendre part aux débats, soutiennent la défense en donnant des avis, notamment dans les questions juridiques; il leur arrive fréquemment de pré-

(377)

Rôle
des avocats.

(1) On rencontre encore pendant la dernière période (*Cod.*, 2, 6, 6, 5) des hommes notables qui remplissent gratuitement les fonctions d'avocat. Nous traiterons à propos des *repetundae* de l'action en répétition des honoraires d'avocat injustement payés.

(2) Un abus voisin de celui-ci a été celui du témoignage d'honorabilité, de la *laudatio*. Nous en parlons à propos de la déposition des témoins.

(3) Cicéron, *Pro Cluentio* (discours datant de 688/66) 70, 199 : *totam hanc causam veteri instituto solus peroravi*.

(4) Deux défenseurs : Cicéron, *Pro Flacco*, 17, 41; *Pro Caelio*, 10, 23; *Pro Balbo*, 1, 1; *De leg.*, 2, 3, 6; quatre défenseurs dans le procès de P. Sestius, 698/56 (*Schol. Bob.*, p. 292; Cicéron, *Pro Sest.*, 2, 3).

(5) Asconius *In Scaur.*, p. 27 : *defenderunt Scaurum sex patroni, cum ad id tempus raro quisquam pluribus quam quattuor uteretur*.

(6) Asconius, *loc. cit.*, *at post bella civilia ante legem Juliam ad duodenos patronos est perventum*.

(7) Cela eut lieu dans les lois d'exception de Pompée de 702/52 (Dion, 40, 52. Tacite, *Dial.*, 38), par suite desquelles Cicéron parla seul pour Milon (Asconius, *In mil.*, p. 42) et parla avec un second avocat pour quelques-uns des complices de Milon (Asconius, *loc. cit.*, p. 54, 55). Une mesure du même genre fut prise par la *lex Julia judiciaria* (II p. 43 n. 1). Dans le procès de Pison qui eut lieu sous Tibère devant le Sénat, on voit apparaître trois défenseurs (Tacite, *Ann.*, 3, 41).

ter leur appui simplement en assistant muets aux procès (1).
 — Avec le Principat, le procès pénal perd sa portée politique et l'éloquence judiciaire est dépouillée de cette importance (378) qui avait été en réalité si peu profitable au bien public ; la loi et la coutume rendent à l'accusation et à la défense leur simple caractère judiciaire et les assistants des plaideurs, désormais appelés régulièrement *advocati* (2), sont en même temps à cette époque des avocats.

Limites
du cumul des
actions.

Pour terminer cette Section, nous devons exposer ici dans quelle mesure il est permis d'embrasser dans une même instance plusieurs délits de la même personne ou les délits de différentes personnes.

La recevabilité
en cas d'actions
contre la même
personne.

Le cumul des actions pénales, c'est-à-dire la réunion dans une même instance de plusieurs délits (3), est juridiquement permis dans l'ancienne procédure relevant exclusivement du magistrat ou relevant des magistrats et des comices, lorsqu'ils

(1) Lorsque le *patronus* parle pour la partie, l'*advocatus* n'a pas à parler en public, il n'a qu'à conseiller l'accusé et le défenseur (Cicéron, *De Orat.*, 2, 74, 302 : *orat reus, urget advocati* et d'après lui Julius Victor, c. 23 Halm ; *De off.*, 1, 10, 32 ; Sénèque, *De tranq. an.*, 14, 3 ; *De benef.*, 4, 35, 2). Il faut en effet partir de ce fait que le *patronus* romain n'a pas besoin de connaître personnellement le droit (Quintilien, 12, 3, 2 : *non deformiter respectet et inter subsellia minores advocatos interroget*, où l'avocat plaidant est dans une conception récente considéré comme *advocatus major*). Une définition exacte nous est donnée par le scoliaste sur les Verrines, *Divin.*, 4, 11, p. 104 : *qui defendit alterum in judicio aut patronus dicitur, si orator est, aut advocatus, si aut jus suggerit aut praesentiam suam commodat amico*.

(2) Pline le Jeune emploie constamment cette appellation ; de même Quintilien, 11, 1, 49 ; Tacite, *Ann.*, 11, 5 ; Ulpien, *Dig.*, 47, 15, 1, 1 ; Macer, *Dig.*, 47, 15, 3, 2 ; elle est technique et elle est un titre dans l'expression *advocatus fisci*. *Patronus* (avec et sans *causae*) est synonyme à cette époque, mais moins fréquemment employé (Tacite, *Dial.*, 1 ; Pline, *Ep.*, 3, 4. Ulpien, *Dig.*, 3, 1, 1, 4. Septime Sévère, *Dig.*, 50, 13, 1, 10). A noter dans Quintilien 12, 1, 25. 26 l'opposition faite entre l'avocat dans le procès pénal et le *litium* (= affaires pécuniaires) *advocatus, quem causidicum vulgo vocant*. C'est aussi le *causidicus* que Martial et Juvénal prennent comme point de mire dans leurs satires.

(3) Nous traitons dans la dernière Section du Livre suivant la question du concours des actions de droit pénal, c'est-à-dire celle de la naissance de différentes actions pénales à raison du même délit.

sont imputés à la même personne, qu'ils soient connexes ou non, de même nature ou de nature différente, pourvu que le magistrat agréé ou permette cette jonction (1). Par suite, lors de la reprise de cette forme de procédure sous le Principat, la même règle s'applique tant devant le Sénat que devant l'empereur et devant les autorités qui empruntent à ce dernier leur pouvoir répressif (2), donc dans la procédure pénale en général pendant la dernière période de l'empire (3). Dans ce cas, la sentence porte sur l'ensemble des délits et non pas sur chacun d'eux et les peines afférentes aux différents délits peuvent être réunies en une peine globale. A vrai dire, on est amené dans une telle procédure à combiner les différentes prescriptions légales sur la nature et le taux des peines et par suite à les appliquer avec une certaine liberté. Ce cumul des actions a ainsi contribué essentiellement, tant dans la République primitive que dans les derniers temps du Principat, à transformer le procès pénal en une procédure arbitraire s'étendant à l'ensemble de la conduite de l'accusé. (379)

Les délits de différentes personnes ne peuvent évidemment pas être traités en bloc dans le jugement définitif, mais aucun obstacle juridique ne s'oppose, dans les procédures indiquées plus haut, à ce qu'ils soient réunis dans une même instance, et, il est arrivé fréquemment que des délits connexes, notam-

Délits
de différentes
personnes.

(1) Quintilien, 3, 10, 1 : *plures (controversiae sunt) aut ejusdem generis, ut in pecuniis repetundis, aut diversi, ut si quis sacrilegii et homicidii simul accusatur. Quod nunc in publicis judiciis non accidit, quoniam praetor certa lege sortitur, principum autem et senatus cognitionibus frequens est et populi fuit.* 7, 2, 20 : *potest tamen hoc genus in cognitionem venire senatus aut principis.*

(2) Quintilien, *loc. cit.* Le procès de *repetundae* chez Pline, *Ep.*, 2, 11, 2, 6, 29, 10, devient un procès capital. De même les récits de Tacite (*Ann.*, 2, 50, 3, 22, 23, 38, 67-69, 4, 52, 6, 29, 12, 59, 63, 16, 8) relatifs à des procès devant le Sénat parlent de différents délits réunis dans l'accusation ; toutefois, on ne peut pas distinguer avec certitude s'il n'y a là que des reproches incidents ou s'il y a là un groupement juridique de plusieurs causes d'accusation.

(3) La règle posée pour le concours d'actions (Dioclétien, *Cod.*, 9, 2, 9, 2 : *judex super utroque crimine audientiam accommodabit, nec enim licebit ei separatim de uno crimine sententiam proferre, priusquam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiet*) peut s'appliquer au cumul d'actions, à la condition que le tribunal soit compétent pour les deux actions.

ment des crimes commis en bande ou des délits religieux, aient été groupés de cette manière, lorsque le magistrat y consentait (1).

Exclusion
du cumul des
actions dans la
procédure
d'accusation.

(380) Par contre, la procédure d'accusation suit ici en principe la règle du droit privé. D'après celle-ci, la réunion formelle dans une même instance n'est permise que pour des délits de même nature commis par la même personne contre le même individu (2), elle n'est pas possible ni pour des actions de nature différente intentées par le même demandeur contre le même coupable, ni pour des actions de même nature intentées par différentes personnes contre le même coupable (3), bien qu'au fond on favorise] en fait l'examen simultané de ces affaires, notamment par le renvoi des différentes actions au même juge (4). Il y a en droit pénal une exception pour le procès de *repetundae*, en ce sens que les différentes victimes ne peuvent poursuivre la répression devant le grand jury qu'autant qu'elles se sont entendues pour constituer une représentation commune. Toutefois, cette communauté d'action n'est requise que pour la première instance; pour la seconde instance où a lieu l'estimation préalable à l'exécution, chaque plaideur reprend son indépendance (5). Cette procédure est inapplica-

(1) Dans le procès de *repetundae* devant le Sénat dont nous parle Pline, *Ep.*, 3, 9, les nombreux accusés ne sont pas jugés dans un seul débat (*singularis actio*) mais en trois groupes après un triple débat (*actiones*). C'est vraisemblablement le président, c'est-à-dire le consul, qui de plein droit a formé ces trois groupes, quoiqu'après entente avec celui qui a été constitué demandeur. Dans le procès des martyrs scillitains (I p. 273 n. 1), si nous en croyons les actes tels qu'ils s'offrent à nous, les accusés n'ont pas été interrogés séparément et ont été englobés dans un même jugement sauf indication de leurs différents noms.

(2) Cette règle s'applique spécialement au vol.

(3) Quintilien, *Inst.*, 7, 2, 19 : *de uno reo consilium cogitur*.

(4) Quintilien, *Inst.*, 3, 10, 1 : *privata... judicia saepe unum judicem habere multis et diversis formulis solent*.

(5) Cpr. dans le Livre suivant la Section relative à cette matière. La procédure indiquée I p. 206 n. 1 fournit déjà un précédent dans les *judicia recuperatoria* de droit privé de 583/171, qui ont servi de modèle à la *quaestio* organisée par Pison (Tite-Live, 43, 2) : les communautés espagnoles qui élèvent une plainte de concussion contre le même magistrat sont toutes renvoyées devant le même collège de récupérateurs et reçoivent l'ordre de se faire toutes nommer les mêmes assistants judiciaires.

ble aux autres délits publics par ce seul fait qu'ils ne se fondent pas sur un préjudice subi par un particulier au sens que le droit privé donne au mot préjudice; l'accusateur agit ici dans l'intérêt de la communauté. La réunion de plusieurs accusés dans un même procès paraît n'avoir pas été admise, même en cas de délits connexes(1); en matière d'adultère, il est même légalement interdit d'intenter simultanément l'action contre les deux coupables (2). — Le groupement de crimes de nature différente, c'est-à-dire de crimes qui ne tombent pas sous la même loi pénale, est exclu dans la procédure des *quaestiones*, tout simplement parce que chaque *quaestio* n'est compétente que pour la catégorie de délits visée par la loi spéciale sur laquelle elle repose (3). L'habitude des avocats de ne pas limiter leur plaidoirie au délit qui fait l'objet du procès, mais de traiter avec la même ampleur, sous prétexte d'éclairer le tribunal sur le caractère de leur client, les autres fautes imputées à celui-ci, a pu masquer la règle (I p. 237 n. 2), elle ne l'a pas fait disparaître (4).

— Il est difficile que la connexité proprement dite, qui n'est du reste pas une notion juridique rigoureusement définie, ait été exigée. Lorsqu'un même homme est poursuivi à raison de plusieurs administrations qui lui ont été confiées, la réunion de ces actions dans un même procès peut être inopportune, elle n'est pas formellement défendue.

(1) Il paraît certainement impossible que cette règle ait pu être pratiquement appliquée, notamment à ceux qui se sont rendus coupables d'un crime commis en bande.

(2) *Dig.*, 48, 3, 16, 9. l. 18, 6. l. 33, 1. l. 40, 6. *Cod.*, 9, 9, 8.

(3) Quintilien, 3, 10, 1 (II p. 49 n. 1).

(4) Cicéron, *Pro Cluentio*, 35. 36; *Pro Rab. ad pop.*, 2, 7. Les condamnations pénales qui rentrent non seulement dans la compétence du tribunal saisi, mais aussi dans celle d'autres *quaestiones*, constituent en fait des préjugés pour ces dernières; telles sont les *lites majestatis* dans le procès de *repetundae*: Cicéron, *Pro Cluentio*, 41, 116; de même dans les *Verr.*, act., 1, 13, 39.

L'INTRODUCTION DE L'ACCUSATION

Après l'établissement du rôle des parties, l'introduction de la procédure des *quaestiones* (1) réclame la formation de la demande, la liaison de l'instance avec le défendeur ou la renonciation légale à la comparution du défendeur, la réglementation de la procédure d'instruction dans la mesure où celle-ci a besoin d'être spécialement organisée par le magistrat, l'établissement du jury et la fixation du jour où commenceront les débats. Ces différents actes introductifs de l'instance sont exposés dans la présente Section. L'ordre même dans lequel ils sont cités ne préjuge pas l'ordre dans lequel ils ont lieu; cette question sera traitée à propos des différents actes.

Formation
de la demande:
Petitio.

La formation de la demande est désignée dans la *lex Acilia repetundarum* (2) par le terme technique usité dans la procé-

(1) L'exposé qui va suivre ne s'applique aux *quaestiones* extraordinaires (I p. 227 sv.) que dans la mesure où la loi spéciale les établissant n'a pas posé de règles divergentes. Mais même, la procédure de chaque *quaestio* ordinaire dépendant de la loi spéciale qui réglemente cette dernière, nous exposerons dans le Livre suivant à propos des différents délits les particularités propres à chacune d'elles.

(2) Cpr. I p. 235 n. 4. Dans la *lex repetundarum*, l. 26. 27 et ailleurs, le demandeur s'appelle *is qui petit* — *petitor* est de formation plus récente — et le défendeur *is unde petitur*. En dehors des *repetundae*, ces expressions conviennent encore aux *quaestiones* de péculat, quoique d'autres formules

dure civile pour l'action personnelle, à savoir par le mot *petere*; (382) mais cette appellation ne convient plus à la procédure développée des *quaestiones*, où l'on admet des condamnations supérieures aux condamnations pécuniaires; en fait elle a disparu dans la suite.

Accusare, qui pendant la dernière période prend dans le langage courant la place de *petere*, ne s'applique pas spécialement, comme nous l'avons déjà montré (1), à une forme déterminée de procédure, mais sert simplement à désigner l'action en appuyant plus fortement sur son caractère éthique, de telle façon qu'il n'est pas possible de déduire de ce terme sans valeur technique les modalités de la procédure. *Accusatio.*

Postulare signifie présenter une requête et est employé en procédure pour toute requête qu'une partie adresse au magistrat qui dirige le procès (2). Il s'applique très fréquemment à la requête de celui qui demande à être admis à l'action, mais habituellement on ajoute un terme qui spécifie l'objet de la requête (3). La seule indication que l'emploi de cette expression *Postulatio.*

soient habituellement employées pour les actions de droit privé analogues. La terminologie est exposée plus loin dans le Livre V à propos des amendes pécuniaires.

(1) Cpr. I. p. 217 sv. et pour la portée respective des termes *accusator*, *delator* et *subscriptor* II p. 42 n. 5.

(2) Ulpien, *Dig.*, 3, 1, 1, 2 : *postulare est desiderium suum vel amici sui in jure apud eum, qui juris dictioni praeest, exponere vel alterius desiderio contradicere*. On trouve *postulare* pour des requêtes accessoire de la procédure criminelle dans Caelius, *Ad fam.*, 8, 8, 2; Asconius, *In Mil.*, p. 35; Plin., *Ep.*, 7, 33, 4. Il faut comprendre de la même manière Caelius, *Ad fam.*, 8, 6, 1 : *inter postulationem et nominis delationem uxor a Dolabella discessit*; la première est la demande de la *nominis delatio*, l'autre est l'exécution de la première, c'est-à-dire à proprement parler la *nominis receptio*, ou, comme le dit Cicéron., *Divin.*, 19, 63 (cpr. 3, 10, 15, 49) la *nominis deferendi potestas* accordée à la suite de la divination.

(3) Formule complète : *cum... delationem nominis postularet* (Cicéron, *Divin. in Caec.*, 20, 64). Souvent on n'ajoute que le délit : *postulare de pecuniis repetundis* (Cicéron, *Pro Cornel.*, chez Asconius, p. 62; *Ad. Q. fr.*, 3, 1, 5, 15; Caelius, *Ad. fam.*, 8, 8, 2, 3; Tacite, *Ann.*, 3, 38) ou *repetundarum* (Suétone, *Caes.*, 4); *de majestate* (Cicéron, *Ad. Q. fr.*, 3, 1, 5, 15); ou *majestatis* (Tacite, *Ann.*, 1, 74); *de ambitu* (Cicéron, *Ad. Q. fr.*, 3, 2, 3); *adulteri* (*Dig.*, 48, 5, 18, 6); *incesti* (*Dig.*, 48, 5, 40, 8, l. 45), ou simplement la loi pénale : *postulare lege Licina et Junia* (Cicéron, *In Vat.*, 14, 33); *lege Scantinia* (Caelius, *Ad. fam.*, 8, 8, 12); *nova lege* (Asconius, *In Mil.*, p. 20), aussi, Cicé-

fournisse pour la forme de procédure est, comme nous le montrerons plus loin, que l'acte ne s'accomplit pas entre les parties, mais entre les demandeurs d'une part et le magistrat d'autre part.

Nominis delatio. Le terme technique pour désigner la formation de la demande dans la procédure des *quaestiones* est, du côté du demandeur, *nomen deferre* (1), et du côté du magistrat, *nomen recipere* (2). Littéralement *deferre* signifie indiquer et qui-conque donne une indication est *delator* (3). La terminologie

ron, *De domo*, 29, 77 : ou bien l'on dit d'une manière générale *postulare reum*, (Pline, *H. n.*, 33, 2, 33 ; Pline, *Ep.*, 7, 33, 7. Paul, 2, 26, 8. *Dig.*, 48, 5, 5. l. 12 §. 8. 10 et souvent ailleurs). *Postulare* seul n'est employé dans ce sens que là où le contexte rend sa signification claire (ainsi, *Dig.*, 48, 5, 30, 8).

(1) Il y a des preuves innombrables en ce sens. *Lex repetundarum* de 631 l. 19 : *in jous educito nomenque ejus deferto* et plusieurs fois ailleurs dans cette loi ; *petere nomenque deferre* sont unis l. 3. 4. 9 ; ailleurs ces deux expressions sont employées alternativement. Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 3, 8. 44, 132. *Verr.*, l. 1, 6, 15. l. 2, 28, 68 (à propos d'une accusation devant le préteur provincial), *Pro Cluentio*, 4, 11. 8, 23. 17, 49. *Pro Caelio*, 11, 26. 23, 56. *Pro Scauro*, 11, 23. *Dig.*, 37, 14, 10. On ajoute souvent le délit : *de parricidio nomen deferre* : (Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 10, 28) ; *de pecuniis repetundis nomen deferre* (Cicéron, *Divin.*, 3, 10) ; *veneficii nomen deferre* : (Cicéron, *De inv.*, 2, 19, 58). On emploie aussi *deferre* seul dans ce sens en ajoutant l'indication du délit. (Tacite, *Ann.*, 6, 19, 13, 19. 14, 48. Ammien, 27, 3, 2. c. 7, 8. 28, 1, 16. 44).

(2) *Nomen recipere* : Cicéron, *Verr.*, l. 2, 38, 94. Caelius, *Ad. fam.*, 8, 8, 2. Val. Max. 3, 7, 9. Sénèque, *Controv.* 3, *Praef.* 17. *Lud.* 14 : (*Aeacus lege Cornelia quae de Sicariis lata est quaerebat ; postulat* (l'accusateur) *nomen ejus recipiat*. De même, *nomen referre* : Cicéron, *Verr.*, 4, 19, 40 (où il faut lire avec le meilleur manuscrit *referri* et non pas *deferri* ; car on désigne ici un acte du magistrat). De même, *recipere reum* ou *inter reos* : Tacite, *Ann.*, 2, 74. 3, 70. 13, 10. Ammien, 28, 1, 49. *Dig.*, 48, 2, 12, 1. tit., 3, 2, 2. tit., 5, 12, 2. l. 16, 7. l. 40, 2.

(3) *Deferre* sert, comme on sait, à désigner toute annonce, notamment toute annonce officielle ; il suffit de rappeler les tournures *ad senatum, ad aerarium, ad magistratum deferre* (*nomen deferre* pour désigner l'esclave qu'on doit soumettre à la torture, *Dig.*, 48, 5, 28, *pr.*). Les mots *deferre* et *delator* n'ont pas par eux-mêmes un mauvais sens, le substantif est même employé à la meilleure époque comme synonyme d'*accusator*, sans qu'on y ajoute une idée accessoire de blâme (II p. 42 n. 5). Toutefois les mots peuvent facilement recevoir par le contexte un sens accessoire mauvais ; dans le langage de la dernière période, ces expressions, notamment le substantif, servent, conformément à l'usage qu'on fait alors de la dénonciation pénale, à désigner un délit. Il en fut surtout ainsi pour les procès fiscaux, ainsi que nous l'exposerons spécialement dans la Section XI du Livre IV. Ces mots sont également usités, mais non dans le langage

montre donc ici, comme dans *postulare*, que l'acte s'accomplit entre le magistrat et le demandeur à l'exclusion du défendeur. *Nomen* désigne dans ces formules l'inscription de la personne dénoncée dans la liste des actions (1). Cette dénonciation avec insertion dans la liste des personnes à accuser est inconnue de la procédure civile; l'ouverture du procès sur dénonciation est contraire à l'essence même du tribunal arbitral et il est également difficile que le prêteur ait tenu une liste des défendeurs; car, après avoir expédié la procédure préalable, qui au moins par nature est sommaire, le magistrat n'a plus aucune part aux débats postérieurs devant les jurés et ceux-ci remplissent leur mission indépendamment du magistrat et indépendamment les uns des autres (2). Mais dans la vieille procédure pénale publique, procédure inquisitoriale ordinairement mise en mouvement par dénonciation, il a dû y avoir nécessairement des dénonciations de ce genre et un enregistrement des citations à comparaître; les sources ont conservé quelques traces de ces vieilles *delationes* (3). La procédure des *quaes-*

technique, pour désigner l'accusation faite par profession dans un procès pénal (par ex., Tacite, *Ann.*, 12, 59, 13, 21. *Hist.*, 1, 2, 2, 10. Suétone, *Tib.*, 61. *Ner.*, 44. *Dom.*, 11, et ailleurs une quantité innombrable de fois). Nous reviendrons sur ce point à propos des peines qui frappent les accusateurs. — Philologiquement, on peut désigner sous ce nom les dénonciations qui ne conduisent pas à la procédure d'accusation. C'est dans ce sens que ce mot se trouve aux *Dig.*, 48, 4, 7, 2; toutefois on évite de l'employer dans cette acception contraire à l'usage de la langue technique. Dans l'édit de Constantin (Bruns, *Fontes* ^o, p. 249), on oppose la *delatio*, comme dénonciation inadmissible, à l'*accusatio* (Sect. V du prés. Liv.).

(1) Les expressions *nomen deferre* et *recipere* se rapportent surtout à la liste des accusations; ainsi que le prouvent les expressions corrélatives *nomen eximere* et *nomen referre* qu'on trouve déjà dans la *lex repetundarum* (l. 5 et 40 : ce dernier texte vise, semble-t-il, le cas où l'on anticipe sur le jour de comparution fixé au début : II p. 70 n. 2); ils désignent aussi d'une manière générale toute l'organisation de la procédure.

(2) Cette règle ne s'applique d'ailleurs pas sans restriction; en effet, il y eut assez souvent dans la procédure civile fixation de plusieurs termes de comparution pour la même affaire et le manient de la liste des jurés réclamait déjà à lui seul une certaine connaissance d'ensemble des procès en cours. Mais cela ne supprime pas la différence qui existe entre le rôle du magistrat dans cette procédure civile et celui du prêteur désigné pour diriger personnellement une certaine catégorie de procès.

(3) Tite-Live, 9, 26, 7 : *capita conjurationis... priusquam nominarentur apud*

tiones a prescrit dans son premier stade l'emploi des formes ordinaires du droit privé pour la liaison de l'instance (1). L'enregistrement des citations s'est certainement introduit, de même que le préteur pérégrin reçut l'ordre de diriger personnellement le procès de *repetundae*. Ce fut seulement lors de la création d'un préteur spécial pour cette catégorie de délits que la principale occupation du magistrat fut de tenir une liste des accusations, comme cela avait lieu dans la vieille procédure criminelle, et ce fut vraisemblablement à partir de là que ce préteur reçut l'ordre d'admettre l'action sans que l'instance fut contradictoirement liée (2).

Inscriptio. La liste des accusations, dont nous déterminerons l'ordre de confection à propos de l'assignation, est dressée par l'insertion dans le registre du tribunal, *inscriptio*, que précède ordinairement une requête provisoire du demandeur (3). Cette *inscriptio* mentionne après l'indication de la date et du magistrat qui dirige le procès (4) les noms du ou des accusa-

dictatorem. 39, 47, 1 : *indici praemium proposuerunt, si quis quem ad se deduxisset nomenve absentis detulisset*. 45, 37, 4 : *Servius Galba... (L. Paulum) privatum cum visurus esset, nomen deferret et legibus interrogaret*. En particulier, le second de ces textes emprunté au récit signe de foi que Tite-Live nous donne du procès des Bacchantales n'est pas suspect d'appliquer à un état de choses antérieur des règles de la procédure d'accusation; on voit aussi apparaître nettement ici l'opposition entre la dénonciation avec production du prétendu coupable et la dénonciation de l'absent.

(1) *Lex repetundarum* l. 23 : [*aut quod cum eo lege Calpurnia aut lege Junia sacramento actum siet aut quod h(ac) lege nomen [delatum siet]*].

(2) Les paroles de la *lex repetundarum* que nous venons de rapporter montrent clairement que la *nominis delatio* unilatérale a été introduite par cette loi elle-même. Septime Sévère, *Cod.*, 9, 1, 1. Modestin, *Dig.*, 48, 5, 26. Fréquemment plus tard : *Cod.*, 9, 1, 10. c. 49. tit. 2, 16. tit. 35, 11. *Cod. Th.*, 2, 1, 8, 2 (= *C. Just.*, 9, 2, 16). 9, 1, 8. 9, 1, 49 (= *C. Just.*, 9, 2, 17). Symmaque, *Ep.*, 10, 49 et ailleurs.

(3) Dioclétien, *Cod.*, 9, 2, 8 : *praesidalem adeat potestatem aut libellos offerens aut querellas suas apud acta deponens*. Apulée nous donne le commencement d'un tel écrit (*illud libelli nostri Atrox principium*) *Apol.*, 102 (cpr. c. 2) : *hunc ego, domine Maxime, reum apud te facere institui*. *Dig.*, 48, 5, 2, 8 : *Si... libellos inscriptionum deposuerit*. *Cod.*, 9, 45, 1 : *inscriptionibus depositis*. Juvénal, 6, 243 : *accusat Manilia, si rea non est; componunt ipsae per se formantque libellos*. Souvent le *libellus* et l'*inscriptio* ne sont pas nettement séparés.

(4) Paul, *Dig.*, 48, 2, 3, *pr.*, nous donne le schéma de cette inscription

teurs (1) et de l'accusé, la loi pénale qu'on reproche à ce dernier d'avoir violée et souvent même très brièvement le délit prétendu (2). Elle est ordinairement faite par le demandeur lui-même ou s'il ne peut écrire, par un représentant qui déclare cette incapacité (3). Les mentions qui n'apparaissent pas au premier plan dans l'enregistrement, comme celles des sous-accusateurs (II p. 42 n. 5) et de la cause spéciale de l'action (4), sont fréquemment opposées à l'*inscriptio* par l'emploi des mots *subscriptores* et *scriptio*. Mais comme l'indication de la cause de l'action précise la nature même de l'acte délictuel, la *scriptio* de cette cause sert aussi à désigner l'action elle-même (5) ; c'est ainsi que les termes *inscriptio*

(386)

(car c'est elle qui est ici visée, quoique le schéma soit annoncé par ces mots : *libellorum inscriptionis conceptio talis est*) pour l'action d'adultère : *consul et dies. Apud illum praetorem vel proconsulem L. Titius professus est se Meviam lege Julia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum G. Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulis illis adulterium commisisse. Cpr. Cicéron, Pro Cluentio, 31, 86 : haerebat in tabulis publicis reus et accusator. Lorsque les *acta* sont cités pour de pareilles indications (Asconius, In Scaur., p. 19), on pense au journal dressé d'après les procès verbaux.*

(1) On suppose donc ici que le magistrat a reconnu le droit d'accusation (*Dig.*, 48, 5, 16, 7), et qu'il y a même eu une décision judiciaire sur ce point en cas de concurrence de plusieurs demandeurs.

(2) Sénèque après les paroles citées II p. 54 n. 2 : *edit subscriptionem occisos senatores XXXV* etc. Le même, *De benef.*, 3, 26. Paul II p. 56 n. 4. C'est également à cette mention que se rapporte Paul, 5, 16, 14 : *reis suis edere crimina accusatores cogendi sunt : scire enim oportet, quibus sint criminibus responsuri*. Peut-être l'habitude de préciser le délit s'est-elle développée peu à peu dans la pratique judiciaire ; mais, dans la procédure pénale, le demandeur n'est nullement lié par ces indications comme il le serait dans la procédure civile par la formule prétorienne.

(3) *Dig.*, 48, 2, 3, 2 : *subscribere debet is qui dat libellos se professum esse, vel alius pro eo, si litteras nesciat*. 48, 2, 7, 1 (II p. 58 n. 2) *C. Th.*, 9, 3, 4 : *in codice publico sollemnia inscriptionis implere*. Une déclaration orale a été temporairement admise pour le crime de faux (*C. Th.*, 2, 9, 19. 9, 1, 5. tit. 19, 4 = *C. Just.*, 9, 22, 23) ; en général, elle ne suffit pas (*C. Th.*, 9, 1, 5).

(4) Cicéron, *De inv.*, 2, 19, 58 : *cum veneficii cujusdam nomen esset delatum et quia parricidii causa subscripta esset, extra ordinem esset acceptum*. Le même, *Pro Cluentio*, 45, 127. 47, 130.

(5) *Subscribere* et *scriptio* sont fréquemment employés dans ce sens général. Ulpion, 48, 2, 7, *pr.* : *si cui crimen obiciatur, praecedere debet crimen scriptio*. 47, 1, 3 : *subscribere eum in crimen oportebit*. 47, 2, 93. *Cod.*, 9, 2, 13. tit. 20, 3. Dans la constitution *C. Th.*, 9, 1, 14 = *C. Just.*, 9, 2, 13, la vieille rédaction porte *vinculum inscriptionis*, la rédaction récente porte *scriptio*.

et *scriptio* sont parfois employés indifféremment l'un pour l'autre. Lors de l'inscription, le demandeur doit, au moins dans le cas de citation privée, fournir, comme dans l'action privée, le *jusjurandum calumniae* (1). Toutefois, il n'est pas certain que ce serment soit exigé de tout demandeur et on peut difficilement le considérer comme le fondement juridique de l'action contraire de *calumnia* qui éventuellement sera dirigée contre ce plaideur. En outre, pendant la dernière période, le demandeur doit lors de l'inscription fournir caution qu'il poursuivra le procès (2). Lorsque cesse pour le magistrat l'obligation de faire l'inscription, le procès sort du domaine de l'accusation pour passer dans celui de la *cognitio* (II p. 10 sv).

Liaison
de l'instance.

Sous la rubrique liaison de l'instance avec le défendeur, nous embrassons tout ce qui nous est parvenu sur l'*in jus vocatio*, le *sacramentum*, l'*interrogatio lege*.

In jus vocatio.

L'*in jus vocatio* est la citation privée du droit civil, la *lex Acilia repetundarum* la place avant la *nominis delatio* (3).

(1) La *lex repetundarum* poursuit l. 19 : *sei dejuraverit calumniae causa non postulare*; de même dans le fragment C. I. L., I, 210. Asconius, *In Cornel.*, p. 63. 64 : *(Metellus) in Curionem calumniam juravit*. Caellius, *Ad. fam.*, 8, 8, 3 : *de divinatione Appius cum calumniam jurasset, contendere ausus non est*. Tite-Live, 33, 47, 5 ; *nisi velut accusatores calumniam in eum jurarent*. Sénèque, *Controv.*, 7, 4 [19], 7. — Dans la procédure civile à laquelle ce *jusjurandum calumniae* est emprunté, celui-ci se présente dans les sources juridiques (Gaius, 4, 174 sv.) avec cette particularité que le défendeur a le droit de l'exiger du demandeur, mais qu'en agissant ainsi il renonce au *judicium calumniae*.

(2) *Dig.*, 48, 2, 7, 1 : *cavent singuli, quod crimen obiciant et praeterea perseveratos se in crimine usque ad sententiam*. *Cod.*, 9, 1, 3 : *qui crimen publicum instituere properant, non aliter ad hoc admittantur, nisi prius inscriptionum pagina processerit et fidejussor de exercenda lite adhibitus fuerit*. *Cod.*, 3, 45, 1 : *causa ordinata, id est inscriptionibus depositis et fidejussore de exercenda lite praesitito*. *C. Th.*, 9, 2, 3 (= *C. Just.*, 9, 3, 2, 1) *non prius adsimulanti accomodetur adsensus quam sollemni lege se vinxerit et in poenam reciproci stilo trepidante recaverit*.

(3) *Lex repetundarum* l. 6 : *is eum unde petet in jous ed[ucito]*, l. 19 : *qui ex h. l. pecuniam ab arvorsario petet, is eum unde petet]... in jous educito no[m]engue ejus deferro*.

Mais on ne trouve aucune trace de son application pratique (387) dans les procès qui ont eu réellement lieu, même dans celui de Verrès. Par contre, elle apparaît encore, et même aussi complète que dans la procédure civile de la loi des XII tables, dans les parodies de *quaestiones* de l'époque impériale (1).

Le *sacramentum* est la forme d'introduction d'instance Sacramentum. prescrite par l'ancien droit civil pour toutes les actions privées pour lesquelles il n'était pas spécialement écarté (2). C'est par ce procédé que le procès de *repetundae* est constamment ouvert avant l'époque des Gracques; mais son emploi n'est plus nécessaire depuis la *lex Acilia repetundarum* (II p. 56 n. 1).

L'interrogation de l'accusé (3) dont il est si souvent question est difficilement empruntée, comme la *nominis receptio*, L'Interrogatio lege. à la procédure criminelle relevant du magistrat (4), elle vient

(1) Sénèque le Rhéteur, *Controv.*, 3 *Praef.*, 19 : *nactus eum in jus ad praetorem voco et... postulavi, ut praetor nomen ejus reciperet lege inscripti maleficii* (c'est-à-dire d'un délit qui n'est pas prévu dans les lois; cette action fictive joue un rôle dans les écoles de rhéteurs : Quintilien, *Inst.*, 7, 4, 38, *Decl.*, 344). Chez Sénèque le Philosophe, à la fin de la satire sur Claude, l'accusateur dit à ce dernier : *in jus eamus* et le conduit devant le tribunal d'Aeacus.

(2) Gaius, 4, 13.

(3) Dans la *lex repetundarum*, l. 35, on trouve, après la réglementation de la procédure de la preuve et avant les règles sur le serment des jurés, la rubrique *praetor utri interroget*; mais la disposition même de la loi ne nous est pas conservée. Cicéron, *De domo*, 29, 77 : *quis me unquam ulla lege interrogavit? quis postulavit? quis diem dixit?* Salluste, *Cat.*, 18 : *P. Antonius et P. Sulla designati consules (688/66) legibus ambitus interrogati poenas dederunt*. Le même, *Cat.*, 31 : *lege Plautia interrogatus erat (Catilina, 691/63) ab L. Paullo*. Velleius, 2, 13 : *P. Rutilium (662/92) interrogatum lege repetundarum damnaverunt*. Tacite, *Ann.*, 14, 46 : *damnatus... repetundarum Bithynis interrogantibus*. Le même, 16, 21 : *(Cilicium legati) Capitonem repetundarum interrogant*. Il faut faire abstraction des indications du Scoliaſte des Verrines peu digne de créance. *In Verr.*, l. 2, 3, 8, p. 206 : *accusari coeperat (M. Lépidus, vraisemblablement le consul de 676/78) a duobus Metellis Celere et Nepote, qui cum legibus interrogassent... destiterunt et Act.*, 1, 2, 5, p. 128 : *quid est reum fieri nisi apud praetorem legibus interrogari? Cum enim in jus vocatus esset, dicebat accusator apud praetorem reo : aio te Siculos spoliasset; si tacuisset, lis ei aestimabatur, ut victo; si negasset, petebatur apud magistratum dies inquirendorum ejus criminum et instituebatur accusatio*.

(4) Les indications de Tite-Live, 38, 50, 8 : *neminem unum tantum eminere civem debere, ut legibus interrogari non possit* et 45, 37, 4 (II p. 55 n. 3) peuvent avec raison être reportées de la procédure récente à la procédure

- (388) de la procédure civile. En la forme, les questions sont posées par le magistrat et doivent l'être par lui, de même que dans la procédure civile le magistrat a seul le droit de poser des questions au défendeur, mais, au fond, c'est naturellement le demandeur qui interroge (1). L'objet des questions n'est nullement précisé; mais comme il n'y a pas d'interrogatoire proprement dit dans cette procédure, on a dû seulement demander si la personne citée reconnaissait la compétence de la cour judiciaire établie par la loi visant le délit dont il était question ou si elle élevait des objections à cet égard. On lui demandait également si elle se reconnaissait coupable ou non d'une violation de cette loi. La mention de cette loi pénale dans l'*inscriptio* introductive d'instance était manifestement faite en vue de ces questions. Il en résultait, comme il résultait du reste de l'organisation de cette procédure, que ces questions devaient être posées préalablement à la constitution du jury. Le fait que les Verrines et tous les procès que nous connaissons bien ne mentionnent pas cet acte et la juxtaposition de l'*interrogatio lege illa* et de la requête du demandeur tendant à la constitution du jury prévu par cette même loi (2) rendent vraisemblable la conjecture d'après laquelle on aurait eu le choix entre les deux procédés.

ancienne. Contre la filiation historique rejetée au texte, on peut objecter au fond que dans la vieille procédure pénale relevant du magistrat le procès a bien débuté régulièrement par l'interrogatoire sur la question de culpabilité, mais que cet interrogatoire n'a pas porté uniquement sur la violation d'une loi déterminée, comme cela a lieu dans la procédure civile ordinairement liée à une disposition particulière de l'édit; car une pareille restriction est inconciliable avec la liberté dont jouit le magistrat dans cette procédure criminelle. Il est vraisemblable que la question posée dans la procédure des *questiones* est uniquement la question ordinaire de la procédure civile, à la suite de laquelle le défendeur est traité comme *confessus* ou la formule est délivrée par le magistrat.

(1) La *lex repetundarum* dit expressément que les questions sont posées par le magistrat. C'est pour la même raison que la procédure civile ne connaît d'*interrogatio* qu'*in jure*. Mais l'accusation ne pouvait être formulée que par le demandeur sous réserve de l'approbation du magistrat et il est vraisemblable que celui-ci n'a souvent au fond fait qu'assister à la formation de la demande.

(2) D'après Cicéron, *De domo*, 29, 77 (II p. 59 n. 3) le procès pénal pent

Les deux règles juridiques également certaines, d'après lesquelles le procès pénal peut être engagé par voie de citation privée et peut l'être aussi d'une manière unilatérale par le demandeur, se concilient à condition d'admettre une double procédure : l'une, forme normale de la procédure civile, se réaliserait par la citation que ferait le particulier, la comparution des deux parties devant le tribunal, l'interrogation du défendeur par le magistrat pour savoir s'il est coupable et, en cas de réponse négative, par l'inscription du défendeur dans la liste des accusés ; l'autre est la forme normale du droit pénal public, elle comprend la dénonciation au magistrat, l'offre faite par le dénonciateur de fournir la preuve dans une procédure contradictoire (1) et l'acceptation de cette offre par le magistrat au moyen de l'inscription du dénoncé dans la liste des accusés. L'*in jus vocatio* et la *nominis delatio* doivent être considérées comme deux procédures alternativement possibles (2). La première est seule admise à l'origine ; elle devient dans la suite, semble-t-il, théoriquement la forme normale et en fait la forme exceptionnelle. Il est possible que plus tard des lois, par exemple la *lex Julia* sur la procédure, aient expressément supprimé la citation de droit privé pour le procès pénal (3). Quant à la seconde procédure, la seule qui subsiste sous le Principat, elle exclut tout acte procédural

(389)

être engagé ou comme *quaestio* par *interrogatio* ou *postulatio*, ou comme procès comitial par *diei dictio*.

(1) Cette offre sépare la *nominis delatio* de la dénonciation du droit pénal. On peut au moins comparer cette procédure avec la *legis actio per iudicis postulationem* du droit privé.

(2) Il n'est pas permis, étant donné l'état fragmentaire du texte, de tirer des conclusions de la rédaction copulative de la *lex repetundarum* qui nous a été conservée en partie (II p. 58 n. 3). Les termes de cette même loi cités II p. 56 n. 1 prouvent irréfutablement que, par opposition à l'ancien procès de *repetundae* avec introduction bilatérale d'instance, cette loi a précisément établi la procédure de *nominis delatio* qui au début est unilatérale.

(3) On peut citer comme fait connexe la suppression des *legis actiones* par la *lex Julia iudiciorum publicorum* (I p. 450 n. 6). On peut concilier avec cela la parenté de l'*in jus vocatio* grotesque des parodies de procès datant de l'époque impériale (II p. 59 n. 4).

antérieur à la citation de comparaître. On ne trouve nulle part la trace d'une communication de l'accusation faite par le magistrat au défendeur (1) et dont la réception pourrait être considérée comme liaison contradictoire de l'instance. Le demandeur n'est pas davantage obligé de donner connaissance de l'accusation au défendeur; il est maintes fois question de pareils avertissements, mais il n'y est jamais fait allusion en ce sens que leur réalisation par le demandeur et leur réception par le défendeur doivent être comptées parmi les *essentialia* du procès pénal (2). Il est manifeste que dans la procédure des *quaestiones* le magistrat n'a pas été réduit à attendre l'accord des parties, requis pour le procès privé, mais a déjà pu, à la suite de la dénonciation unilatérale de la procédure pénale publique, fixer le temps des débats et citer les parties. C'est principalement dans cette citation du magistrat que se manifeste le renforcement de la procédure du jury par la présidence du magistrat, et c'est surtout par là que la procédure de la *quaestio* se sépare du procès civil ordinaire. Elle est la citation de la procédure pénale publique telle qu'elle a été caractérisée dans le Livre précédent (I p. 187. 379 sv.). A vrai dire, conformément au caractère mixte de cette procédure,

(1) Cette procédure paraît avoir eu lieu dans le *judicium publicum* originare (I p. 213 n. 3); mais l'analogie est ici trop éloignée.

(2) C'est ce que montre clairement le procès d'adultère : il exige la dénonciation de l'action prochaine à celle qui doit être accusée pour l'empêcher de contracter un second mariage, mais cette dénonciation ne se confond pas avec l'inscription. *Dig.*, 48, 5, 18, 1 : *quid, si non quidem denuntiavit, verum libellos accusatorios dedit, antequam nuberet, eaque, cum id cognovisset, nupsit, vel ignorans? Puto non videri ei denuntiatum, ideo non posse accusatorem ab ea incipere.* La formation de la demande ne dépend donc pas de la dénonciation, c'est ce que montrent deux textes de Papinien, *Dig.*, 48, 5, 40, 6 : *duos quidem adulterii simul non jure... postulari convenit; cum tamen duobus denuntiatum fuisset ab eo, qui postea desistere volebat, abolitionem esse necessariam in utriusque personam respondi et Dig.*, 48, 16, 4 pr. : *mulier... falsi crimen injuriae propriae post interpositam denuntiationem desistens omisit.* L'*abolitio* exigée dans les deux textes montre que la dénonciation avait eu lieu après l'inscription. On voit par là, ce qui d'ailleurs est naturel, que le demandeur, après avoir introduit son action, en donne souvent connaissance au défendeur (c'est à cela qu'il faut aussi rapporter l'*actio edita* de la constitution *Cod.*, 3, 9, 1, (II p. 66 n. 1), mais qu'il n'y est pas obligé.

elle est plus douce que la citation du droit privé: la coercition personnelle est ici écartée et le magistrat qui prête ici son appui à l'accusateur privé n'a pas le droit de faire amener le défendeur par force, ni même de le faire arrêter. Mais elle est assimilée à certains égards à la citation de la procédure publique proprement dite: le défendeur n'a aucun acte positif à accomplir avant l'audience, ainsi que le prouve le silence complet des sources abondantes que nous possédons sur cette procédure; dans cette audience on recherche uniquement s'il a comparu ou fait défaut et, dans ce dernier cas, le procès peut être continué jusqu'à la condamnation, même en l'absence du défendeur.

La formule du droit civil, qui sert d'instruction aux jurés, n'est pas ici nécessaire, étant donné que le magistrat qui instruit le procès, le dirige également. Mais l'*in jus vocatio* et le *sacramentum* ne se laissent pas aisément concevoir sans une telle formule, aussi a-t-on appliqué à la procédure criminelle les divisions techniques de la formule des procès civils (1). Lorsque le procès est ouvert par ces actes, il a dû nécessairement y avoir une formule; celle-ci est remplacée jusqu'à un certain point par la requête de l'accusateur enregistrée par le magistrat, lorsque la procédure a été engagée sans citation privée, ce qui pratiquement est le seul cas à considérer.

Nous avons maintenant à rechercher à quel moment l'action pénale commence à être pendante et quelles sont les conséquences juridiques de cette litispendance. A vrai dire, il n'y a pas à tenir compte de ce moment pour l'usage peu louable dont l'existence peut être prouvée déjà pour le dernier siècle de la République (2) et d'après lequel celui qui est

Conséquences
et moment
de la mise
en accusation.

(1) Quintilien, 7, 5, 2, parle d'*intentio* et de *praescriptio* à propos de l'action criminelle.

(2) Elle est mentionnée pour la première fois chez Aulu-Gelle, 3, 4, pour le second Africain (= 625/129). Les récits colorés du vieux temps (Titelive, 2, 35, 5. c. 54, 3. c. 61, 5. 3, 58, 1. 4, 42, 8. 6, 20, 8, 37, 9. Denys, 7, 54.

- (391) exposé à une condamnation pénale soit des comices, soit d'un jury, prend, ainsi que ses amis les plus proches, les marques extérieures de deuil et paraît en public dépouillé des insignes de son rang (1), négligemment vêtu (2), la barbe (3) et les cheveux (4) non coupés. En effet, aucune de ces personnes n'est obligée à ces manifestations, elle peut les interrompre à son gré (5), de même qu'elle peut les commencer quand elle le veut. Mais l'état de prévention, de *reatus*, entraîne de véritables conséquences juridiques :
- Toilette de deuil.
- Délais de l'accusation pénale.
- Conséquences du *reatus* pour les droits honorifiques.
1. Les délais de forclusion pour l'introduction de la demande (6) ou pour l'expédition des demandes introduites (7) se comptent à partir du jour où a commencé la litispendance.
 2. Bien que l'accusé ne soit évidemment pas considéré comme coupable avant la sentence (8), une restriction de ses droits civiques dès la litispendance se produit déjà dans différents cas à l'époque républicaine (9), et d'une manière géné-

Suétone, *Tib.*, 2) ne prouvent rien. — Cpr. encore Cicéron, *Pro Plancio*, 13, 29. *Pro Lig.*, 11, 32. Appien, *R. c.*, 3, 24. Tacite, *Ann.*, 2, 29. Suétone, *Vit.*, 9. Martial, 2, 24. 36. 94.

(1) Val. Max., 6, 4, 4.

(2) C'est le *squalor* souvent mentionné. On se dépouille notamment de la *vestis* blanche et paraît en public dans la *paenula* (*sordidatus* : Cicéron, *De or.*, 2, 47, 195 et souvent ailleurs ; *obsoletius vestitus* : le même, *in Verr.*, l. 1, 58, 152 ; *non candida veste* : Aulu-Gelle, 3, 4 ; *vestis mutatio* : Sénèque, *Ep.*, 48, 2 ; cpr. Becker-Rein Gallus 3, 120 ; *St. R.*, 3, 220 n. 2 [*Dr. publ.*, 1, 248, n. 2]).

(3) Aulu-Gelle 3, 4.

(4) *Submittere capillum* : Pline, *Ep.*, 9, 22, 14. *Dig.*, 47, 10, 39.

(5) Aulu-Gelle, 3, 4 ; Plutarque, *Cic.*, 35. Il en est de cet usage comme du costume des candidats aux charges. La législation postérieure ne permet cette démonstration qu'aux parents (*Dig.*, 47, 10, 39).

(6) Ulpien, *Dig.*, 48, 5, 30, 7 : *quinquennium* (dans l'action d'adultère)... *accipiendum est... ad eum diem, quo quis postulatus postulatus est, et non ad eum diem, quo iudicium de adulterio exercetur*. Ulpien ajoute que le jour de la *postulatio* est celui des *libelli accusatorii* (toujours datés : II p. 21 n. 3) et que si plusieurs personnes forment ensemble une accusation, on s'attache au premier jour de la postulation.

(7) Marcien, *Dig.*, 50, 4, 7, pr. *C. Th.*, 9, 19, 2. tit. 36, 2 (= *C. Just.*, 9, 44, 2). Justinien, *Cod.*, 9, 44, 3 (d'après laquelle *Cod.*, 9, 44, 2 est modifiée).

(8) Ulpien, *Dig.*, 48, 4, 11 : *is qui in reatu decedit, integri status decedit, extinguuntur enim crimen mortalitate*. Julien, *C. Th.*, 9, 2, 1. Différents délits sont cependant exclus de la règle (Ulpien, *loc. cit.* ; Modestin, *Dig.*, 48, 2, 20).

(9) Cicéron, *De l. agr.*, 2, 9, 24. Sur l'exclusion de la candidature au

rale, sous l'Empire, en ce sens qu'il lui est interdit de briguer (392) des magistratures, notamment s'il est soumis à une accusation capitale (1).

3. La règle du droit civil d'après laquelle l'action privée délictuelle perd par la déduction en justice son caractère délictuel pour revêtir un caractère contractuel et passer par conséquent aux héritiers, lorsque l'auteur du délit meurt défendeur, n'est pas applicable à l'ancienne forme des procès criminels devant les magistrats, mais elle a été, du moins dans la jurisprudence du III^e siècle, transportée aux *quaestiones* en ce sens que les conséquences patrimoniales des actions criminelles intentées suivant cette dernière procédure furent traitées comme obligations délictuelles (2).

Transmission
de l'action
pénale
aux héritiers.

Le moment où commence la litispendance n'est pas déterminé d'une manière uniforme. Au début, on s'attache au jour de l'inscription, tout au moins pour calculer le délai de la prescription d'action (3). A d'autres points de vue, au contraire, et dans le droit de Justinien même pour la prescription de l'action, le procès est considéré comme commençant avec le début des débats judiciaires, et ce moment est ici qualifié

La *litis
contestatio* du
droit criminel.

consulat qui frappe Catilina, cpr. *St. R.*, 1, 503, n. 4 [*Dr. publ.*, 2, 153, n. 2]. En principe, c'est la règle contraire qui s'applique (*Asconius, In Scaur.*, p. 49; *Dion*, 40, 51).

(1) *Papinien, Dig.*, 50, 1, 17, 12. tit. 4, 6, 2. l. 7, pr. *Cod.*, 2, 12, 6 (d'après la traduction grecque). 10, 60, 1. En cas d'accusation capitale, l'affranchissement de ses esclaves est interdit à l'accusé (*Dig.*, 40, 1, 8, 1. 2) et les donations faites peuvent aussi subir des restrictions (*Dig.*, 39, 5, 15).

(2) *Modestin, Dig.*, 48, 2, 20 : *ex judiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et (on attend nec) condemnatio fuerit secuta... ex ceteris delictis* (c'est-à-dire à l'exclusion de l'accusation de *repetundae* et de celle de lèse-majesté qui peuvent être formées même après la mort du coupable) *poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota sit, licet non fuit condemnatio secuta.* *Paul, Dig.*, 44, 7, 33 : *constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri quasi lite contestata cum mortuo.*

(3) *C. Th.*, 9, 36, 1. 2 (modifié *C. Just.*, 9, 44, 2). Les mots *C. Th.*, 9, 19, 2 = *C. Just.*, 9, 22, 22 : *(Anni) exordium testatae apud judicem competentem actionis nascetur auspicio* devaient dans l'esprit de l'auteur de la constitution se rapporter à l'inscription, mais dans le code de Justinien ils doivent vraisemblablement être entendus autrement.

(393) de *litis contestatio* du droit criminel (1). L'apparition de cette notion en droit criminel est surprenante. La procédure des *quaestiones* est certainement une institution hybride, issue de la combinaison de la procédure pénale privée et de la procédure pénale publique et la *litis contestatio* a dû s'y rencontrer, lorsque le procès était engagé par voie de *sacramentum* ou plus généralement par voie d'*in jus vocatio*. Mais la forme unilatérale et tout à fait prédominante en pratique de la *nominis delatio* exclut la liaison contradictoire de l'instance et il n'y a aucune considération théorique ou pratique qui milite pour l'extension de cette liaison contradictoire à la procédure des *quaestiones* en général. Ajoutons, comme argument d'un grand poids en ce sens, que les sources anciennes, par ailleurs si abondantes sur cette forme de procédure, ne parlent pas de *litis contestatio*. Celle-ci apparaît pour la première fois en droit criminel dans la science du droit du temps des Sévères et de l'époque postérieure. Cette extension s'explique très bien pour cette époque parce qu'elle répondait aux intérêts du fisc qui pouvait ainsi appliquer les peines d'un caractère patrimonial aux héritiers du coupable mort au cours du procès. Il est très vraisemblable que l'État s'est ici servi d'une théorie juridique ingénieuse pour se procurer de l'argent (2).

Réglementation
par le magistrat
de l'instruction
préalable
menée par
l'accusateur.

Tandis que dans la procédure pénale publique c'est au magistrat qu'il appartient de procéder à l'instruction et de four-

(1) Macer, (*Dig.*, 48, 16, 15, 5, nous montre que la *litis contestatio* du procès criminel (II p. 65 n. 1) est distincte de l'inscription et lui est postérieure: *qui post inscriptionem ante litem contestatam anno vel biennio agere non potuerint... in senatus consultum (Turpilianum) non incident*. La notion générale telle que l'empereur Septime Sévère la définit (*Cod.*, 3, 9, 1): *res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel editam actionem* (II p. 62 n. 2) *permultum interest: lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit* servira aussi de règle pour la *litis contestatio* du droit criminel.

(2) Cicéron, *Verr.*, I, 1, 6, 16: *vim in inquirendo tantam habui quantum mihi lex dabat*.

nir les preuves devant le peuple, c'est-à-dire de faire l'*anquisitio*; dans la procédure des *quaestiones*, l'instruction et la preuve à fournir devant le tribunal incombent à un particulier auquel on s'en remet en principe du soin de réunir, comme il le peut, les matériaux nécessaires à la prestation de la preuve. Mais la position d'enquêteur judiciairement institué donne jusqu'à un certain point à l'accusation du demandeur le caractère d'une *cognitio* de magistrat. Les pouvoirs plus étendus que ceux du simple particulier demandeur qui lui sont conférés pour partie par les lois organiques des *quaestiones* et pour partie par des délégations spéciales que lui fait le magistrat directeur du procès. Ce sont là des points que nous exposerons plus loin dans la Section des moyens de preuve. Lorsque l'instruction doit être conduite hors de Rome, l'enquêteur, semblable en cela au gouverneur de province, a près de lui comme auxiliaires un certain nombre de compagnons (*comites*), dont le maximum est fixé par la loi (1). Dans le procès de *repetundae*, l'enquête est poursuivie à l'époque impériale non par le représentant des victimes, mais par celles-ci elles-mêmes (2). (394)

Au nombre des actes qui préparent le procès, il faut encore mentionner, lorsque celui-ci doit aller devant des jurés, la constitution du jury par voie de tirage au sort ou par voie

Constitution
du jury.

(1) Cicéron, *Pro Flacco*, 6, 13 : *lege hac recenti ac nova (Julia repetundarum) certus est inquisitioni comitum numerus constitutus*. On ne peut concilier avec les paroles de Cicéron, *Divin. in Caec.*, 16, 41, l'affirmation qu'une loi aurait prescrit d'adjoindre à l'accusateur un représentant de l'accusé (Plutarque, *Cato min.*, 21). Cette règle, si elle a jamais été posée, ne date que d'une époque postérieure.

(2) Si dans le procès de *repetundae* de l'époque impériale l'enquête sur les lieux n'est pas faite par l'avocat des victimes, mais par celles-ci elles-mêmes, (Pline, *Ep.*, 3, 9, 6. 29 sv. 5, 20, 1. 6) il n'y a pas là à proprement parler une dérogation aux règles ordinaires, car dans ce procès l'avocat occupe une situation intermédiaire entre celle de l'avocat, représentant des victimes, et celle de ministère public (II p. 35). La République suit ici la seconde conception, le Principat la première.

de proposition et de rejet, dont nous avons déjà parlé dans le Livre II (I p. 247 sv.). Nous ne savons pas clairement à quel moment de la procédure introductive d'instance cet acte a eu lieu ; il est vraisemblable que cette question a été différemment réglée dans les lois organiques des *quaestiones*. Ordinairement, la désignation des jurés pour chaque procès particulier a dû avoir lieu avant le commencement du débat contradictoire, afin de ne pas déranger inutilement la plus grande partie des jurés qui figurent sur la liste globale. Si, dans les procès provoqués par le meurtre de Clodius, le débat eut lieu devant la totalité des jurés convoqués dans ce but et si le tirage au sort de ceux qui devaient voter précéda immédiatement le vote lui-même (I p. 231 n. 1), il y a là évidemment une procédure exceptionnelle. L'*editio* que prescrit la *lex Acilia repetundarum* (I p. 251 n. 2) doit avoir lieu dans un délai de soixante jours qui commence vraisemblablement avec le jour de l'inscription de l'action. Ce délai se divise de la manière suivante : le demandeur désigne au défendeur dans l'espace des 20 premiers jours 100 jurés pris parmi les 450 noms qui figurent sur la liste électorale et pendant les 40 jours suivants le défendeur choisit dans les 100 noms qui lui ont été indiqués 50 jurés qui, avec le président, constituent la cour judiciaire. Par contre, le tirage au sort a dû le plus souvent fournir une liste de jurés comprenant ceux qui voteront et ceux qui seront récusés et la récusation a dû précéder immédiatement le début de la procédure contradictoire (1) de telle façon que les jurés écartés étaient libérés. — Il est vraisemblable que les différentes lois organiques des *quaestiones* ont posé pour ces actes des règles spéciales très variées.

(395)
Serments
des jurés.

Apparemment, l'ancien droit n'a pas connu le serment de celui ou de ceux qui sont appelés à prononcer la sentence. Les magistrats, ayant mission de rendre un jugement

(1) Cicéron, *Ad Att.*, 4, 16, 5 : *Drusus reus est factus* (pour prévarication ; le premier délit n'est pas connu) *u* *Lucretio iudicibus reiciendis a. d. V non Quint.*

ou de diriger un procès, n'ont jamais prêté de serment (1), et il est vraisemblable qu'il en a été de même au début pour les jurés. Mais de bonne heure déjà il semble qu'il ait été d'usage que le particulier, qui jugeait (2) ou votait (3) dans un procès, confirmât par un serment l'expression de sa conviction personnelle. Puis, les différentes lois sur l'accusation ont imposé au magistrat qui dirigeait le procès le mandat de faire prêter le même serment, avant le commencement des débats, aux jurés appelés à voter (4). C'est Justinien le premier qui a prescrit d'une manière générale le serment des juges (5). — Les noms des juges assermentés sont portés à la connaissance de tous par des affiches apposées au siège du tribunal (6).

Enfin, la fixation du jour de l'audience appartient au magistrat qui dirige le procès. On ne peut pas prouver que le

Fixation du jour
de l'audience.

(1) Le préteur qui dirige la *quaestio* ne prête aucun serment (Cicéron, *Verr.*, Act. 1, 10, 32). C'est par méprise que l'on a considéré comme un serment de juge (cpr. Liv. IV, sect. 41) celui pour l'omission duquel le *judex quaestionis* C. Junius est condamné (Cicéron, *Pro Cluentio*, 33-35).

(2) Cela était d'usage pour le juré du droit privé : Cicéron, *De off.*, 3, 40, 43, 44. *Acad. pr.*, 2, 47, 146. *Val. Max.*, 7, 2, 4. Quintilien, 5, 6, 4. *Cod.*, 3, 1, 14, pr. Sénèque, *Controv.*, 9, 2 [25], 11; *damnaturi* (en cas d'acquiescement, la prestation de serment s'imposait moins) *jurant nihil se gratiae, nihil precibus dare*. Ce serment n'est nullement prêté avant le commencement des débats, mais seulement au moment de rendre la sentence.

(3) C'est ce qui a lieu dans le tribunal sénatorial : le sénateur qui vote n'a pas encore prêté serment, mais au moment où il donne sa voix il la confirme par serment (Tacite, *Ann.*, 1, 74, 4, 21).

(4) *Lex repetundarum*, l. 36 [*praetor... qui in ea[m] rem iudices erunt ante quam primum causa d[ic]etur, apud se jurent facit*]; ils doivent jurer *pro rostris in forum [vorsus]* de remplir leur devoir, notamment d'entendre consciencieusement les témoins. Ce serment est mentionné fréquemment (Cicéron, *De inv.*, 1, 10, 48. *Pro Sex. Roscio*, 3, 8, 52, 152. *Verr.*, Act., 1, 10, 32. c. 13, 40. l. 1, 4, 9, 5, 8, 19; en outre, dans les scolies embrouillées sur les *Verr.*, p. 132, 143, 147, il est faussement indiqué comme serment *in leges*). Il était prescrit non seulement pour le délit de *repetundae*, mais aussi pour le procès de meurtre, vraisemblablement encore pour d'autres procès, peut être pour toutes les *quaestiones*.

(5) *Cod.*, 3, 1, 14.

(6) *Lex repetundarum*, l. 38.

(396) défendeur ait eu quelque influence dans la fixation de ce jour ; le magistrat tient au contraire un compte équitable des convenances du demandeur, lorsqu'une enquête est nécessaire, et accorde des délais proportionnés aux besoins de la cause (1). Toutefois ces délais paraissent n'avoir été fixés que par un accord intervenu entre le magistrat et le demandeur ; le premier accordait au second un certain laps de temps, mais le demandeur pouvait le cas échéant obtenir du magistrat que le jour de l'audience fût avancé (2).

Lorsque le demandeur amenait le défendeur devant le magistrat et qu'aucun autre obstacle ne s'y opposait, la citation pouvait être omise et le procès commencer immédiatement ; toutefois un pareil procédé était d'une rigueur exorbitante (3) et presque inapplicable, lorsque la procédure requérait la coopération de jurés ; la règle était donc que les parties et les jurés fussent convoqués pour un jour déterminé (4) en vue de l'accomplissement de la procédure qui devait avoir lieu sur le fon-

(1) Asconius, *In Scaur.*, p. 19 : *inquisitionis in Sardiniam itemque in Corsicam insulam dies tricenos* (c. à d. pour chaque île) *acceperunt*. Cicéron obtient pour l'instruction contre Verrès 110 jours, un autre accusateur 108 (*Verr.*, l. 1, 11, 30 cpr. act., 1, 2, 6). Tacite, *Ann.*, 13, 43 : *inquisitio annua*.

(2) Si Cicéron n'emploie que 50 jours au lieu de 110 pour réunir les matériaux de l'accusation (*loc. cit.*), la seule explication convenable de ce fait est d'admettre que le jour de l'accusation a été avancé d'autant. Cela est encore plus évident dans le cas de Scaurus, car ses accusateurs renoncent à l'enquête (ce que Cicéron, *Pro Scauro*, 11, 23, blâme) et hâtent le plus possible le procès en vue de l'élection prochaine des consuls. Les termes qui nous sont conservés de la *lex repetundarum*, l. 40 : [*praetor sei referre poterit facito quoque deicet nomen referre*, concordent avec ce que nous venons de dire. Le magistrat peut donc avancer la citation proprement dite, il ne peut pas la reculer (Festus, *v. referri*, p. 289) ; le délai accordé à l'accusateur ne détermine donc pas nécessairement l'époque pour laquelle la citation doit être faite.

(3) Dans le procès imaginaire de meurtre intenté contre Claude après sa mort (Sénèque, *Lud.*, 14), l'avocat, après la constitution du tribunal, sollicite une pause (*postulat advocacionem* ; sur l'expression, cpr Sénèque l'Ancien, *Contr.*, 3 *Praef.*, 17 et Sénèque le Jeune, *De ira*, 1, 28, 1, 3, 12, 4. *De tranq. an.*, 14, 3. *Ad Marc.*, 10, 4. *Nat. q.* 7, 10, 2), que le magistrat lui refuse. De même Pline, *Ep.*, 3, 9, 32.

(4) Asconius, p. 40 *ambo quaesitores Torquatus et Domitius* (dans le procès contre Milon pour cause de violence et de lèse-majesté) *prid. non Apr. reum adesse jusserunt* et souvent ailleurs.

dement de la loi visée par l'acte d'accusation (1). Lorsqu'aucun obstacle ne s'y opposait, ce jour était souvent le dixième après l'introduction de la demande (2); parfois le trentième (3). (397) Nous ne savons rien de précis sur la forme de la citation; ordinairement, la convocation devait être faite par un appariteur, toutefois la citation par voie d'*editio* était sans doute également possible, lorsque des lois spéciales n'en avaient pas disposé autrement (I p. 389).

Une remise d'audience s'imposait, lorsqu'au jour fixé pour la comparution le magistrat ne venait pas (4) ou lorsque les jurés ne se présentaient pas en nombre suffisant (5). Mais le tribunal pouvait aussi, à la demande de l'une ou de l'autre des parties, lever l'audience et la fixer à un autre jour, lorsque des motifs suffisants étaient donnés à l'appui de la requête (6). La représentation, exclue par ailleurs dans la procédure pénale, était ici admise pour permettre aux parties de s'excuser (7). Même

Remise
d'audience.

(1) Cicéron, *Pro Cluentio*, 58, 139 : *est iudicis... animadvertere, qua lege reus citetur.*

(2) Accusation de lèse-majesté de 688/66 : *cum P. Cassius praetor decimo die, ut mos est, adesse jussisset* (Asconius, in *Cornel.*, p. 59). Accusation de violence de 700/54, n. 5. D'après le récit de Plutarque (*Cic.*, 9), Cicéron, pendant sa charge de préteur des *repetundae*, cite pour le jour suivant une personne accusée devant lui vers la fin de l'année et lorsque les tribuns lui rappellent qu'il est d'usage de donner à l'accusé un délai d'au moins dix jours, il répond qu'il a ici fait abstraction de cette coutume dans l'intérêt même de l'accusé.

(3) Cicéron, *In Vat.*, 14, 33 : *edixeritne C. Memmius praetor e.e. ea lege (Licinia Junia) ut adesses die tricesimo?*

(4) Asconius, in *Cornel.*, p. 59.

(5) Cicéron, *Ad Q. fr.*, 2, 11, 1 : *decimus erat Caelio dies : Domitius (le questeur) iudices ad numerum non habuit.*

(6) *Dig.*, 48, 1, 10. Parmi les causes légitimes d'excuses, la maladie occupe la première place (Cicéron, *Verr.*, l. 1, 7, 20); c'est par une anomalie critiquable que la loi Tullia sur l'*ambitus* admettait cette excuse, mais frappait d'une peine pécuniaire celui qui l'invoquait (Cicéron, *Pro Mur.*, 23, 47 : *morbi excusationi poena addita est*). Lors de la citation, mentionnée II p. 70 n. 4 et assignant Milon à comparaître le même jour devant deux tribunaux, l'une des audiences fut reculée jusqu'à la fin de l'autre procès. *Cpr. Dig.*, 42, 1, 53, 2. l. 60.

(7) II p. 44 n. 2 Paul, 5, 16, 11. *Dig.*, 3, 3, 71. 48, 1, 13, 1. Même les textes conçus en termes plus généraux ne disent rien de plus : *Cod.*, 9, 2, 3 : *reos capitalium criminum absentes etiam per procuratorem defendi leges*

lorsque l'une ou l'autre des parties ne justifiait pas son absence, le tribunal pouvait, en vertu de son pouvoir d'appréciation, reculer le jour de la comparution (1). D'autre part, pour éviter que les procès ne trainassent en longueur, le droit de la dernière période fixait des délais maxima pour ces remises (2).
 (398) A la dernière extrémité, le défaut du demandeur entraînait la caducité de l'action, à moins que le défendeur, comme nous le dirons à propos des pénalités qui frappaient les accusateurs, ne préférât la continuation du procès pour intenter, après son acquittement, l'action de *calumnia*. Quant à l'accusé défaillant, on le soumettait, comme nous l'avons déjà exposé dans le Livre précédent (I p. 390 sv.), à la procédure par contumace, lorsqu'il s'agissait d'affaires pénales peu importantes, tandis que pour les délits graves le procès était suspendu sauf application ou sous réserve des moyens de coercition (3).

Ordre
des procès.

Cette fixation du jour de l'audience conduisait, lorsque plusieurs procès étaient dirigés ou tranchés par le même magistrat, à établir un ordre des procès, un *ordo* procédural (4). La date des introductions de demande servait en principe de règle directrice à cet égard ; on pouvait cependant s'en écarter et expé-

publicorum judiciorum permittunt. Ulpian, *Dig.*, 3, 3, 33, 2 : *et in capitalibus judiciis defensio datur*.

(1) *Dig.*, 48, 1, 10. Remise avec menace d'une peine : *Cod.*, 9, 1, 3.

(2) Paul, *Dig.*, 2, 12, 10 : *in pecuniariis causis omni[bus] dilatio singulis causis plus semel tribui non potest ; in capitalibus autem reo tres dilationes, accusatori duae dari possunt, sed utrumque causa cognita*. *Dig.*, 48, 5, 42 : *in crimine adulterii nulla danda dilatio est, nisi ut personae exhibeantur aut iudex... hoc causa cognita permiserit*.

(3) Cicéron, *Verr.*, 1, 2, 40, 99 : *ne tu ex reis eximerere, si ego ad diem non adfuissem*. Asconius, *In Cornel.*, p. 59 : *cum... citati accusatores non adessent, exemptum nomen est de reis Cornelii*. Si c'est sans faute de sa part que l'accusateur n'est pas venu à l'audience, l'acquiescement est nul (*Cod.*, 9, 2, 4). — Rien ne s'oppose à la reprise de l'accusation par une autre personne.

(4) L'édit impérial du Papyrus de Berlin 628, qui règle les appels, parle aussi l. 9 de l'*ordo cognitionum officii nostri*. De même, on réclame un *ordo aliquis postulationum* pour l'administration du gouverneur de province et on blâme toute partialité dans la tenue de cette liste (*Dig.*, 1, 16, 9, 4). Toutefois cette liste des procès est distincte de la liste des accusations proprement dites.

dier l'affaire hors tour (*extra ordinem*), soit eu égard aux délais accordés à l'accusateur pour l'enquête (1), soit à cause de la connexité des procès (2) ou de la gravité de l'affaire (3). Pour l'action de violence qui, semblable aux actions privées, ressortait du préteur urbain et était expédiée sous la présidence de *quaesitores* nommés par lui, le traitement hors tour était légalement prescrit (4). (399)

(1) En principe, ces délais servaient de règle pour le classement des procès et l'accusateur qui demandait un plus court délai pouvait espérer, comme cela eut lieu dans le procès de Verrès, devancer celui qui avait sollicité un plus long délai ; mais cela n'excluait pas la possibilité d'être trompé dans ce calcul, si le dernier n'utilisait pas complètement le délai qui lui avait été accordé.

(2) Cicéron, *Pro Cluentio*, 20, 55 : *C. Fabricium... reum* (à cause d'un meurtre par empoisonnement) *statim fecit utique ei locus primus constitueretur, propter causae conjunctionem* (avec un coupable qui vient d'être condamné) *impetravit*, 22, 59.

(3) Cicéron, *De inv.* 2, 19, 58 : *in quodam judicio cum venefici cujusdam nomen esset delatum et quia parricidii causa subscripta esset, extra ordinem esset acceptum*.

(4) Cicéron, *Pro Caelio*, 1, 1. *Caelius, ad fam.* 8, 8, 1 : *C. Sempronius Rufus... M. Tuccium accusatorem suum* (on ne sait pas à raison de quel délit, en tout cas il s'agit d'une action portée devant le préteur urbain, peut-être d'une action d'injures)... *reum lege Plotia de vi fecit hoc consilio, quod videbat, si extraordinarius reus nemo accessisset, sibi hoc anno causam esse dicendam*. Il en résulte que l'action de violence primait en droit les autres. Si après le meurtre de Clodius le parti de Milon présentait le cas comme une affaire de violence (I p. 231 n. 1), *ut extra ordinem apud quaesitorem* (ainsi Asconius, p. 44) ou *ut veteribus legibus tantummodo extra ordinem quaereretur* (ainsi Cicéron, *Pro Mil.*, 6, 14) on n'a pas besoin d'admettre que l'examen de cette affaire hors tour n'est dû qu'à la loi promulguée à cette occasion ; d'après la loi en vigueur sur la violence (*veteribus legibus*), l'action, dirigée par le président que nomme le préteur urbain, passe de plein droit avant les autres et *tantummodo* doit être rattaché à *veteribus legibus*. De même, l'action organisée par la loi Fuffia pour le cas de profanation de la fête de la Bonne Déesse, est portée devant le préteur urbain et traitée hors tour (I p. 230 n. 2).

LES MOYENS DE PREUVE

Avant d'exposer la procédure de la preuve, nous croyons convenable de reproduire ici ce que nous savons sur la théorie des moyens de preuve dans la procédure criminelle romaine; la valeur de ces différents moyens sera indiquée plus loin, lorsque nous parlerons de la reddition de la sentence.

Exclusion
de la preuve
formelle dans
la procédure
pénale.

Conformément au caractère éthique du droit pénal, la prestation de la preuve ne repose pas ici sur des éléments formels tels qu'en admet le droit privé; la *sponsio* et la délation de serment sont des moyens propres à résoudre des questions litigieuses formelles, ils ne peuvent jamais donner cette conviction de la réalité du délit prétendu sans laquelle le tribunal répressif ne doit pas condamner. Par conséquent, l'aveu n'est pas non plus en droit pénal, comme en droit civil, assimilé au jugement. Evidemment, la conviction dont il est ici question ne peut être que celle des études historiques; elle exige un examen intelligent et consciencieux et elle évite autant que possible toute erreur positive en s'abstenant, dans le doute, de condamner, de telle façon que l'acquittement ne proclame pas l'innocence de l'accusé, mais indique seulement que la culpabilité n'a pas été établie. Les nombreux moyens qui donnent au juge la conviction de la culpabilité de l'accusé ne sont pas exposés systématiquement, ni complètement, dans nos sources juridiques; les plus importants d'entre eux et les

seuls dont la réglementation chez les Romains puisse être établie avec précision sont, d'une part, les dires des accusés et des témoins, d'autre part, tout le matériel de preuves obtenu par voie de perquisition domiciliaire. Il me paraît inutile de traiter ici en détail soit des inspections matérielles par le magistrat (1) qu'on voit fonctionner en matière d'injure, soit des autres modes de connaissance qui peuvent être utilisés dans la procédure de la preuve ; car les renseignements que nous possédons à cet égard sont insuffisants pour permettre un exposé général de la matière. Dans la présente Section, nous nous occuperons principalement de la procédure d'accusation tout en tenant compte cependant de la procédure pénale primitive et de la *cognitio*. (401)

A. Déclaration et Témoignage des Personnes libres.

Le dire, la déclaration d'une personne sur un fait d'importance juridique se présente en droit pénal comme aveu, lorsqu'il charge le déclarant lui-même ; il est dans tous les autres cas un témoignage. Bien qu'à ces deux points de vue il n'y ait pas de différence en fait entre la déclaration des personnes libres et celle des esclaves, toutes deux sont cependant soumises à des règles juridiques différentes et reçoivent des noms différents ; il faut notamment relever que la notion de témoignage, le *testimonium*, se restreint aux personnes libres. Il est donc nécessaire de séparer les deux catégories de dires. Nous traiterons tout d'abord de la déclaration et notamment du témoignage des personnes libres, soit au point de vue de leur recevabilité ou de leur irrecevabilité, soit au point de vue de leur caractère facultatif ou obligatoire, soit au point de vue de la forme à donner à ces déclarations.

Lorsqu'une personne libre fait une déclaration, sa condition

Déclaration
des personnes
libres.

Interdiction
légale
d'être témoin.

(1) En cas d'action privée pour cause d'injures graves, le préteur peut pour régler la formule procéder à une inspection (*Dig.*, 2, 12, 2). Mais une pareille intervention personnelle du magistrat se rencontre très rarement dans la procédure pénale avec parties.

(402) personnelle n'est en principe prise en considération dans la procédure d'instruction criminelle que pour l'appréciation de cette déclaration et non pour sa réception. Les preuves ne manquent pas qui nous montrent des témoignages fournis dans la procédure pénale romaine par des femmes (1) et même par des enfants (2). Pour les esclaves eux-mêmes, la forme de la déposition est seule différente. Par contre, les considérations d'affection ont ici un effet restrictif. En vertu d'une règle traditionnelle qui remonte vraisemblablement à la procédure pénale originaire relevant du magistrat, le pouvoir du magistrat d'interroger toute personne en la contraignant à répondre subit des restrictions, lorsque le répondant pourrait par sa déclaration charger d'une manière indécente des personnes qui lui sont proches. Cette règle s'applique :

1. entre ascendants et descendants (3);
2. entre celui qui affranchit et ses descendants, d'une part, l'affranchi et ses descendants, c'est-à-dire les clients, d'autre part (4); d'après la coutume postérieure, seulement entre le

(1) On mentionne fréquemment des déclarations de femmes dans la procédure pénale. Cicéron, *Verr.* l. 1, 37, 94 : *cur... feminas in tantum virorum conventum insolitas invitatasque prodire cogis?* 5, 49, 129. Schol. Bob. in *Clodium et Curionem*, p. 336, 338. Asconius, in *Mil.*, p. 41. Tacite, *Ann.*, 2, 34, 3, 49. Suétone, *Caes.*, 74. *Claud.*, 45, 40. *Dig.*, 22, 5, 18, 28, 1, 20, 6.

(2) Témoignage d'un *praelectatus* : Cicéron, *Verr.* l. 1, 37, 94. l. 2, 33, 80; cpr. l. 1, 58, 151.

(3) Paul, 5, 13, 3 = *Coll.*, 9, 3, 3 : *adversus se invicem parentes et liberi... nec volentes ad testimonium admittendi sunt.* *Dig.*, 22, 5, 9. *Cod.*, 4, 20, 3, c. 6. Des exceptions, comme celle que nous rapporte Tacite, *Ann.*, 4, 28-30, montrent que cette règle, comme toutes celles du même genre, n'avait pas un caractère obligatoire, notamment pour les procès devant des autorités souveraines.

(4) Sur la conception qui considère le client comme ayant succédé historiquement à l'affranchi, cpr. *St. R.*, 3, 75 sv. [*Dr. publ.*, 6, 1, p. 83 sv.]. Cette règle est rattachée à une loi de Romulus chez Denys d'Halicarnasse, 2, 10 : *κοινή δ'ἀμφοτέρους οὔτε θέμις ἦν κατηγορεῖν ἀλλήλων ἐπὶ δίκαις ἢ καταμαρτυρεῖν* et Plutarque, *Rom.*, 13. Caton, chez Aulu-Gelle, 5, 13 : *adversus cognatos pro cliente testatur, testimonium adversus clientem nemo dicit.* Cette règle relative à la clientèle fut encore appliquée dans un procès contre Marius (Plutarque, *Mar.*, 5). Elle vise tout d'abord l'action privée, notamment l'action privée délictuelle et par suite aussi l'accusation; elle ne concerne pas la procédure pénale publique en elle-même, mais le ma-

patron et son fils, d'une part, et l'affranchi lui-même, d'autre part (1);

3. entre l'accusé et celui qui l'assiste dans le procès, c'est-à-dire le *patronus* au sens que ce mot reçoit ici (2).

A ces restrictions relatives s'en ajoute une autre qui va directement à l'encontre du principe d'après lequel on a le droit d'exiger la déposition de toute personne capable de fournir un témoignage; en effet, la loi a frappé de l'incapacité d'être témoins ceux qui ont été condamnés au criminel (3) et une série d'autres personnes disqualifiées pour des causes diverses (4). Cette restriction est due à l'influence de la notion (403) originaire de témoignage, étrangère à la procédure et visant le caractère officiel de certitude que le concours de

gistrat aura cependant à tenir compte ici des liens qui unissent le témoin à l'accusé.

(1) *Lex coloniae Genetivae*, c. 95, et Paul, 5, 15, 3 = *Coll.*, 9, 3, 3 (cpr. Paul, 1, 12, 3; *Dig.*, 48, 1, 1, 9; *Cod. Th.*, 9, 6, 4 = *C. Just.*, 4, 20, 12) ne nomment que le patron et l'affranchi; l'allusion à la *lex Julia de vi*, *Coll.*, 9, 2, 2 = *Dig.*, 22, 5, 3, 5 (cpr. *Dig.*, 47, 10, 5, *pr.*) mentionne aussi le fils du patron.

(2) Cela se rattache vraisemblablement à ce que le patronat originaire obligeait à donner l'assistance en justice (*St. R.*, 3, 82 n. 4 [*Dr. publ.*, 6, 1, 91, n. 2]); mais l'incapacité de témoigner, indispensable au fond, a été transportée en même temps que le nom à l'avocat librement choisi. Cicéron, *Verr.*, 1, 2, 8, 24 : *te* (Hortensius) *mihî testem in hoc crimine eripuit... legis exceptio*. Charisius, *Dig.*, 22, 5, 25 : *mandatis cavetur... ne patroni in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicant*.

(3) Déjà dans la loi latine de Bantia de l'époque républicaine, on cite parmi les peines ordonnées pour un délit (dont on n'a pas encore pu établir l'espèce) l. 3 : [*neive is testimonium deicito neive quis mag. testimonium poplice ei de[n]tatiato neive den]ontari [sinito]*. La même règle est exprimée dans la *lex Julia repetundarum* (*Dig.*, 1, 9, 2, 22, 5, 15, *pr.* 28, 1, 20, 5, 48, 11, 6, 1) et dans la loi d'Auguste contre l'adultère (*Dig.*, 22, 5, 18, 28, 1, 20, 6). Elle est aussi formulée d'une manière générale au regard de tous ceux qui sont condamnés au criminel (car c'est en ce sens qu'il faut entendre la disposition de la *lex Julia judiciaria* *Coll.*, 9, 2, 2 = *Dig.*, 22, 5, 3, 5) comme de tous ceux qui sont condamnés dans une action récursoire criminelle pour cause de *calumnia* (*Dig.*, 22, 5, 13) et de tous ceux qui ont été exclus du Sénat à cause de leur turpitude (*Dig.*, 1, 9, 2).

(4) La *lex Julia judiciaria* cite encore comme exclus : les témoins subornés, — les personnes qui sont en prison préventive (accusés au criminel : *Dig.*, 22, 5, 20), — les mignons de débauche et les prostituées (il n'en est pas tenu compte au tribunal impérial : Suétone, *Claud.*, 15), — ceux qui se sont loués pour les combats de bêtes.

tierces personnes donne à certains actes du droit privé ; par suite de cette conception primitive, la capacité d'être témoin est refusée aux femmes (1) et peut être enlevée à toute personne à titre de peine (2). L'assimilation des témoins de l'instruction et des témoins de publicité s'explique dans une certaine mesure par ce double fait que les premiers font ordinairement leur déposition en public, soit devant le peuple dans la vieille procédure pénale, soit devant les jurés dans le système de l'accusation, et que cet acte est en quelque sorte regardé comme l'accomplissement d'un service public. En conséquence, on écarte ici le plus possible les individus indignes ; quand le témoignage de ceux-ci paraît indispensable en fait, on a recours à la forme secondaire de déposition, dont nous parlerons plus loin et qui se réalise par voie de déclaration extrajudiciaire (3).

L'obligation de déposer dans la vieille procédure pénale publique.

(404)

L'importante question de savoir, si la personne interrogée dans un procès pénal est libre de donner une réponse ou peut y être contrainte, est, dans l'ancien droit, simplement et, dans un certain sens, complètement dominée par cette règle générale que le magistrat a le pouvoir juridiquement illimité de poser des questions (4), tandis que cette faculté fait défaut au simple particulier. Donc, dans l'action privée, même dans l'action délictuelle, l'une des parties ne peut contraindre ni son ad-

(1) La femme est privée du *jus testimonii* d'après Aulu-Gelle, 7, 7 (de même Plutarque, *Popl.*, 8), mais il ne s'agit là que de la faculté d'être témoin dans un acte solennel et non de la faculté de faire une déposition dans une procédure de preuve (*Dig.*, 28, 1, 20, 6).

(2) Nous exposons dans le Livre V à propos des peines la notion d'instabilité active et passive. Cette dernière, l'incapacité de fournir un témoignage de solennité, atteint moins l'incapable que le tiers innocent qui l'appelle à l'acte. Ainsi s'explique qu'en pratique on se soit efforcé plus tard de restreindre au témoignage probatoire l'incapacité de témoignage prononcée par le droit pénal. Ulpien, *Dig.*, 28, 1, 20, 5 : *eum qui lege repetundarum damnatus est ad testamentum adhiberi posse existimo, quoniam in judicium testis esse vetatur*. Par contre Paul dit, *Dig.*, 22, 5, 15, *pr.* : *repetundarum damnatus nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest*.

(3) Les preuves manquent.

(4) *St. R.*, 1, 200 sv. [*Dr. publ.*, 1, 228 et sv.].

versaire ni une tierce personne à déposer sur la matérialité des faits avancés (1) et le magistrat qui instruit le procès ne fait pas usage de ses pouvoirs dans ce but (2). Dans la procédure publique, dont la manifestation suprême est le procès des magistrats et des comices, la situation est absolument contraire, sans qu'il y ait à distinguer si l'on impute une faute à la personne interrogée ou si on lui demande simplement un témoignage et que l'interrogation ait lieu dans une simple *cognitio* ou dans l'*anquisitio* après introduction formelle de l'accusation (3). En outre, le nombre des témoins que le magistrat peut citer n'est pas limité en soi et l'on ne trouve aucune trace de la fixation d'un maximum. Il y a sans aucun doute dans la règle générale précitée une restriction essentielle des droits de la défense; car, dans la *cognitio* et plus nettement encore dans l'*anquisitio* qui suppose cette dernière et la renouvelle, l'accusé n'a pas la faculté légale de faire comparaître des témoins à décharge; il peut seulement, s'il a fait appel en vain à l'équité du magistrat instructeur, provoquer grâce à la protection tribunicienne l'admission d'un témoin contrairement à la volonté du juge répressif. — Ce droit du juge répressif d'interroger l'accusé et, en outre, son droit exclusif de citer des témoins ne se rencontrent pas seulement à l'époque républicaine dans la procédure relevant exclusivement du magistrat et dans celle des magistrats et des comices, ils s'étendent aussi à la *cognitio* du Principat. L'interrogatoire de l'accusé prend ici la première place parmi les moyens de preuve (4) et l'accusé

(1) Le fait d'accepter d'être témoin dans un acte solennel fonde l'obligation de prêter témoignage relativement à cet acte, mais il n'y a là qu'une contrainte indirecte.

(2) Le prêteur contraint le défendeur à répondre dans la mesure où une déclaration de sa part est nécessaire pour la procédure *in jure*, c'est-à-dire pour l'instruction du procès; tel est le fondement des *interrogationes in jure* du droit civil. Mais celles-ci ont un champ d'application très restreint et une pareille contrainte ne s'étend pas partout au *judicium*.

(3) Les preuves directes manquent; mais on ne trouve aucune trace d'une restriction de ce genre pour le pouvoir répressif des consuls et des tribuns.

(4) Les procès de chrétiens les plus anciens et dont le récit nous est

- (405) n'a aucun moyen juridique pour influencer sur la citation des témoins, comme cela avait été possible dans l'ancien droit par l'intervention des tribuns.

Moyens pour
contraindre aux
déclarations
dans
la procédure
pénale relevant
des magistrats.

Quant aux moyens de contrainte dont disposent les autorités répressives en cas de refus d'aveu ou de témoignage, il nous suffit de renvoyer aux pouvoirs donnés au magistrat romain dans la coercition (I p. 45 sv.); celui-ci a dû notamment se servir dans ce but de l'emprisonnement (1) et des amendes pécuniaires. Mais la correction et tout autre tourment corporel, tels qu'ils sont permis en pareil cas dans beaucoup d'États grecs parvenus à un haut degré de civilisation (2), ont été, d'après les sources, interdits de tout temps à Rome (3), non seulement vis-à-vis du citoyen romain, mais même vis-à-vis de toute personne libre. Cette généralité de l'interdiction

Interdiction
de la torture
à l'époque
républicaine.

parvenu de la manière la plus digne de foi ont lieu en général sans accusateur et consistent principalement dans un interrogatoire de ce genre; car, en cas d'aveu de l'inculpé, on néglige toute autre preuve. C'est ainsi que dans les Actes des martyrs scyllitains de 180 (la meilleure édition de l'original latin dans Robinson, *Texts and Studies*, 1, 2, 1891, p. 112; traduction grecque dans *Bonner Universitätsprogramm*, 1881) le proconsul dit finalement : *perseveras Christianus?* et les accusés répondent affirmativement. On trouve des interrogatoires de ce genre entrepris par le magistrat dans les actes de Perpétue (c. 6) sous Septime Sévère et dans ceux de Pionius en 250 (c. 19 du texte grec) de Cyprien en 258 et ailleurs. La procédure suivie contre l'apôtre Paul (*Act. ap.*, 23, 7-12) et celle contre le Christ lui-même se présentent comme des interrogatoires. De même Ammien, 29, 1, 23, 33.

(1) Chez Tite-Live, 6, 43, le dictateur invite M. Manlius à poursuivre la dénonciation de détournement qu'il a formulée contre le gouvernement et comme celui-ci refuse de répondre on le mène en prison. Il n'y a pas là de preuve historique, mais une description exacte au fond.

(2) Chez les Athéniens et les Rhodiens, nous dit Cicéron, *Part. orat.*, 34, 113 : *etiam, id quod acerbissimum est, liberi cives torquentur.*

(3) Du moins, il semble que la puissance paternelle, sur laquelle le pouvoir du magistrat a été calqué, contenait déjà le droit de mettre le fils de famille à mort et non celui de le soumettre à la torture et il n'y a pas de légende qui mentionne la suppression de la torture pour les hommes libres. — Le droit de correction qui appartient au magistrat (I p. 35), mais qui ne se confond pas avec la torture (II p. 93 n. 3), peut en fait aboutir au même résultat que celle-ci. Toutefois la coutume a interdit au magistrat de se servir de ce droit vis-à-vis des personnes libres pour les contraindre à faire des déclarations d'ordre procédural.

n'a en elle-même rien d'in vraisemblable; car la liberté et l'esclavage ont été considérés en droit romain comme des institutions internationales (1). Cette règle qu'on peut compter avec raison au nombre des bienfaits de la civilisation romaine n'a pas subi, que nous sachions, d'exception pendant la période républicaine (2). — Mais avec l'avènement du Principat ce fondement de la constitution romaine commence à s'ébranler. Dès le commencement de l'Empire, la torture est appliquée à l'homme libre accusé d'un délit. Selon toutes les apparences, cette pratique n'est pas consacrée par une prescription législative, mais elle vient d'usages suivis par les deux tribunaux suprêmes et souverains de l'Empire, chez lesquels revit la procédure des magistrats et des comices. A vrai dire, le fondateur du Principat ne l'a pas permise (3) et l'empereur Claude a encore promis par serment, lors de son avènement, de ne pas soumettre les personnes libres à la torture (4). Mais déjà sous Tibère des accusés ont été, sur l'ordre des tribunaux suprêmes, soumis à l'interrogatoire avec torture (5). Pendant les deux siècles suivants, ce

(406)

Application
de la torture
sous
le Principat.

(1) Dans cette conception, on s'est laissé guider par le respect de la personnalité de l'homme libre et non par cette considération que la déclaration obtenue par contrainte est moins digne de foi. C'est ce que prouvent les règles appliquées aux déclarations des esclaves.

(2) Si Denys, 3, 73, nous rapporte que les meurtriers de Tarquin l'Ancien furent amenés par la torture à avouer, il y a là certainement une invention faite après coup. Si, dans l'instance criminelle de 544/210 (Tite-Live, 26, 27, 9), la torture est appliquée non seulement aux esclaves des ancêtres Campaniens, mais à ces *deditici* eux-mêmes, cela tient à ce que ces derniers sont à peine considérés comme étant réellement libres. L'exécution capitale avec accompagnement de tourments corporels, telle que nous la rencontrons lors des proscriptions de Sylla et aussi pendant les horreurs de la guerre civile, n'a rien de commun avec la torture appliquée dans la procédure de la preuve.

(3) Auguste a nié sous la foi du serment avoir soumis à la torture le préteur Q. Gallius (Suétone, *Aug.*, 27).

(4) Dion, 60, 24.

(5) Les procès de lèse-majesté rapportés par Suétone, *Tib.*, 58 (de là vient sans doute Dion, 57, 19), qui se déroulent, le premier devant le Sénat et le second vraisemblablement devant l'empereur, sont les premières preuves certaines en ce sens; car, s'il est ici question de torture, il ne peut s'agir de la torture régulière qui s'applique aux esclaves.

procédé a été employé ou non suivant les tendances dominantes du gouvernement. Il a naturellement été utilisé de préférence dans les procès de lèse-majesté (1), sans qu'on puisse entrevoir une règle ferme en ce sens et il a été vraisemblablement considéré comme un moyen de contrainte extraordinaire qui n'appartient pas de plein droit aux tribunaux ordinaires. L'application de l'interrogatoire avec torture a été réglée par la distinction juridique des personnes de rang supérieur et de celles de rang inférieur (2), qui, du moins dans sa formule la plus nette, ne remonte qu'aux empereurs Marc-Aurèle et Vêrus (161 à 169) : les premières ont été exemptes de la torture, les secondes ont été à cet égard rapprochées des esclaves. Jouissent de cette exemption : la noblesse sénatoriale héréditaire (3), les personnes de rang équestre formant la seconde classe des fonctionnaires (4), les décurions des cités et leurs enfants (5). Ce privilège s'est étendu aussi aux soldats en service ou sortis du service et à leurs enfants (6). Il ne s'applique toutefois qu'en principe à la

(1) Preuves pour l'époque de Claude : Dion, 60, 24 ; pour celle de Néron : Tacite, *Ann.*, 11, 22, vraisemblablement au regard du Sénat ; le même, 15, 56, au regard de l'empereur ; pour l'époque de Domitien, en cas de procès pontifical : Suétone, *Dom.*, 8.

(2) *Cod.*, 9, 41, 41. L'exemption de la torture dont jouit le soldat est mentionnée pour la première fois comme exceptionnelle par Tarruntenus Paternus († 183. *Dig.*, 49, 16, 7). Les débuts de cette distinction remontent vraisemblablement jusqu'à Tibère. Nous parlons en détail dans le Livre V, à propos du taux des peines, de cette distinction des *honestiores* et des *humiliores* ou *plebei*.

(3) *C. Th.*, 9, 35, 3 = *C. Just.*, 12, 1, 10. *Honore praediti* : *C. Th.*, 9, 46, 6 = *C. Just.*, 9, 18, 7. *Genus aut dignitas* : *C. Th.*, 9, 35, 1 = *C. Just.*, 9, 8, 4.

(4) Sont exempts les classes des *eminentissimi* et des *perfectissimi* (*Cod.*, 9, 41, 41 ; Lactance, *De mort. pers.*, 21 : *torquebantur ab eo* — Galère sous Dioclétien — *non decuriones modo, sed primores etiam civitatum egregii ac perfectissimi viri*) et auparavant du moins le chevalier romain (*C. Th.*, 6, 36, 1 = *C. Just.*, 12, 31, 1, où la rédaction récente a rayé les chevaliers). Les *officiales*, par exemple les *numerarii* (*C. Th.*, 8, 1, 4. 6. 8. 9. *C. Just.*, 12, 49, 1. c. 2), ne sont pas exempts.

(5) Ulpien, *Cod. Just.*, 9, 41, 11, 4. *C. Th.*, 8, 2, 4 (= *C. Just.*, 10, 7, 1, 2). 9, 35, 2 (= *C. Just.*, 9, 41, 16). 12, 1, 47. 80. *Cod.*, 10, 32, 33. Lactance, *De mort. pers.* 21 (n. 4). Ce privilège subsiste même au profit de celui qui a été décurion (*Dig.*, 50, 2, 14). Une exception : *Cod.*, 9, 22, 21, *pr.*

(6) Tarruntenus Paternus, *Dig.*, 49, 16, 7. Modestin, *Dig.*, 49, 16, 3, 10.

procédure pénale; dans le procès de lèse-majesté (1), de même que dans les procès de magie (2) ou de faux (3) qui lui sont étroitement apparentés l'accusé est, sans distinction de rang, soumis à la torture. — La torture de l'homme libre qui comparait comme témoin est assimilée, au point de vue des principes, à celle de l'accusé libre qui nie; car juridiquement ce dernier doit aussi être considéré comme n'étant pas coupable, mais on comprend que la torture du témoin n'ait été admise que pendant la dernière période et seulement dans une mesure restreinte. Nous la trouvons appliquée pour la première fois à l'époque de Septime Sévère en cas de dépositions incertaines et contradictoires (4). Depuis Constantin, les hommes libres appartenant à la populace sont traités à cet égard (408) comme les esclaves (5) et dans le procès de lèse-majesté aucune différence n'est faite au point de vue de la torture entre les accusés et les témoins (6).

C. Th., 9, 35, 1 (= *C. Just.*, 9, 8, 4). *Cod. Just.*, 9, 41, 8, *pr.* — D'après des constitutions qui ne sont pas passées dans les lois de Justinien (*C. Th.*, 8, 1, 5, 7, 8.), cette exemption ne s'étend pas aux appariteurs militaires, notamment aux *numerarii* et aux *actuarii* préposés au paiement de la solde, que Constantin sépara des soldats et compta parmi les personnes (*condicionales*: Tertullien, *De idol.*, 12; *C. Th.*, 10, 1, 5, 12, 7, 3, 14, 9, 2. *Cod. Just.*, 8, 17, 11) occupant une position officielle ou quasi-officielle (*condicio*).

(1) Paul, 5, 29, 2. Constantin dans l'édit de *accusationibus*: Bruns, *Fontes*, p. 249 (= *C. Th.*, 9, 5, 1 = *C. Just.*, 9, 8, 3). *C. Th.*, 9, 33, 1 (= *C. Just.*, 9, 8, 4). c. 2 (= *C. Just.*, 9, 41, 16, 1). Ammien, 19, 12, 7, rattache cela à tort aux *leges Corneliae*. Les historiens de la dernière période donnent des preuves malheureusement trop nombreuses de tortures de ce genre (ainsi Ammien, 18, 3, 5, 21, 16, 9, 26, 10, 5, 29, 2, 25-28). Pour les témoins, cpr. n. 6. Pour les personnes d'un rang élevé, on adresse sans doute une demande préalable à l'empereur. (*C. Th.*, 9, 35, 1. Ammien, 19, 2, 9 : *per elogium principis torqueri praeceptus* 28, 1, 10, 1).

(2) *C. Th.*, 9, 16, 6 = *C. Just.*, 9, 13, 7. Ammien 29, 1, 6-40. Zosime, 4, 13-15.

(3) *C. Th.*, 9, 19, 1 = *C. Just.*, 9, 22, 21.

(4) Callistrate (sous Septime Sévère) *Dig.*, 48, 18, 15, *pr.* : *ex libero homine pro testimonio non vacillante questionem haberi non oportet*.

(5) Charisius (sous Constantin), *Dig.*, 22, 5, 21, 2 : *si ea rei condicio est, ubi harenarium testem vel similem personam admittere cogimur, sine tormentis testimonio ejus credendum non est*. L'incertitude de la ligne de démarcation nous montre d'une façon caractéristique de quel pouvoir jouissait le magistrat dans le système de la *cognitio* arbitraire qui domine la dernière période.

(6) Charisius (*Dig.*, 48, 18, 10, 1) : *omnes omnino in majestatis crimine, quod*

Le droit pour
l'accusateur
de citer
des témoins.

Tandis que la procédure pénale relevant des magistrats est dominée tant sous la République qu'à l'époque impériale par le principe que certaines personnes peuvent y être contraintes à faire des déclarations, la procédure d'accusation de l'époque républicaine, issue de l'action privée et modelée principalement sur elle, est soumise au principe opposé, non sans que celui-ci subisse toutefois des restrictions essentielles.

Le droit d'interroger l'accusé qui appartient au magistrat chargé de la juridiction répressive ne compète pas dans la procédure d'accusation au demandeur malgré sa position analogue à celle d'un magistrat et le magistrat qui dirige ici le procès n'intervient pas de cette façon dans les débats ; la procédure d'accusation ne connaît pas plus d'interrogatoire que l'action privée. Mais, à l'instar de ce qui a lieu dans l'action privée d'amende pour la communauté (1), les lois qui réglementent les différentes *quaestiones* accordent au demandeur le droit de citer des témoins jusqu'à concurrence d'un certain chiffre maximum (2) ; d'où l'on distingue les témoins suivant qu'ils comparaissent librement ou qu'ils sont légalement obli-

ad personam principum attinet (c.-à-d. en cas de perduellion proprement dite : *Dig.*, 48, 4, 11. *Cod.*, 9, 41, 1, pr.), *si ad testimonium provocentur, cum res exigit, torquentur*. Lorsqu'il est question de la torture des témoins, sans que la nature de l'affaire soit précisée (ainsi *C. Th.*, 9, 37, 4 = *C. Just.*, 9, 42, 3, 3), il est vraisemblable que c'est surtout au procès de lèse-majesté qu'on songe.

(1) Cette procédure qui appartient surtout à l'action d'amende, c.-à-d. au plus ancien *judicium publicum* précurseur de l'accusation criminelle, a été traitée dans le Livre II (I p. 212 n. 1 et n. 3), même au point de vue du pouvoir de citer les témoins qui y est accordé au demandeur. Le nombre des témoins qui peuvent être cités est limité par la loi, même pour le cas où c'est un magistrat qui intente l'action, car l'action privée exclut le témoignage obligatoire et ne l'admet qu'en vertu d'une exception légale.

(2) *Lex repetundarum* l. 34 : [*is qui petet sei quos ad testimonium deicendum evocari]t secumve duxerit dumtaxat homines III (= 48)*. Val. Max. 8, 1, 10 : *cum accusator* (de M. Aemilius Scaurus pour cause de *repetundae* 700/54) *diceret lege sibi C et XX hominibus testimonium denuntiare licere* Cicéron., *Verr.*, I, 4, 49, 51. *Pro Flacco*, 43, 35. 36; Pline, *Ep.*, 3, 9, 29. Le chiffre de dix du vieux *judicium publicum* (I p. 212 n. 2) est donc régulièrement dépassé. Mais à l'époque impériale, ces chiffres sont réduits (*Dig.*, 22, 5, 1, 2. I. 3, 6).

gés de venir déposer (1). La citation est faite par le demandeur. Elle a lieu régulièrement dans l'intervalle entre l'admission du demandeur à l'accusation et le jour fixé pour cette accusation. Ce délai lui est en effet principalement donné pour choisir les témoins et s'assurer de leur concours (II p. 70 n. 2); toutefois, si au jour de l'audience on reconnaît qu'il est nécessaire de citer un autre témoin, il n'est pas interdit de le citer après coup (2). Pour la citation, on met à la disposition du demandeur les ressources de la puissance publique et il peut vraisemblablement s'en servir de la même manière et dans la même mesure que le magistrat dans la vieille procédure (3). Le cas échéant, le tribunal connaît des causes d'excuses (4) et prononce la peine qui lui paraît convenable si le défaut n'est pas justifié. Lorsque le témoin non volontaire comparait et refuse de déposer, le magistrat qui préside peut, à la requête du demandeur, user contre ce témoin de son pouvoir de coercition; toutefois nous ne connaissons pas un seul cas de ce genre et le demandeur a dû, dans le choix des témoins, avoir principalement soin que les dépositions lui soient favorables. L'indemnité, qui ne pouvait pas être refusée au moins aux témoins contraints de comparaître, était à la charge du demandeur pour les témoins qu'il avait produits (5). Sont sous-

(1) Quintilien, 5, 7, 9: *duo genera sunt testium, aut voluntariorum aut eorum quibus in judiciis publicis lege denuntiari solet, quorum altera pars utroque utitur, alterum accusatoribus tantum concessum est.* Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 38, 110: *id quod ex ipsis cognoscere poteritis, si accusator voluerit testimonium eis denuntiare.*

(2) Telle est du moins la conjecture à laquelle conduit la *lex coloniae Genetivae*, c. 95, qui donne au juge répressif la mission d'assurer la comparution non seulement des témoins liés par une obligation, mais encore de ceux qui in testimonio dicendo nominati erunt.

(3) Cicéron, *Verr.*, 1, 2, 26, 64, s'appuie, pour faire les citations de ses témoins siciliens, sur la loi et sur un écrit de Glabrio, président de la *quaestio*, et il donne la liste de ces témoins au gouverneur de Sicile (2, 27, 65: *nomina edidi Metello*).

(4) Suétone, *Claud.*, 15.

(5) Dioclétien exprime cette règle d'une manière générale pour les témoins produits dans la procédure d'appel (*Cod.*, 7, 62, 6, 2). Cicéron, *Pro Flacco*, 6, 14, parle du *largum et liberale viaticum* attribué aux témoins du

(410) traits à l'obligation de déposer, abstraction faite des personnes frappées de l'incapacité de témoigner (II p. 75 sv.), les parents de l'accusé (1) et ceux qui lui sont liés par les liens du patronat (2), de même que certaines autres catégories de personnes par considération pour leur âge (3), leur éloignement du lieu (4) et leur position (5); tous ces individus ne peuvent venir comme témoins qu'à raison d'un acte libre de leur volonté. — L'accusé a également le droit de produire des témoins, mais il est aussi dépourvu de moyens de contrainte à cet égard dans la procédure d'accusation que dans celle de *cognitio* (6). Il y a là une manifestation particulièrement énergique de l'analogie qui existe entre la situation du demandeur et celle d'un magistrat. Quant à l'accusé, on semble ici, plus encore que dans l'*anquisitio* où le magistrat est du moins moralement obligé d'être impartial, le négliger d'une manière injuste. Cela a donné lieu à des plaintes et à des règles d'exception dans certains cas, notamment en matière d'*ambitus* (7). — Ces règles ne sont restées que dans une certaine

demandeur. 18, 41. *Dig.*, 22, 5, 3, 4. *Cod.*, *Th.*, 9, 37, 4, 11, 39, 13 (= *C. Just.*, 4, 20, 11). *Cod.*, 4, 20, 16, 1.

(1) La *lex Julia* sur les *judicia publica* les exempte jusqu'à la limite de la parenté cognatique (*Coll.*, 9, 2, 3 = *Dig.*, 22, 5, 4, epr. 5; *lex coloniae Genetivae*, c. 95; Paul, 5, 15, 2 = *Coll.*, 9, 3, 2; *Dig.*, 38, 10, 10, pr.). Les oscillations de cette limite (*Val. fr.*, 299, 301 et ailleurs) ne peuvent être indiquées que dans un exposé plus général.

(2) *Dig.*, 22, 5, 4.

(3) Est soustrait à l'obligation de déposer, d'après Callistrate et Ulpien, (*Dig.*, 22, 5, 3, 5. l. 19, 1) l'impubère; d'après Vennuleius (*Dig.*, 22, 5, 20), celui qui n'a pas encore vingt ans.

(4) Ulpien, *Dig.*, 22, 5, 19 : *inviti testimonium non... (dicit) is qui non de-tractandi testimonii causa [rei publicae causa] aberit*. L'addition paraît nécessaire; car il est impossible que le seul fait d'être absent du lieu où siège le tribunal ait pu valoir comme excuse.

(5) La magistrature ne donne pas d'exemption (*Dig.*, 22, 5, 21, 1); il en est autrement de l'épiscopat à l'époque postérieure (Théodose, *C. Th.*, 11, 39, 8 = *C. Just.*, 1, 7, 3; Justinien, *Nov.* 123, c. 7). Les fermiers des impôts et les fournisseurs de l'armée sont aussi exempts (*Dig.*, 22, 5, 19).

(6) Quintilien, 5, 7, 9 (II p. 85 n. 1).

(7) Dans un procès, soustrait aux restrictions légales, qui se déroule devant le Sénat, on s'écarte de la règle : *Varenus*, dit Pline, *Ep.*, 5, 20,

mesure propres à la procédure d'accusation de la dernière période. On lui a étendu l'interrogatoire de l'accusé, et l'interrogatoire avec torture y a même lieu si la loi le prescrit (1), comme dans le procès de lèse-majesté, ou si le tribunal l'autorise. Les restrictions légales du nombre des témoins que l'accusateur peut citer et la règle qui prive l'accusé du droit de citer des témoins ont fait place selon toute vraisemblance à un pouvoir arbitraire du tribunal et la procédure s'est rapprochée dans son ensemble de la *cognitio* (2).

Au point de vue de la forme, les déclarations de l'accusé et des témoins — nous parlerons plus loin de l'interrogatoire avec torture à propos des déclarations des esclaves — forment une partie et même la partie essentielle des débats devant le tribunal; c'est pour cette raison qu'il en sera traité dans la prochaine Section. Toutefois, il n'est pas absolument nécessaire que la déposition du témoin ait lieu au cours des débats judiciaires. Sans doute, la prestation du témoignage et du serment confirmatif devant le tribunal du lieu où se trouve le témoin est étrangère à la coutume romaine et est encore interdite dans les affaires criminelles par Justinien (3). Mais la déposition extrajudiciaire (4), certifiée suivant les formes usitées dans les actes privés (5), est déjà admise à l'époque républi-

(411)

Témoignage
judiciaire et
extrajudiciaire.

petiit, ut sibi quoque defensionis (à cause de repetundae) causa evocare testes liceat... egi pro Vareno... impetravimus rem nec lege comprehensam nec satis usitatam, justam tamen. Ensuite (*Ep.*, 6, 5, 13), on délibère dans le Sénat sur le point de savoir si le droit réciproque de citation *exemplo legis ambilius* doit être étendu d'une manière générale aux *repetundae*.

(1) L'accusateur y est également soumis à cette époque dans l'action de *calumniæ* (Edit de Constantin, II p. 83 n. 1).

(2) Justinien, *Cod.*, 4, 20, 16.

(3) *Nov.*, 90, c. 5; *cpr. Cod.*, 4, 20, 16.

(4) Quintilien, 5, 7, 1 : *testimonia dicuntur aut per tabulas aut a praesentibus.* Le témoignage extrajudiciaire est aussi désigné ailleurs sous le nom de *testimonium*, mais l'expression plus exacte est *testificatio* (Cicéron, *Verr.*, 5, 39, 102) ou *testatio* (Quintilien, 5, 7, 32; Paul, *Dig.*, 3, 2, 21).

(5) Cicéron, *Verr.*, 5, 39, 102. Quintilien, 5, 7, 32 : *saepe inter se collidi solent inde testatio, hinc testes... haec enim se pars jure jurando, illa consensu signatorum tuetur.* Le même, 5, 7, 1 : *minus obstitisse videtur pudor inter paucos signatores.*

caine (1) et notamment sous le Principat (2). A vrai dire, on ne trouve ici ni la confirmation par serment (3), ni surtout la possibilité pour l'adversaire d'interroger le témoin au cours de la déposition, aussi un tel témoignage a-t-il été parfois récusé comme insuffisant (4). Mais cette forme est admise comme moyen subsidiaire et elle a été usitée d'une manière particulièrement fréquente pour une espèce de témoignage peu importante, pour le témoignage de moralité, c'est-à-dire pour la *laudatio*, lorsque le témoin était empêché de comparaître personnellement (5).

(412)

B. Dires et Quasi-Témoignage des Esclaves.

Déclaration
de l'esclave.

Les déclarations de l'esclave sur ses actes comme sur ses perceptions sont admises dans la procédure pénale au même titre que celles de l'homme libre. Toutefois le terme de témoignage — qui se lie surtout à la confirmation des actes juridiques pour laquelle les esclaves sont évidemment incapables — n'est pas étendu aux déclarations des esclaves (6) et cel-

(1) Aucune preuve ne peut être apportée en ce sens pour l'époque républicaine au regard du témoignage personnel ordinaire, si l'on fait abstraction de la *laudatio*; lecture à haute voix d'une déclaration fâcheuse pour le témoin faite en sa présence : Cicéron, *Pro Cluentio*, 50, 168. Quant aux résolutions des communautés qui figurent parmi les témoignages, elles sont ordinairement présentées au tribunal par des légats de la communauté investis des pouvoirs nécessaires et ces légats sont traités comme les autres témoins. Parfois cependant ces résolutions sont envoyées par écrit à l'avocat; telles sont celles dont il est traité chez Cicéron, *Verr.*, 3, 36, 83. c. 37, 85. c. 38, 87, 39, 89. c. 42, 99. c. 44, 106. *Pro Flacco*, 15, 35.

(2) Tacite, *Dial.*, 36, cite parmi les qualités de l'éloquence ancienne : *cum testimonia quoque in judiciis non absentes nec per tabellam, sed coram et praesentes dicere cogentur*. Apulée, *Apol.*, 57-60. Pendant la dernière période, l'exemption du témoignage oral se présente comme un privilège de classe (Justinien, *Cod.*, 4, 20, 16).

(3) Quintilien, 5, 7, 32 (II p. 87 n. 5).

(4) C'est ce que firent Hadrien (*Dig.*, 22, 3, 3, 3) et un *praefectus praetorio* (*Dig.*, 3, 2, 21).

(5) Asconius, *In Scaur.*, p. 28 : *laudaverunt Scaurum* (dans le procès de 700/54) *consulares novem... horum magna pars per tabellas laudaverunt, quia aberant*. Cicéron, *Ad fam.*, 1, 9, 19. De même Pompée dans le procès de Munatius Plancus (Val. Max., 6, 2, 5; Dion, 40, 55).

(6) Térence, *Phorm.*, 292 : *servum hominem causam orare leges non sinunt neque*

les-ci sont, en général, soumises à des règles différentes et plus rigoureuses que le témoignage des personnes libres. Il est également convenable de traiter ici simultanément de l'aveu et du témoignage et d'exposer tout d'abord dans quelle mesure la déclaration de l'esclave est libre ou non vis-à-vis de son maître, puis si cette déclaration est recevable quant à son contenu et de dire enfin dans quelle forme elle se produit.

Le propriétaire n'est pas contraint de permettre l'interrogatoire judiciaire de son esclave en cas d'action délictuelle privée, même si le délit est imputable à l'esclave lui-même. Si la procédure n'est pas noxale, il peut autoriser ou refuser l'interrogatoire de l'esclave désiré par l'autre partie. En cas d'action noxale, s'il ne veut pas mettre fin au procès par l'abandon de l'esclave ou le paiement de l'amende, il peut agir de la même manière et s'en remettre pour la décision à la sentence du juré. L'interrogatoire de l'esclave dépend donc toujours ici de la volonté du maître et il y a un dommage punissable, lorsque la victime y procède de sa propre initiative en employant la forme de la torture usitée vis-à-vis des esclaves (1).

Limites dans lesquelles on peut contraindre l'esclave à faire une déclaration.

Par contre, dans la procédure pénale publique relevant des magistrats, ceux-ci n'ont pas besoin, ni à l'époque ancienne ni plus tard dans la forme de la *cognitio*, du consentement du propriétaire pour interroger un esclave, sans qu'il y ait à distinguer si le délit est imputé à l'esclave lui-même ou si la déclaration de ce dernier est requise pour une procédure pénale contre des tiers. Le droit absolu d'interroger, dont jouit le magistrat vis-à-vis des personnes libres, s'applique plus encore vis-à-vis de l'esclave et s'exerce ici dans la forme usitée au regard de ce dernier. Le maître a certainement la faculté, (413) lorsqu'on impute une faute à son esclave, de soutenir ce dernier dans la défense (II p. 94 n. 2).

testamenti dictio est. Plante, *Curc.*, 623 = 5, 2, 25. Justinien, *Nov.*, 90, c. 6 :
 εἰ φανεῖται τυχῆς οἰκετικῆς ὄν, τὴν αὐτοῦ μαρτυρίαν ἀντὶ μηδὲ γενομένης εἶναι.

(1) *Dig.*, 48, 18, 20.

Dans la procédure d'accusation qui au point de vue de la forme est un procès privé et au point de vue du fond attribue au demandeur, la fonction d'un magistrat, on a, comme pour le témoignage, pris un moyen terme. L'interrogatoire dépend également ici de la volonté du propriétaire, qu'il s'agisse pour l'esclave de répondre de son propre délit ou de déposer sur le délit d'autrui (1). Mais une décision du tribunal peut contraindre le maître à laisser interroger ses esclaves, soit qu'elle charge le propriétaire en cas d'accusation projetée contre un esclave de faire comparaître celui-ci en justice ou lui impose dans certains cas l'obligation d'amener devant le tribunal plusieurs esclaves suspects pour que le demandeur recherche le coupable, soit que l'accusé reçoive l'ordre de mettre ses esclaves à la disposition du demandeur pour la prestation de la preuve (2), soit enfin, ce qui était permis au moins sous le Principat, que la même réquisition soit adressée à un possesseur d'esclaves qui n'est pas partie au procès (3). — En pareil cas, si l'esclave accusé est acquitté ou si (414) le procès pour lequel son témoignage est requis se termine

(1) Cicéron, *Pro Cluentio*, 63-66, d'où il ressort que le propriétaire peut bien refuser dans ce cas de livrer l'esclave accusé, mais est alors facilement soupçonné de complicité. C'est à cela que se rapporte aussi Cicéron, *Part. orat.*, 34, 111 : *sive quaestiones habitae aut postulatio ut habeantur causam adjuvabunt*. Le même, *Pro Sex. Roscio*, 28, 77 : *innocenti saluti solet esse ut servos in quaestionem polliceatur*. Quintilien, 5, 4 : *sive de habenda quaestione agatur, plurimum interest, quis et quem postulet aut offerat et in quem et ex qua causa, sive jam erit tradita, quis ei praeferat*.

(2) Cela a déjà lieu dans le procès pour cause d'inceste des Vestales mentionné I p. 229 n. 1 : *Val. Max.*, 6, 8, 1 ; Asconius, *In Mil.*, p. 35 sv. et dans le procès du même genre contre Clodius (I p. 230 n. 2), *Schol. Bob. in or. in Clod. et Cur.*, p. 338. Il en est de même dans les procès intontés après le meurtre de Clodius (Asconius, *In Mil.*, p. 35 ; Cicéron, *pro Mil.*, 21, 22), dans le procès contre Apulée pour cause de magie (*Apol.*, 43-47), mais surtout dans les procès d'adultère (*Coll.*, 4, 11, 1. c. 12, 8. *Dig.*, 48, 5, 28, 6, 11, 14).

(3) *Dig.*, 48, 5, 28, 6 ; *divus Hadrianus... rescripsit et de exteris servis quaestionem esse habendam*. 48, 18, 13. Paul 5, 16, 3. (= *Ed. Theodorici*, c. 100) : (*servos alienos in alterius caput torqueri*) *non est permittendum, nisi delator (celui du fisc, semble-t-il) cujus interest quod intendit probare, pretia eorum quanti dominus laxaverit inferre sit paratus vel certe deterioris facti servi subire taxationem*.

par un acquittement, celui qui a fait comparaître l'esclave est toujours tenu de payer au propriétaire une indemnité qui est ordinairement au simple du préjudice et dans certains cas au double (1). — L'accusé n'a pas plus le droit de faire une réquisition d'esclaves qu'il n'a la faculté de faire citer des témoins (2).

D'après une règle, commandée par l'essence même de toute constitution politique admettant l'esclavage et obligatoire en principe même pour le magistrat, l'interrogatoire de l'esclave ou de l'affranchi est permis en faveur du maître (3), mais non à son préjudice (4). Cette règle a été observée à l'époque républicaine, si l'on fait abstraction de quelques procès pour la plupart politiques organisés par un sénatusconsulte (5). Sous les premiers empereurs, elle est fréquemment tournée grâce au transfert opéré notamment dans les procès de lèse-majesté (6) et d'adultère (7) et qui consistait à faire passer l'esclave en question dans la propriété de l'État. Depuis Septime Sévère, elle a été abolie pour ces mêmes délits de lèse-ma-

Interdiction
des déclarations
d'esclaves
au préjudice
du maître.

(1) *Dig.*, 3, 6, 9. 48, 5, 28, *pr.* 15. 16. tit. 18, 6, *pr.* *Cod.*, 9, 9, 3. tit. 46, 6.

(2) Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 28, 77, 41, 119.

(3) *Dig.*, 48, 18, 17, 2. *Cod.*, 4, 20, 8.

(4) Tacite, *Ann.*, 2, 3) : *vetere senatus consulto quaestio in caput domini prohibebatur*. Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 41, 120. *Pro Mil.*, 22, 59. *Pro Dejot.*, 1, 3 : Paul 1. 12, 3. 5. 13, 3. tit. 16, 4 (= *Dig.*, 48, 18, 18, 3) *seruo qui ultro aliquid de domino confitetur, fides non accommodatur*. 5 : *serui in caput domini neque a praeside neque a procuratore neque in pecuniariis quam in capitalibus causis interrogari possunt*. *Dig.*, 1, 12, 1, 8. 29, 5, 6, 1. 48, 18, 1, 5. 16. 18. 19. 1. 9, 1. *Cod.*, 4, 20, 8. 9, 41, 6. 7. — La jurisprudence, dans le but évident d'empêcher que la règle soit tournée, étend la prescription même à celui qui a été propriétaire (Paul, 5, 16, 8; *Dig.*, 48, 18, 17, 3). — La législation pénale de Septime Sévère, consacrant ici le régime du bon plaisir, a sapé la règle à sa base en déclarant permises des déclarations de ce genre, lorsqu'elles sont faites pour compléter d'autres preuves (*Cod.*, 9, 41, 1, 1).

(5) Inceste d'Antoine, I p. 229 n. 4. Inceste de Clodius : Cicéron, *Part. oral.*, 34, 118; *Pro Mil.*, 22, 59. Conjurat. de Catilina : Cicéron, *Part. oral.*, *loc. cit.*

(6) Auguste : Dion 55, 5. Tibère (que Tacite pour cette raison nomme le *novi juris repertor*) : Tacite, *Ann.*, 2, 30. 3, 22. (où l'empereur suit d'abord l'ancienne règle, puis s'en écarte). 67; aussi, Dion, 57, 19.

(7) *Dig.*, 48, 5, 28, 11-14. tit. 18, 6, *pr.*

(415) jecté (1) et d'adultère (2) et pour quelques autres de moindre importance (3). — Non seulement la déclaration de l'esclave ou de l'affranchi (4) contre le maître ou le patron n'est pas reçue, mais elle est même punie de mort comme crime capital (5) dans tous les cas où nous venons d'indiquer qu'elle

(1) Septime Sévère, *Cod.*, 9, 41, 1, *pr.* : *quaestionem de servis contra dominos haberi non oportet exceptis adulterii criminibus, item fraudati census accusationibus et crimine majestatis, quod ad salutem principis pertinet* (Cpr. II p. 83 n. 6.) Modestin, *Dig.*, 48, 4, 7, 2. Paul, 5, 133. Hermogénien, *Dig.*, 5, 1, 53. *Cod. Th.*, 9, 6, 2. *Cod.*, 9, 8, 6, 1. Tacite l'interdit (*Vita* 9), mais sa prohibition n'a pas d'effet durable. Justinien, *Cod.*, 10, 41, 6 a ajouté cette exception à la constitution de Théodose I : *C. Th.*, 10, 40, 17.

(2) *Dig.*, 48, 5, 28, 6. tit. 48, 3, 17, *pr.* *C. Th.*, 9, 7, 4, *pr.*, = *C. Just.*, 9, 9, 31. Tacite, *Ann.*, 14, 60. En cas d'inceste (*Dig.*, 48, 18, 4) et de *stuprum* (*Dig.*, 48, 18, 17, 1; Ammien, 28, 4, 55), les déclarations des esclaves contre leurs maîtres ne sont pas admises.

(3) Septime Sévère cite encore la fraude en matière d'impôts (n. 1). On peut mentionner en outre ici la falsification de monnaie (*Dig.*, 5, 1, 53); certains cas de meurtre (*Dig.*, 29, 5, 6, 1. *C. Th.*, 9, 7, 4 = *C. Just.*, 9, 16, 8); l'accaparement de céréales (*Dig.*, 5, 1, 53. 48, 2, 13. tit. 12, 1) et l'entretien par une femme de relations illicites avec son propre esclave (*C. Th.*, 9, 9, 1 = *C. Just.*, 9, 11, 1). Telles sont les *causae receptae* dans lesquelles l'esclave peut dénoncer son maître (*Dig.*, 1, 12, 1, 8). On peut encore y ajouter probablement les délits pour lesquels l'obligation de dénoncer est exprimée d'une manière générale (I p. 105).

(4) Constantin dans l'édit de *accusationibus* de 314 ou 319 (Bruns, *Fontes*, p. 249, en abrégé *C. Th.*, 9, 5, 1. = *C. Just.*, 9, 3, 3). *Coll.*, 4, 4, 1. *Dig.*, 48 2, 8. tit. 4, 7, 2. *C. Th.*, 9, 6, 1. 4. *Cod. Just.*, 9, 1, 21. Les *familiares* auxquels la prescription est étendue (*C. Th.*, 9, 6, 3 = *C. Just.*, 9, 1, 20 = *Edict. Theodorici* 49) sont peut-être les *coloni* (*Cod. Just.*, 11, 50, 2).

(5) Constantin, *loc. cit.* : *in servis... sive libertis, qui dominos vel patronos accusare aut deferre temptant, ejusmodi legem juxta antiqui quoque juris statutum observandum esse censuimus, ut scilicet confessio tam atrocis aulaciae statim in ipsius admitti eordis per sententiam judicis comprimatur ac denegata audientia patibulo adfixus exemplum ceteris praestet.* *C. Th.*, 9, 6, 3 (= *C. Just.*, 9, 1, 20). 10, 10, 17 (= *C. Just.*, 10, 11, 6). *C. Just.*, 10, 11, 8, 2. — On procède fréquemment de cette manière. Tite-Live, *Ep.*, 77 : *servus ut praemium promissum indici haberet manumissus et ob scelus proditi domini de saxo dejectus est.* Claude punit les dénonciations de ce genre parvenues sous Tibère et Caligula, mais il en admet lui-même de semblables (Dion 60, 13). Nerva punit de mort les esclaves et les affranchis pour de telles dénonciations (tel est *Ἐπιβουλεύειν*) et renouvelle la prohibition des dénonciations (Dion, 68, 1; Plin., *Paneg.*, 42). *Vita Pertinacis*, 9 : *eos qui calumniis appetiti per servos (par les siens propres) fuerunt, damnatis servis delatoribus liberavit in crucem sublatis talibus servis.* Hérodien 5, 2, 3 : (Marcin) *συκοφάνται τε ἢ δοῦλοι, ὅσοι δεσπότης κατάγγελλον, ἀνασκολοπίσθησαν.* L'exécution capitale du serviteur d'Apollonius sous Commode appartient peut-être aussi à cette matière (cpr. la Section des peines des accusateurs).

n'est pas admise. La même répression a lieu lorsque la déclaration faite dans un cas permis est rejetée par les juges. — Du reste, le droit ne connaît pas de motifs personnels à l'esclave qui puissent faire refuser sa déposition, la condition personnelle de l'esclave est complètement ignorée en droit et il ne peut pas en être tenu compte ici (1).

Au point de vue de la forme, les déclarations des esclaves constituent comme celle des personnes libres une partie intégrante des débats judiciaires et nous aurons à en reparler quand nous exposerons ces débats. Mais nous devons relever immédiatement ici tous les renseignements généraux relatifs à l'interrogatoire avec torture, exceptionnellement appliqué aux personnes libres et constamment usité vis-à-vis des esclaves. Sous le nom d'interrogatoire avec torture, on comprend le maintien, malgré des châtiments corporels, d'une déclaration que l'enquêteur considère comme importante, tandis que ces tourments cessent lorsque la déclaration est changée (2). La torture est infligée par les subalternes du tribunal à la personne interrogée. Quant à ses modalités, il ne nous paraît pas nécessaire de les exposer en droit pénal (3). Comme l'af-

(416)

Interrogatoire
avec torture
usité pour
les esclaves.

(1) Lorsqu'une récompense est allouée au dénonciateur (cpr. la Section relative à cette matière), elle est fréquemment, mais non toujours, promise à l'esclave.

(2) La torture n'est pas un élément formel de la déclaration de l'esclave, bien qu'elle semble fréquemment avoir ce caractère; elle ne peut, en effet, être employée que là où elle a pour but de déterminer l'accusé ou le témoin à modifier sa déclaration. Appliquer la torture à un criminel qui avoue est non seulement cruel, mais insensé, et le simple témoignage y donnera difficilement lieu, s'il n'est pas attaqué.

(3) La direction de la torture appartient au *quaesitor* (*Rhet. ad Her.*, 2, 7, 10; Cicéron, *Pro Sulla*, 28, 78) et son application est confiée aux *tortores* (Cicéron, *Pro Mil.*, 21, 57 et autres textes). Sur les différentes espèces de torture appliquées dans la procédure pénale (*poenae publicae* chez Constantin, *C. Th.*, 9, 12, 1), cpr. J. Godefroy sur *C. Th.*, 9, 12, 1 et Marquardt, *Privatalterth.*, p. 183 [*Manuel Antiq. Rom.*, XIV, 214]. L'exposé détaillé de cette matière ne pourrait pas se restreindre au droit pénal, il devrait avoir pour point de départ le droit de la *domus*. A noter seulement que la correction n'est pas considérée comme torture. Augustin (*Ep.*, 133, vol. 2, p. 396 ed. Maur. [*Corpus Script. Eccles. Lat.*, ed. Acad. Vienne, vol. 41, p. 82]) loue la douceur du juge répressif qui a obtenu l'aveu des coupables.

franchissement libérait de la torture, l'abus s'introduisit rapidement pour le maître menacé d'une poursuite criminelle prochaine de soustraire par l'affranchissement à l'interrogatoire avec torture l'esclave dont la déclaration pouvait être dangereuse pour lui. C'est pourquoi on interdit de bonne heure (1) et plus tard on déclara nul (2) l'affranchissement fait en considération d'un interrogatoire judiciaire que l'affranchi doit prochainement subir. C'est pour cette même raison que l'ouverture du testament du maître est interdite, lorsqu'on soupçonne sa domesticité de l'avoir assassiné; de cette manière on met les esclaves dans l'impossibilité de prouver l'existence de la liberté qui leur est donnée par ce testament et on les soumet du même coup aux règles sur les déclarations des esclaves (3). Sous Trajan, on élargit encore le champ d'application de cette procédure et l'on soumet à l'interrogatoire avec torture, en cas de meurtre d'un maître, ceux qui ont été affranchis par le testateur de son vivant (4). — Entre la torture de l'accusé et celle du témoin il n'y a pas de délimitation juridique, d'autant plus que le juge répressif est fréquemment dans l'impossibilité de distinguer dès le début s'il

bles non extendente eculeo, non sulcantibus unguis, non urentibus flammis, sed virgarum verberibus.

(1) Déjà dans Tito-Live, 8, 13, on donne l'ordre à une vestale, coupable d'inceste, de s'abstenir d'affranchir.

(2) Sous la République, des affranchissements furent attaqués comme ayant eu lieu dans ce but (Cicéron, *Pro Caelio*, 29, 68) et plusieurs d'entre eux furent annulés, car les indications d'Asconius sur le procès de Milon, p. 33, 40, ne peuvent pas être comprises autrement : *Appius postulavit a Milone servos exhiberi numero IIII et L et cum ille negaret eos qui nominantur in sua potestate esse, Domitius ex sententiis judicium pronuntiavit, ut ex servorum eorum (suorum est une mauvaise correction) numero accusator quot vellet ederet.* Plus tard, la nullité d'affranchissements de ce genre est certaine. Paul, *Coll.*, 4, 12, 8. *Sent.*, 5, 16, 9. *Dig.*, 43, 18, 1, 13. *Cod.*, 9, 9, 33, *pr.* — Le droit pour la femme divorcée de faire des affranchissements subit aussi des restrictions importantes par considération pour le procès criminel qui suit fréquemment le divorce (*Dig.*, 40, 9, 12. l. 13. l. 14. *Cod.*, 9, 9, 3).

(3) Cette règle ne s'applique pas à l'époque républicaine (*Rhet. ad Her.*, 1, 14, 24); elle a été posée en l'an 41/2 ap. J.-C. (*Dig.*, 29, 5, 13) et non pas pour la première fois en 37 (Tacite, *Ann.*, 13, 32).

(4) *Dig.*, 29, 5, 10, 1. l. 11.

est en présence d'un accusé ou d'un témoin. Dans ces conditions, il était particulièrement nécessaire que le droit posât des bornes à l'emploi de l'interrogatoire avec torture. Si la législation romaine omit maintes fois de le faire, on trouve cependant dans nos sources juridiques un certain nombre de prescriptions restrictives : on ne doit avoir recours à la torture que si l'existence du délit est certaine (1) ; elle ne doit pas être employée en cas de délit de peu d'importance (2), ni autant que possible au début de l'instruction (3) ; les femmes enceintes (4) et les enfants (5) ne doivent pas être soumis à la torture ; d'une manière générale les tourments infligés doivent être modérés (6). Ces prescriptions renferment du moins dans certaines limites la coutume détestable de la torture. — A (418) côté de la torture judiciaire ordinaire, on trouve, comme pour le témoignage, une torture extra-judiciaire qui a lieu dans les formes suivantes : un titre est dressé sur l'application de la torture et sur ses résultats et ce document est produit aux débats comme le témoignage écrit (7).

C. La Perquisition domiciliaire et la saisie des papiers.

Perquisition
domiciliaire.

Il est vraisemblable que dans le procès relevant des magistrats le juge répressif avait le droit de procéder à une perquisition domiciliaire chez l'accusé (8), étant donné surtout que

(1) *Dig.*, 29, 5, 1, 24. 48, 18, 18, 2.

(2) Auguste, *Dig.*, 48, 18, 8, *pr.*

(3) Auguste, *Dig.*, 48, 18, 1, *pr.* 1. 1. 20. Paul, 5, 14, 1. *Cod.*, 9, 41, 3. 1. 8, 1.

(4) Paul, 1, 12, 4. *Dig.*, 48, 19, 3.

(5) *Dig.*, 25, 5, 1, 33. 48, 18, 10, *pr.* 1. 15, 1.

(6) *Dig.*, 48, 18, 10, 3 : *tormenta moderata*. 48, 18, 7 : *quaestionis modum magis est iudices arbitrari oportere itaque quaestionem habere oportet, ut servus salvus sit vel innocentiae vel supplicio.*

(7) Cicéron, *Pro Cluentio*, 63-66.

(8) Le récit de la conjuration des Tarquins se fonde sur la perquisition domiciliaire et la saisie des papiers (Titc-Live, 2, 4, 7 ; altéré chez Denys, 5, 7. 8 et Plutarque, *Popl.*, 6, par l'interpolation de P. Valérius) ; il a certainement le caractère d'un paradigme. Il en est de même de la relation relative à l'exhumation du cadavre de l'assassiné dans la maison du meurtrier en présence du décemvir qui intervient ici comme juge répressif (Cicéron, *De rep.*, 2, 36, 61 ; Titc-Live, 3, 33). Il n'y a pas à tenir compte

Saisie des
papiers d'affaire.

(419)

celle-ci était permise en cas d'action privée de vol (1). Dans le système de l'accusation, on rencontre au moins une procédure analogue : les lois qui prescrivent l'application de ce système permettent au demandeur, — sans doute en s'inspirant des règles de l'ancienne procédure pénale ; car la procédure civile n'offre rien de semblable, — de se rendre (2) dans la maison tant de l'accusé que de tierces personnes (3) et de demander la présentation soit des papiers officiels (4), soit des livres de compte (5) et d'une manière générale des papiers d'affaires de l'intéressé (6), ce qui s'applique également aux autorités municipales et à leurs archives (7). Dans la mesure où cela lui paraît nécessaire, le demandeur fait mettre ces actes sous scellés, ceux des particuliers par les témoins ordinaires

ici des récits relatifs à Turnus Herdonius (Denys, 4, 48) et Petro Antistius (Denys, 4, 57).

(1) Loi des XII Tables, §. 14. Schöll [id. Girard].

(2) Cicéron, *Verr.*, l. 1, 49, 50 : *signa... cognovi egomet apud istum in aedibus nuper, cum obsignandi gratia venissem.* 3, 66, 154 : *haec epistula est... quam nos Syracusia in aedibus Apronii, cum litteras conquirerenus, invenimus.* c. 71, 167. 4, 61, 137.

(3) Cicéron, *Pro Cluentio*, 30, 82 : *et ex hujus (de l'accusé) et ex aliorum tabulis.* *Verr.*, l. 1, 38, 98. c. 39, 102 : *an tuis solis tabulis te causam dicturum existimasti?* et souvent ailleurs. Nous ne savons pas, s'il y a eu ici une limite fixée.

(4) Tels sont les actes (*tabulae, commentarü*) du gouvernement de Verrès en Sicile qu'on rencontre fréquemment dans les *Verr.*, 3, 10, 26. 5, 21, 54.

(5) Ceux-ci sont parfois d'une importance considérable, notamment dans le procès de *repetundae* (Cicéron, *Verr.*, l. 1, 23, 60. c. 36, 92), bien qu'il n'y ait pas lieu de donner créance au scoliaste, p. 175, d'après lequel les Romains auraient cessé de tenir des livres de compte domestiques, pour que leur *codex* ne les trahisse pas dans la procédure pénale.

(6) Les sociétés de fermiers généraux ont à produire non seulement leur livre de caisse principal (Cicéron, *Verr.*, l. 2, 74, 182. c. 76, 186), mais aussi leurs livres de correspondance (*libri litterarum missarum et adlatarum* : *loc. cit.*, 3, 71, 167). Dans la *lex Acilia repetundarum*, on trouve l. 34 : *[e]a quae illi conquisiverit et sei quae tabulas libros litterasve populi... producere proferreque [e] vote[re]* ; Cicéron dit, 4, 66, 149 : *ego legem recitare, omnium mihi tabularum et litterarum fieri potestatem oportere* Il est douteux que ces titres puissent être comptés parmi les *litterae publicae* et cela ne l'est pas moins, s'il faut dans la loi compléter *poplicas* par *privatasve*.

(7) Cicéron, *Verr.*, 4, 63, 149 : *quas ego litteras (de l'*aerarium sanctius* de Syracuse) obsignandas publico signo deportandasque curavi.* Le même, *Pro Flacco* 32, 78 et ailleurs.

d'authenticité (1), ceux de la communauté par la communauté elle-même, et il les porte ou les envoie à Rome (2); toutefois, pour les actes des fermiers de l'État, on remet au demandeur non pas les originaux mais des copies certifiées (3). Toute contravention à ces prescriptions est frappée d'une peine par les lois (4). Le demandeur est obligé de remettre ces papiers au magistrat qui dirige le procès, trois jours après leur arrivée à Rome, pour que celui-ci, assisté d'un certain nombre de jurés, les fasse mettre de nouveau sous scellés (5). Le demandeur a vraisemblablement ensuite la faculté de prendre connaissance de ces papiers en les faisant ouvrir et replacer sous scellés par la justice. A l'audience, ces actes peuvent, comme nous le verrons dans la Section suivante, être mis sous les yeux des jurés. — Quant à l'accusé, il est manifeste qu'il n'a pas eu plus le pouvoir de saisir les papiers que celui d'adresser aux témoins une citation obligatoire. — L'accusateur a conservé sous le Principat le pouvoir que nous venons de lui reconnaître, quoique celui-ci ait vraisemblablement subi des restrictions à cette époque, comme les autres droits de l'accusateur (6). Quant aux papiers privés, il est possible qu'ils n'aient pas été mis de la même manière à la disposition de l'accusateur (7); toutefois, dans un procès criminel, le gou-

(420)

(1) Cicéron, *Verr.*, I. 2, 77, 190 : *ab hominibus honestissimis obsignata*.

(2) Cicéron, *Verr.*, Act. I, 11, 33. c. 48, 56. I. 4, 16, 36, 63, 140 (II p. 96 n. 7) c. 66, 149 : *postulare coepi, ut mihi tabulas obsignare deportare liceret*. Le même, *Pro Font*, 15, 34, *Pro Flacco*, 10, 23, *Pro Scauro*, 18, 41.

(3) Cicéron, *Verr.*, I. 2, 76, 77.

(4) Cicéron, *Verr.*, 4, 66, 149 : *nisi legis sanctionem poenamque recitassem*.

(5) Cicéron, *Pro Flacco*, 9, 21 : *triduo* (naturellement après l'arrivée des actes à Rome) *lex ad praetorem deferri, iudicium signis obsignari jubet : tricesimo die vix deferuntur*. Une fois mis sous scellés, ils sont conservés *in publico*. Les scolastes commettent une erreur lorsqu'ils disent p. 238, que « tous » les jurés devaient apposer leur sceau, car le tribunal n'est constitué qu'après l'arrivée des actes à Rome.

(6) Les papiers trouvés chez l'accusé jouent un rôle même à l'époque impériale dans le procès de lèse-majesté (Tacite, *Ann.*, 2, 30. Ammien, 28, 1, 20, 29, 1, 35. c. 2, 3) et dans le procès de *repetundae* (Pline, *Ep.*, 3, 9, 10, 7, 6, 2). Il est permis de prendre connaissance des actes publics (*Cod.*, 2, 1, 2 : *acta publica tam criminalia quam civilia*).

(7) Caracalla, *Cod.*, 2, 1, 4 : *qui accusare volunt, probationes habere debent*,

verneur de province permet même au défendeur de prendre connaissance de la correspondance de son adversaire et d'en faire des copies (1).

cum neque juris neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. Dans l'accusation capitale notamment, l'accusé n'est pas obligé de fournir à l'accusateur des éléments de preuve (*Dig.*, 49, 14, 2, 2). Nous ne savons rien de plus précis; il est à conjecturer que dans la dernière période le juge répressif statue à son gré dans chaque cas concret.

(1) Dans le procès criminel d'Apulée pour cause de magie, on permet (c. 78) à l'accusé de copier en présence de l'accusateur une lettre qui se trouve actuellement en la possession de celui-ci et qui avait été conservée dans les papiers de Pontianus, beau-fils de l'accusé et déjà décédé : *quas litteras tabulario [inlatus a] Pontiano praesente et contra scribente Aemiliano nudius tertius tuo jussu, Maxime, descripsimus.* La correction n'est pas certaine quant aux termes, elle l'est quant au fond. Il est vrai que le demandeur n'apporte qu'un fragment de la lettre, l'accusé demande qu'elle soit produite toute entière. Il y a là incontestablement un cas exceptionnel.

SECTION VI

(421)

LA PROCÉDURE DE LA PREUVE

La procédure de la preuve, dont l'organisation dans le procès pénal remonte vraisemblablement à l'*anquisitio* (I, p. 189. sv.), doit être exposée ici telle que nous la rencontrons dans la procédure accusatoire. Nous l'examinerons surtout dans sa forme originaire parfaitement appropriée à l'instance devant un jury, mais nous la considérerons aussi postérieurement à la chute du jury après laquelle elle est restée la même dans son ensemble. Quant à la procédure essentiellement non formelle de la *cognitio*, elle a dû obéir dans une certaine mesure aux règles qui vont être rapportées ici.

Prestation de la
preuve dans la
procédure
d'accusation.

La règle de l'action privée d'après laquelle celui ou ceux qui sont appelés à rendre la sentence doivent garder une attitude passive (1) et qui donne à l'action privée, par une opposition très nette à l'action publique, le caractère de procédure arbitrale, a également passé dans la procédure des *quaestiones*. Le *quaesitor* qui préside, magistrat ou particulier investi des droits d'un magistrat, a pour mission de maintenir l'ordre entre les personnes qui prennent part au procès, de faire cesser les troubles et de réduire les discours des orateurs à une durée convenable (2); il dispose dans ce but des

Attitude passive
du magistrat
et des jurés.

(1) Aulu-Gelle, 14, 2, 16-19.

(2) *Rhet. ad Her.*, 4, 35, 47 : *quaesitoris est unumquemque horum* (accusateurs, défenseurs, témoins) *in officio suo continere*; il doit exhorter le témoin à faire connaître ses perceptions (et non pas *praeterquam quod sciat*

(422) moyens de coercition (1), mais n'a pas le droit d'intervenir dans les débats eux-mêmes ; en particulier il n'est pas autorisé, d'après le droit de la République, à poser des questions aux témoins (2). Sous le Principat, le rôle du magistrat dans la procédure accusatoire s'est accru et il arrive alors qu'il interroge les témoins (3). — De même les jurés, lorsque la procédure accusatoire se déroule devant eux, doivent assister silencieux aux débats et ne peuvent pas de leur côté influencer sur la preuve, soit en interrogeant les témoins, soit en communiquant les renseignements qu'ils possèdent personnellement (4).

Renouvellement
de la procédure
de la preuve.

Avant de nous attacher aux modalités de la procédure de la preuve, il nous paraît convenable de relever ici la coutume romaine du renouvellement de cette procédure ; celle-ci

aut audierit argumentari et conjectura prosequi). D'après Quintilien, 6, 4, 11, les avocats ne doivent pas s'interpeller au cours des débats *judices vel praesidentes magistratus appellando frequentius, ut loquendi vices serventur*. Tacite, *Dial.*, 19. 20.

(1) Dans la *lex repetundarum*, l. 45, il est question d'amendes infligées aux jurés, sans doute par le *quaesitor*. Lorsque le public manque de calme, le président lève la séance (Cicéron, *Verr.*, 5, 63, 163).

(2) Le silence des documents de l'époque républicaine nous donne une preuve irrécusable en ce sens.

(3) C'est ce que montre le procès d'Apulée pour cause de magie : *Apol.*, 48. 61. 62. 98. 101. Chez Dion, 54, 3, on voit déjà à l'époque d'Auguste le préteur qui dirige un procès de lèse-majesté adresser une question au témoin ; il ne faut toutefois pas accorder une créance complète à cette mention occasionnelle. Constantin prescrit au juge répressif de seconder de son côté l'instruction, mais de se montrer impartial vis-à-vis des parties et de ne pas faire connaître son opinion pendant les débats : *C. Th.*, 9, 19, 2 = *C. Just.*, 9, 22, 22 : *nec accusatori tantum quaestio incumbat nec probationis ei tota necessitas indicatur, sed inter utramque personam sit iudex medius nec ulla quae sentiat interlocutione divulget, sed tamquam ad imitationem relationis, quae solum audieudi mandat officium, praebat notionem, postrema sententia quid sibi liqueat proditurus*. Il en résulte que le magistrat intervient à son gré dans la procédure accusatoire.

(4) *Lex repetundarum*, l. 39 : *judez nei quis disputet*. Par exception, la loi spéciale relative au meurtre de Clodius ordonne aux jurés de confirmer le cas échéant par leurs propres connaissances les indications des témoins (Asconius, *In Mil.*, p. 40 : *dicta eorum* — des témoins — *judices confirmarent*). Dans les procès devant le Sénat, cette règle est parfois violée. Tacite, *Ann.*, 1, 74 : (*Tiberius*) *exarsit adeo, ut rupta taciturnitate proclamaret*. — Dans le procès devant le Sénat, cette règle est modifiée par le règlement des travaux de cette assemblée. Plinc, *Ep.*, 2, 11, 9 : *Tuccius Cerialis consularis jure senatorio postulavit*.

ne peut, en effet, être exposée d'une manière suffisante que si l'on tient compte de sa répétition tantôt permise et tantôt prescrite par la loi; en outre, chaque nouveau débat se déroule comme celui ou ceux qui l'ont précédé. Si la procédure accusatoire ne connaît pas les trois audiences successives de la procédure comitiale (I, p. 190), elle a du moins emprunté à l'action privée le renouvellement de la procédure de la preuve. Cela veut dire que le tribunal, lorsque la procédure de la preuve est terminée, a la faculté de ne pas trancher le procès, mais de déclarer que l'affaire n'est pas suffisamment claire — *sibi non liquere* — et d'ordonner par suite (423) un plus ample informé — *amplius pronuntiare* (1). Cette institution apparaît dans cette procédure sous des formes diverses, parmi lesquelles on peut discerner les suivantes :

1. La forme simple et vraisemblablement originaire de *Ampliatio*. *Ampliatio* se rencontre dans les *consilia* sénatoriaux rétablis par Sylla. Après la clôture des débats, les jurés ont la faculté, en cas de vote oral, de s'abstenir, et en cas de vote écrit, de remettre des tablettes de vote non écrites (2); si le scrutin ne donne pas la majorité requise pour l'acquiescement ou la condamnation, il y a lieu à une *ampliatio* (3).

(1) Donat sur Térance, *Eun.*, 2, 3, 39 : est « liquet » *verbum juris, quo uterantur iudices cum « amplius » pronuntiabant. Causam novisse* est synonyme de *liquere* (*lex repetundarum*, l. 46-44; Cicéron, *Verr.*, l. 2, 32, 79). Autres preuves dans les remarques suivantes. — Dans l'action privée, *ampliatio* peut avoir lieu même devant le juré unique (Sénèque, *Ep.*, 65, 15 : *nega tibi liquere et nos reverti jube*; cpr. Cicéron, *Brutus*, 22); elle est mentionnée pour les collèges de juges, parce qu'elle est ici provoquée par un vote, ainsi par exemple pour les décemvirs *litibus judicandis* (Cicéron, *Pro Caec.*, 33, 97 : *prima actione non judicaverunt*), pour les procès de récupérateurs (Tite-Live, 43, 2, 10 : *accusati ampliatique; cum dicenda de integro causa esset, excusati*; Cicéron, *Pro Caec.*, 3, 6 : *vos... bis jam de eadem causa dubitasse*; 4, 9 : *prolato judicio*). On la rencontre aussi devant le tribunal domestique des pontifes (Tite-Live, 4, 44, 12).

(2) Cpr. *lex repetundarum* l. 54 : [*pronuntiato*] *ubi nihil scriptum erit « sine suffragio »*. Il ne faut pas croire les scolastes des Verrines p. 164, d'après lesquels on pouvait voter non seulement par *absolvo* et *condemno* mais aussi par *n(on) liquet*.

(3) Cette procédure est décrite en détail par Cicéron, *Pro Cluentio*, 27, 28 à propos du procès de meurtre contre Oppianicus en 674/80. [Comme plu-

2. D'après la *lex Acilia repetundarum* de 631/423, le président, après la clôture des débats, demande aux jurés s'ils sont suffisamment informés. Si plus d'un tiers d'entre eux répondent négativement, l'*ampliatio* est ordonnée (1).

(424) *Comperendinatio.* 3. D'après la *lex Servilia repetundarum* de 643/411 et de même d'après les lois postérieures qui réglèrent cette *quaestio*, un double débat est ici obligatoire, de telle façon qu'après la clôture de la procédure de la preuve une seconde assignation est donnée pour le surlendemain (*in diem tertium sive perendinum*) (2). Nous ne savons pas si la *comperendinatio* s'est étendue à d'autres *quaestiones* (3).

sieurs jurés s'abstiennent de voter, alors que plusieurs ont déjà opiné pour la condamnation, la question préalable ne peut pas être posée ici, et lorsqu'un juré déclare, *cum potestas esset ampliandi, sibi liquere* (Cicéron, *Pro Caec.*, 10, 29), l'*ampliatio* désigne ici l'abstention dans le vote sur la question de culpabilité. La même procédure est supposée dans le fragment d'un discours d'accusation qui se trouve dans la *Rhet. ad Her.*, 4, 36, 48 : *quid fuit, iudices, quare in sententiis ferendis dubitaveritis aut istum hominem nefarium ampliaveritis?... hic vos veriti estis, si primo coetu condemnassetis, ne crudeles existimaremini?*

(1) Les restes peu importants de la *lex Acilia repetundarum* relatifs à cette question et difficilement intelligibles, l. 46-49, notamment l. 49 : [*de*] *rebus quomodo iudicetur. Ubi duae partes iudicum quae aderunt*.... ne laissent aucun doute sur la séparation des deux questions dont l'une concerne uniquement le point de savoir si l'affaire est mûre pour la sentence et l'autre porte sur le fond même du procès. Cicéron, *Verr.*, l. 1, 9, 26, nous dit que cette loi rendait l'*ampliatio* facultative : *ego tibi illum Acilianam legem restituo, qua lege multi semel accusati, semel dicta causa, semel auditis testibus condemnati sunt.*

(2) Cicéron, *Verr.*, l. 1, 9, 26 : *ut opinor Glaucia primus tulit, ut comperendinaretur reus; antea vel iudicari primo poterat vel amplius pronuntiari.* Festus, *Ep.*, p. 283 : *res comperdinata significat iudicium in tertium diem constitutum.* Aulu-Gelle, 14, 2, 1. Le procès de Verrès est traité de cette manière (Cicéron, *Verr.*, l. 1, 9, 26 : *habet lex... bis ut causa dicatur*; l. 1, 7, 20 : *sic... oppressus est* — dans le premier débat — *ut... nemo istum comperdinatum, sed condemnatum iudicaret*) et de même dans d'autres procès de *repetundae* il est fait allusion au double débat (Cicéron, *Pro Fonteio*, 16, 37) et à la *comperdinatio* (Cicéron, *Pro Scauro*, 29, 30). Pour déterminer le troisième jour, on ne tient naturellement pas compte des jours impropres aux audiences judiciaires (Cicéron, *Verr.*, l. 1, 7, 20 : *his ludorum diebus interpositis*). — La *comperdinatio* a également lieu dans le procès contumviral (Pline, *Ep.*, 5, 9, 1; cpr. 6, 2, 6); nous ne savons pas si elle a été transportée de ce dernier à la *quaestio* ou inversement. Celle de la procédure civile ordinaire est différente (Gaius, 4, 15).

(3) La *comperdinatio* obligatoire est inconciliable avec la loi Cornelia

Par suite de l'*ampliatio* ou de la *comperendinatio*, le procès engagé donne lieu, à deux ou trois reprises, à la procédure de la preuve devant le même magistrat et les mêmes jurés; le terme technique pour désigner chaque procédure de preuve est *actio* avec addition du chiffre correspondant (1). La longueur des procès, qui résultait nécessairement de cette procédure, — le souvenir nous a été gardé d'un procès de *repetundae* qui n'a reçu sa solution que dans un huitième débat (425) après sept *ampliaciones* (2) — a provoqué rapidement des restrictions légales. La *lex Acilia repetundarum*, dont nous possédons des débris, permet l'*ampliatio* une fois; elle n'interdit pas toute autre *ampliatio*, mais elle frappe d'une amende pécuniaire chaque juré qui a prêté son appui à la remise du jugement (3). Pendant la dernière période, nous n'avons pas d'exemple de procès ayant donné lieu à plus de deux débats. Dans les lois exceptionnelles de Pompée de 702/52, l'*ampliatio* est interdite d'une manière absolue (4). Sous le Principat, il n'y est pas fait allusion à propos des procès sénatoriaux et peut-

sur le meurtre (II p. 101 n. 3). On ne peut pas conclure avec certitude de Tacite, *Dial.*, 38, qu'elle ait aussi lieu dans la *quaestio de vi*.

(1) La *lex coloniae Genetivae*, c. 102, parle aussi de *singulae actiones* pour les procès devant les récupérateurs; pour la procédure des *quaestiones*, il suffit de rappeler l'*actio prima* et l'*actio secunda* des Verrines. Chaque *actio* peut exiger plusieurs jours et on ne doit pas la confondre avec l'audience qui se termine chaque jour par la *dimissio* du *consilium*. Nous n'avons pas besoin de nous arrêter aux erreurs formulées à cet égard dans Plutarque, *Cic.*, 7, et dans les scolies sur les Verrines, p. 149, 153, 163, 164. — Pline (*Ep.*, 3, 9, 4, 9, 42) emploie le mot *actiones* à propos de la procédure devant le Sénat pour désigner les différents groupes formés en cas de division d'un procès mettant en cause plusieurs accusés (II p. 50 n. 4).

(2) Cela eut lieu dans le fameux procès de *repetundae* du second Africain contre L. Aurelius Cotta (Appien, *B. c.*, 1, 22; Cicéron, *Brut.*, 21, 81; *Div. in Caec.*, 21, 69; *Pro Fonteio*, 17, 38) d'après *Val. Max.*, 8, 1, 11, où la lecture de l'épitomé *apud iudices ad populum* est seule possible en présence des déficiences des manuscrits du texte complet.

(3) *Lex repetundarum*, l. 48 : *is (= iis) sestertium n(ummum) X (miliu)m quotiens quomque « amplius » bis in uno iudicio pronon[tiatum erit, singulis multa esto]*.

(4) Asconius, p. 40 : (*lex*) *jubebat, ut... res eodem die illo iudicaretur*. C'est aussi à cela que pense Tacite, *Dial.*, 39, lorsqu'il parle de la restriction des *comperendinationes* par la loi de Pompée, quoique le terme de *liberae* appliqué à celles-ci ne convienne à proprement parler qu'à l'*ampliatio*.

être en est-elle exclue ; mais elle a persisté dans le procès pénal devant les jurés (1). Quand la sentence est rendue par un seul juge, comme cela est la règle dans la procédure pénale de la dernière période, un supplément de preuve peut certainement être ordonné ; mais il est difficile qu'une *ampliatio* proprement dite et un renouvellement formel du procès aient eu lieu dans la procédure accusatoire des derniers temps et dans la *cognitio*.

Appel
des parties
et des jurés.

(426)

La procédure de la preuve, soit la première, soit celle qui est renouvelée en vertu de l'*ampliatio* ou de la *comperendnatio*, débute au jour fixé par l'appel des parties (2) et des jurés (3). Nous avons déjà parlé dans la Section IV des conséquences juridiques du défaut d'une partie (I p. 390 sv, II p. 71 sv.) ou de l'insuffisance de jurés (II p. 71 n. 5).

Les différentes
formes
d'introduction
de la preuve
testimoniale.

Comme cela était d'usage dans l'action privée (4), la procédure de la preuve commence aussi ordinairement en droit pénal par une déclaration du demandeur groupant tous les faits mis à la charge de l'accusé (5) et par une réponse

(1) Quintilien 4, 1, 4 : *contingere istud principiorum genus (quasi causam iudex jam noverit) secundis actionibus potest, primis quidem raro umquam. 7, 2, 34 : sic praeparabit actione prima iudicum animos. 12, 9, 10 : hoc (la rédaction écrite du discours) aut primae actiones aut quae in publicis iudiciis post interfectos dies dantur permiserint.*

(2) Le défendeur répond à cette question en acceptant le procès. Cicéron, *Verr.*, I, 2, 40, 97. 98 : *mane h. Dec., ut edixerat, Sthenium citari jubet... citat reum : non respondit. Citat accusatorem.* Le même, *Pro Cluentio*, 17, 49, 18, 50, 21, 58, 22, 60. Asconius, *In Mil.*, p. 55, *In Cornel.*, p. 59. Plutarque, *Brut.*, 27 : τοῦ κήρυκος, ὡς περ εἶθεν, ἀπὸ τοῦ βήματος τὸν βροῦτον ἐπὶ τὴν δίκην καλοῦντος. Scolies sur les Verrines, I, 1, 1, 1, p. 158. Suétone, *Tib.*, 1, 1. Martial, 4, 5, 4. Apulée, *Met.*, 3, 3, p. 177 édit. Oud. Ammien, 29, 1, 44. *Dig.*, 4, 1, 7, pr.

(3) Cicéron, *Verr.*, I, 1, 7, 19 et ailleurs.

(4) C. Titius chez Macrobe, *Sat.*, 3, 16, 16 : (*iudices*) *veniunt in consilium : tristes jubent dicere : quorum negotium est narrant : iudex testes poscit... tabulas poscit... eunt in consilium.* Cicéron, *Pro Quinctio*, 18, 58, 23, 75, 28, 86. Il a pu y avoir des dérogations, c'est ainsi que dans le *Pro Tullio*, 24, le discours paraît être interrompu par la déposition des témoins.

(5) Ce discours est, par opposition aux discussions qui s'entre-croisent dans l'audition des témoins (*altercatio*), désigné sous le nom d'*oratio* (ou *actio*) *perpetua* (Cicéron, *Verr.*, *Act.* 1, 13, 55 ; cpr. *De oral.*, 1, 33, 153. Quintilien, 6, 4, 2) ou *continua* (Quintilien 6, 4, 1. Suétone, *Ner.*, 15).

correspondante de celui-ci visant également l'ensemble des faits reprochés (1); des deux côtés on expose d'un seul coup les éléments de la preuve et notamment l'on annonce et fait entrevoir les dépositions des témoins (2). Il n'existait pas d'intervalle légal entre l'accusation et la défense et on ne trouve que des traces isolées d'intervalles de ce genre concédés par la justice (3). — Toutefois le débat ne revêt pas toujours cette forme. Dans les procès provoqués par le meurtre de Clodius, (127) une loi spéciale établit un ordre inverse : la procédure débute par l'audition des témoins, l'accusation et la défense suivent (4). Mais on a aussi la faculté d'éviter les déclarations d'ensemble et de faire successivement la preuve sur les différents points de l'accusation. Dans ce cas, l'accusateur introduit l'affaire par une déclaration sommaire et son adversaire est ainsi obligé de s'exprimer brièvement ; les dépositions des

(1) D'après l'exposé de Cicéron dans les Verrines, le procès est organisé de façon que la première *actio* consiste uniquement dans l'audition des témoins et que la défense soit reportée dans la seconde *actio* (*act.* 1, 11, 34 ; c. 18, 54) ; il n'est pas question de la défense dans le premier débat, mais seulement de l'intervention de l'adversaire lors de l'audition des témoins. Les deux parties étant ici appelées de plein droit à prendre deux fois la parole (l. 1, 9, 26), l'avocat renonce au premier plaidoyer de défense dans lequel il n'aurait pas encore pu aborder le fond de l'affaire, puisque le premier discours du demandeur ne le faisait pas.

(2) Cicéron, *Verr.*, 1, 1, 9, 26 : *accusabo ; respondebis ; testibus editis... militam in consilium*. Le même, *Pro Flacco*, 10, 21 : *cum dixerat accusator... cumque defensor... responderat, tertius ille erat expectatus locus testium*. Quintilien, 5, 7, 25 : *et singulos (testes) ut exornare, ita destruere... contingit, quod illis temporibus quibus testis non post finitas actiones rogabatur* (d'où il résulte donc que, dans la procédure comitiale, l'interrogatoire des témoins était intercalé dans le discours du magistrat) *et facilius et frequentius fuit*. Pline, *Ep.*, 2, 11, 18. On n'a pas besoin d'autres preuves. Ordinairement les discours laissent entrevoir la procédure de la preuve. Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 29, 82, 30, 84, 36, 102, 103. *Pro Cluentio*, 6, 18. *Pro Caelio*, 2, 4, 8, 19, 28, 66, 67.

(3) Dans le procès de Pison, on fixe un intervalle de six jours entre l'accusation et la défense (Tacite, *Ann.*, 3, 13) ; dans un autre procès, on sollicite un délai après l'accusation (Tacite, *Ann.*, 3, 67).

(4) Asconius, *In Mil.*, p. 37 : *utraque lex* (les lois exceptionnelles de Pompée relatives au meurtre de Clodius et à la corruption électorale) *prius testes davi, deinde uno atque eodem die et ab accusatore et a reo perorari jubebat*. Le même, p. 40 et suiv. : *ut prius quam causa ageretur testes per triduum audirentur*. La procédure se déroula dans cet ordre,

témoins et les explications qui s'y rattachent constituent le centre du débat. Cette manière de procéder était particulièrement à sa place pour les procès qui embrassaient plusieurs délits, ainsi que cela était légalement prescrit pour le délit de *repetundae* et comme cela avait fréquemment lieu ailleurs. Elle est au fond plus appropriée au but poursuivi; aussi a-t-elle été, à l'époque républicaine comme sous les empereurs, maintes fois préférée à la procédure ordinaire (1).

Discours
introdutifs
des parties.

Détails des
discours.

(428)

L'éloquence des avocats n'y trouvait pas à vrai dire son compte. Il est manifeste que les discours d'introduction, destinés uniquement par leur nature à orienter le tribunal, précédant la prestation de la preuve, indiquant par avance les résultats qu'on en attend et renouvelés deux ou plusieurs fois en cas d'*ampliatio*, sont devenus par abus la partie principale du débat et ont rendu moins nette la véritable procédure de la preuve. De son côté, la pratique des tribunaux s'est efforcée de tout temps de restreindre ces discours. Le moyen principalement employé dans ce but est la faculté reconnue au tribunal de fixer un délai maximum pour l'accusation comme pour la défense; c'est à cet effet qu'on installe plus tard dans la local du tribunal des clepsydras (2). Cette fixation d'un délai

(1) Cicéron, suivant l'exemple d'autres avocats de marque, a organisé de cette manière le procès contre Verrès : *faciam*, dit-il à la fin de son discours d'introduction (*Act.*, 1, 18, 35, cpr. L. 1, 41, 29), *ut testibus utar statim... ita testes constituam, ut crimen totum explicem, ubi id... argumentis atque oratione firmavero, tum testes ad crimen accommodem*. En agissant ainsi, l'avocat se réserve d'ailleurs de reprendre, lors du renouvellement de la preuve légalement prescrit à cette époque, ce qu'il aura négligé lors de l'interrogatoire des témoins. Dans le procès de Libon sous Tibère, les parties n'arrivant pas à se mettre d'accord sur le point de savoir qui ferait le discours principal, il semble que celui-ci n'ait pas lieu et l'un des accusateurs intervient dans l'accusation de la manière suivante : *singillatim se crimina objecturum professus* (Tacite, *Ann.*, 2, 30). Néron a rendu la justice de cette manière : Suétone, *Ner.*, 15 : *cognoscendi morem eum tenuit, ut continuis actionibus omissis singillatim quaeque per vices ageret*.

(2) Dans l'ancien droit, on a dû se guider d'après la position du soleil, ainsi que l'indique la loi des XII Tables. L'utilisation des clepsydras (Apulée, *Met.*, 3, 3, p. 177 : *ad dicendi spatium vasculo quodam in vicem coli graciliter fistulato ac per hoc guttatim defluo infusa aqua*) nous est décrit par Lydus, *De mag.*, 2, 16, comme une institution tombée en désuétude à son époque; naturellement elles ne donnent qu'une mesure approxima-

a passé de l'action privée (1) dans les *quaestiones*. Elle dépend au début de celui qui dirige le tribunal (2); la fixation d'un maximum par la loi est inconnue de l'ancien droit (3). De telles mesures ne sont apparues pour la première fois que dans la législation de Sylla et sont restées assez longtemps en vigueur à l'époque impériale (4), sans que toutefois les tribunaux, notamment les tribunaux souverains, aient été absolument liés par elles (5). Plus tard, le tribunal, a de nouveau la faculté de mesurer à son gré le temps qu'il convient d'accorder à chaque orateur (6). Les chiffres qui nous ont été transmis à

tive du temps et Plino (*Ep.*, 2, 11, 14) est reconnaissant au président du tribunal de lui avoir accordé des *clepsydrae spatiosissimae*.

(1) Ces limites de temps sont imposées aux parties dans l'action privée par le juré et non par le préteur qui préside à l'engagement de l'instance (Cicéron, *Pro Quinctio*, 9, 33, 22, 71). Dans la *lex coloniae Genetivae*, c. 102, il y a, à vrai dire, un maximum légal de temps fixé pour la procédure des jurys de récupérateurs. On retrouve fréquemment ailleurs (Martial, 6, 35, 8, 7. Pline, *Ep.*, 4, 23, 2, 6, 2, 3) des dispositions du même genre. On en rencontre aussi dans l'ancienne procédure pénale pour la défense (I p. 191 n. 2); mais le magistrat n'est pas tenu de les observer.

(2) Tacite, *Ann.*, 3, 13 : *biduum criminibus obiciendis* (contre L. Piso) *statuitur, utque sex dierum spatio interjecto reus per triduum defenderetur*. Chaque *quaesitor* a certainement eu le même pouvoir, lorsqu'il n'y avait pas de délais légaux.

(3) Les paroles de Tacite, *Dial.*, 38 : *modum dicendi sibi quisque sumebat*, ne doivent être entendues qu'avec cette restriction; cet écrivain commet également une inexactitude, lorsqu'il considère le délai des lois exceptionnelles de Pompée comme le premier qui ait été établi par une loi. Mais c'est avec raison qu'il signale, en regard de l'attitude peu énergique des magistrats de la République, l'application plus rigoureuse faite sous le Principat des limites légales ou discrétionnaires qui atteignent les orateurs.

(4) Cicéron, *Verr.*, *act.*, 1, 41, 32 (avec les scolies de Gronovianus p. 396). L. 1, 9, 25, parle des *horae legitimae* qui lui appartiennent comme accusateur. Le même, *Pro Flacco*, 33, 82. Pline, *Ep.*, 4, 9, 9. Chez Quintilien, 12, 6 3, et Apulée, *Apol.*, 28, 46, il semble bien qu'on fasse aussi allusion à un maximum d'heures légalement fixé. — En cas d'interruption du discours, on arrête l'écoulement de l'eau (Apulée, *Apol.*, 37 : *tu interea dum legit aquam sustine*. 94).

(5) Dans un procès devant le Sénat on accorde à l'un des accusateurs, qui avait déjà obtenu douze *clepsydrae* largement mesurées, cinq nouvelles *clepsydrae*, de telle façon qu'il parle en tout cinq heures (Pline, *Ep.*, 2, 11, 14). Dans les procès devant l'empereur, les souverains consciencieux mesurent largement l'eau aux parties : Dion, 71, 16 (= *Zon.*, 12, 2), 76, 17.

(6) Les ouvrages juridiques ne parlent pas de ces délais.

(429) cet égard ne permettent pas de dégager des règles générales (1); le délai est toujours fixé en bloc pour l'accusation et pour la défense et on laisse aux différents avocats le soin de le partager entre eux (2). — Malgré ces entraves judiciaires et légales, la plante parasite de l'éloquence judiciaire a exercé, à l'instar de son modèle grec, une influence désastreuse sur l'administration de la justice romaine (3) et le préjudice a été doublement grave, lorsque dans la période de la République postérieure à Sylla (4) et pendant les deux premiers siècles de l'Empire les plaidoyers non politiques jouèrent aussi un rôle dans la littérature (5). Si ce mouvement prend fin après Septime Sévère, il n'y a là, à vrai dire, qu'une manifestation de la décadence intellectuelle générale qui se propage en tous sens.

L'éloquence
judiciaire,
comme genre
de littérature.

(1) Dans les lois exceptionnelles de Pompée de 702/52, on accordait à l'accusation deux heures et à la défense trois heures (Asconius, *In Mil.*, p. 37. 42. Dion, 40, 52. Cicéron, *Brut.*, 94, 324. *De fin.*, 4, 1, 1). Dans le procès de *repetundae*, la loi fixait, à l'époque de Trajan, pour l'accusation six heures et pour la défense neuf heures (Pline, *Ep.*, 4, 9, 9). La *lex coloniae Genetivae*, c. 102, donne à l'accusateur principal quatre heures et à chaque accusateur en sous-ordre deux heures; l'accusé a une fois et demie autant d'heures. En principe (cpr. II p. 107 n. 2 et Apulée, *Apol.*, 28), le délai accordé à la défense est, par rapport au temps attribué à l'accusation, dans la proportion de deux à trois.

(2) Asconius, *In Mil.*, p. 42. Pline, *Ep.*, 4, 9, 9. *Lex coloniae Genetivae*, c. 102. — Pour la limitation du nombre des avocats, cpr. II p. 47 n. 7.

(3) Non, *quemadmodum putatis, omnia sunt in eloquentia*, dit Cicéron (*Pro Quinctio*, 26, 80); mais sa conduite concorde peu avec cette affirmation.

(4) On a déjà publié antérieurement des plaidoyers politiques; mais des deux avocats les plus célèbres vers le milieu du viii^e siècle, l'un M. Antoine n'a publié aucun plaidoyer, l'autre L. Licinius Crassus n'a publié que des plaidoyers politiques. Ce genre de littérature commence avec Hortensius et Cicéron.

(5) Si les plaidoyers publiés sous la République ont toujours au début et plus tard ordinairement un caractère politique, on voit par contre cesser sous le Principat la publication non seulement des discours essentiellement politiques, mais aussi des plaidoyers faits dans les instances criminelles proprement dites. Il est vrai que la censure de cette époque ne pouvait pas se montrer favorable à des discours comme celui de Cicéron pour Cluentius et les orateurs, désireux d'arriver, devaient se contenter de publier les plaidoyers faits dans les procès inoffensifs d'hérédité devant les centumvirs (Tacite, *Dial.*, 38) et tout au plus dans les actions de *repetundae* (comme celui de Pline pour Bassus).

La procédure de la preuve (1) commence lorsque la fin des discours d'introduction a été constatée par un cri du héraut (2). Elle ne comporte pas plus ici que dans l'action privée l'interrogatoire de l'accusé, quoique celui-ci garde naturellement la faculté de reconnaître ou de contester à son gré telle ou telle information, sans qu'une interrogation préalable ait lieu. Il le fait tant dans la forme de la défense personnelle que par voie d'intervention dans la prestation de la preuve (3). Par contre, la procédure pénale sans accusateur, tant celle des premiers temps de la République que celle de l'Empire, ne peut pas se concevoir sans un interrogatoire de l'accusé. Nous avons déjà fait cette remarque à propos de la procédure qui relève du magistrat (I p. 168 n. 3), elle est confirmée par les données peu nombreuses que nous possédons sur la procédure de la *cognitio* devant l'empereur (4) et ses délégués (5), de même que devant les gouverneurs de province (6). Dans la dernière période, l'intervention du magistrat dans la direction

Prestation
de la preuve.

(430)

Audition
de l'accusé.

(1) *Planum facere* est également employé comme expression technique à côté de *probare* pour désigner la prestation de la preuve. Lucrèce, 2, 934 : *planum facere atque probare*. *Rhet. ad Her.*, 2, 3, 5. c. 20, 46. Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 23, 65. *Verr., act.* 1, 14, 40. l. 5, 64, 165. *Pro C. Rab. Post.*, 13, 37.

(2) Quintilien, 1, 5, 43 : *cum... « dixere » de pluribus patronis praeco pronuntiavit*.

(3) Cicéron, *Verr.*, 3, 16, 41. 5, 59, 155. Asconius, *In Mil.*, p. 41. La mention que l'accusé conteste un fait (par ex., Tacite, *Ann.*, 2, 30 : *negante reo*), n'implique nullement que la forme de l'interrogatoire ait été employée.

(4) Suétone, *Auguste*, 33 : *manifesti parricidii reum... ita fertur interrogasse : certe patrem tuum non occidisti?* Dion, 57, 15 (Tibère) πολλὰς μὲν εἰκὰς ἀκούων, πολλὰς δὲ καὶ αὐτὸς ἐπερωτῶν. Suétone, *Claude*, 15. Ammien, 29, 1, 25. 33. Hadrien, *Dig.*, 22, 5, 3, 3 : *quod crimina objecerit apud me Alexander Apro, ea (ms. et) quia non probabat nec testes producebat, sed testimoniis (témoignages écrits II p. 87) uti volebat, quibus apud me locus non est, nam ipsos interrogare soleo, eum (ms. quem) remisi ad provinciae praesidem, ut is de fide testium quaereret*. Cette règle est reproduite dans les *Basiliques*, 21, 1, 3, comme étant d'une application générale : (οἱ μάρτυρες) αὐτοπροσώπως ἐρωτῶνται πρὸς τοῦ δικαστοῦ. Le procès capital qui se déroule devant l'empereur Commode et mentionné I p. 310 n. 1 a lieu également sous forme de questions et de réponses.

(5) Interrogatoire d'un voleur de grand chemin par le *praefectus praetorio* : Dion, 76, 40.

(6) Nous avons réuni II p. 79 n. 4 les preuves en ce sens que nous fournissent notamment les procès des chrétiens.

des procès a vraisemblablement eu pour effet de procurer une certaine place à l'interrogatoire de l'accusé même dans la procédure d'accusation.

La prestation de la preuve ne présente pas ici de particularités proprement dites, elle obéit en principe aux règles ordinaires de la procédure civile.

Audition
des témoins.

(431) L'audition des témoins libres occupe la première place dans la prestation de la preuve. L'interrogatoire des témoins annoncé par un appel général du héraut (1) est fait par les parties ou même ordinairement par leurs avocats ; c'est seulement sous le Principat qu'on voit le magistrat leur poser des questions (II p. 100 n. 4). Le témoin ne peut pas parler s'il n'est pas interrogé (2). Les questions lui sont d'abord posées par la partie qui le produit (3) ; mais l'adversaire a toujours le droit de lui poser une contre-interrogation (4). Ce débat prend fréquemment la forme d'une discussion entrecoupée (*altercatio*) entre les avocats des deux parties, il est souvent un interrogatoire entrecroisé (5). Le président doit autant que possible empêcher que des inconvenances soient commises dans les questions et les réponses (6). On entend d'abord les témoins

(1) Les paroles de Quintilien, 6, 4, 7 : *in publicis judiciis vox illa praconis praeferat patronos ipsum qui egerit citat*, impliquent un appel du héraut qui a lieu après la fin des discours des parties pour annoncer d'une manière générale le commencement de l'audition des témoins. Les Verrines de Cicéron, I, 1, 7, 20 : *primo die testium tanto numero citato* se rapportent peut-être aussi à une lecture de toute la liste des témoins qui aurait lieu au début de cette procédure d'audition.

(2) Cicéron, *Pro Flacco*, 4, 10 : *numquam nobis (testes Graeci) ad rogatum respondent, semper accusatori plus quam est rogatum*. Scolies sur les Verrines I, 1, 33, 84 p. 182 : *loqui nisi interrogato testi non licebat*.

(3) La forme est *te rogo*. Cicéron, *Pro Flacco*, 10, 23 et ailleurs. La contre-interrogation s'appelle ordinairement *interrogatio*, comme par exemple l'*interrogatio* de Cicéron in *P. Vatinius testem*.

(4) Cicéron, *Verr.*, I, 1, 28, 71. 2, 61, 156. *Pro Fonteio*, 10, 22. *Pro Caelio*, 14, 33. 34. Scolies sur les Verrines I, 1, 10, 29 p. 163 et *loc. cit.*

(5) Quintilien, 6, 4, 7, cpr. 24, 28 et Plinius, *Ep.*, 3, 9, 24. Cet échange de paroles peut naturellement se produire pour d'autres raisons ; mais ordinairement il se lie à l'audition des témoins.

(6) II p. 99 n. 2. Le discours de Cicéron, agissant comme défenseur de Sestius contre le témoin Vatinius, nous montre ce que les avocats se permettaient à cet égard vis-à-vis des témoins. Le *quaesitor* a dû certaine-

de l'accusateur, puis ceux de l'accusé ; en dehors de là, l'ordre d'audition est déterminé par celui qui produit les témoins (1). Chaque témoin est appelé devant le tribunal (2) par le héraut (3) et dépose après avoir prêté serment (4). Il est d'usage de parler ici non de ce que l'on sait (*scire*), mais de ce que l'on pense (*arbitrari*) (5). La fin de l'audition des témoins est constatée par un cri du héraut (6). Sous le Principat, au lieu (432) d'être fourni dans cette procédure spéciale, le témoignage est produit dans le discours même des parties (7).

La réception des dépositions des esclaves s'opère en principe de la même manière. Elle a également lieu après les discours des parties (8), au siège même du tribunal ou non loin

Déclarations
des esclaves.

ment avoir la faculté d'intervenir en pareil cas, mais il pouvait difficilement interrompre directement l'audition des témoins. Cpr. Cicéron, *De fin.*, 2, 19, 62 : *A. Varius, qui est habitus iudex durior, dicere consessori solebat, cum datis testibus alii tamen citarentur : « aut hoc testium satis est aut nescio quid satis sit »*.

(1) Cicéron, *Verr.*, 2, 72, 177 : *producam plures eodem tempore*.

(2) C'est à lui qu'il doit être fait allusion dans Cicéron, *Pro Fonteio*, par les mots *ex illo loco*.

(3) Cicéron, *Verr.*, 1, 2, 30, 75. *Pro Flacco*, 13, 34.

(4) Cicéron, *Verr.*, 1, 2, 33, 80. c. 72, 477. 5, 41, 27. *Pro Fonteio*, 11, 24, 13, 29, 30. *Pro Flacco*, 5, 11, 12. *Pro Caelio*, 2, 4, 8, 20, 22, 54. Quintilien, 5, 7, 5, 32. *Cod. Th.*, 11, 39, 3, *pr.* = *Cod. Just.*, 4, 20, 9, *pr.* Les formules *ex animi sententia et si sciens fallo* chez Cicéron, *Acad.*, 2, 47, 146, se rapportent tout d'abord à ce serment.

(5) Cicéron, *Acad.*, 1, 2, 47, 146 : (*maiores voluerunt*) *qui testimonium diceret, ut arbitrari se diceret etiam quod ipse vidisset*. Le même, *Pro Fonteio*, 13, 29, blâme un témoin gaulois à cause de son *scire*.

(6) Cicéron, *Verr.*, 1, 2, 30, 75 : *testes citari jubet : dicit unus et alter breviter : nihil interrogatur : praeco dixisse pronuntiat*. Le même, *Pro Cluentio*, 27, 73 : *Cannutio* (l'avocat du demandeur)... *placuit repente pronuntiare* (plutôt *pronuntiare*; car l'avocat peut bien provoquer la clôture de l'audition des témoins, mais non la prononcer) : « *dixerunt* ».

(7) Apulée, *Apol.*, 33. 61. 62. 101. Déjà dans le procès de Pison (II p. 404 n. 5), il n'est question que de l'accusation et de la défense; l'audition des témoins doit donc avoir été intercalée dans celles-ci. En réalité, le procédé suivi par Cicéron dans le procès contre Verrès n'est pas essentiellement différent du précédent. Cpr. II p. 404 n. 4.

(8) Le défenseur indique cette audition comme imminente (Cicéron, *Pro Sulla*, 28, 78). Si dans le procès de Milon elle précède les discours (Cicéron, *Pro Mil.*, 22, 39), cela s'explique par le renversement exceptionnel de la procédure (II p. 405 n. 4) qui eut lieu dans cette affaire. Cette audition suivait vraisemblablement celle des personnes libres; dans un procès

de là, dans un local permettant l'interrogatoire avec torture (1), en présence du tribunal (2), des parties et de leurs assistants judiciaires (3). Pour les interrogations et contre-interrogations, on applique les règles relatives aux dépositions des témoins (4).

Production
des titres.

(433) Les papiers qui servent d'instruments de preuve sont fréquemment présentés par les personnes mêmes qu'ils intéressent et leur production prend ainsi place dans l'audition des témoins. Tous les autres écrits qui servent dans la procédure de la preuve, parmi lesquels il faut compter les dépositions extrajudiciaires écrites des personnes libres et des esclaves, paraissent n'avoir eu dans la prestation de la preuve que la dernière place (5), à moins qu'ils n'aient été, comme cela est fréquent, lus dans les discours des parties (6) et dans certains cas présentés aux jurés eux-mêmes (7).

renvoyé par l'empereur au Sénat, on remet à celui-ci avec les procès-verbaux *festium interrogatio, tormenta servorum* (Tacite, *Ann.*, 6, 47).

(1) Tite-Live, 26, 27, 9 : *quaestio ex ministris facinoris foro medio haberi coepta est*. Cicéron, *Pro Milone*, 22, 59 : *quaestiones urgent Milonem, quae sunt habitae nunc in atrio Libertatis* (au côté nord du forum : Hülsem, *Mitth. des arch. Inst.* 4, 1887, p. 240).

(2) Les preuves font défaut, mais il n'est nulle part dit que ces déclarations soient conservées par écrit.

(3) *Dig.*, 48, 5, 28, 7 : *quaestioni interesse jubentur reus reave et patroni eorum et qui crimen detulerit*.

(4) *Dig.*, *loc. cit.* : *interrogandique facultas datur patronis*. Il est naturel que celui qui les produit les interroge le premier.

(5) Un argument en ce sens nous est notamment fourni par la description de la procédure dans l'action privée, citée II p. 104 n. 4 et vraisemblablement donnée à titre de schéma : *judex testes poscit, tabulas poscit*. Le fait que les discours des parties annoncent non seulement les dépositions des témoins qui vont avoir lieu, mais aussi les productions de titres qui vont se faire (Cicéron, *Verr.*, 1, 4, 40, 28. c. 60, 156. 2, 20, 50), n'est pas probant : car les titres sont souvent présentés par les témoins eux-mêmes.

(6) Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 9, 25. *Verr.*, 1, 4, 33, 83. *Pro Sest.*, 4, 10, et ailleurs. Une décision d'un municipes, apportée par des légats, est lue au cours de la plaidoirie ; les légats sont invités à se lever pour entendre cette lecture (Cicéron, *Pro Cluentio*, 69, 196).

(7) Un article ayant été falsifié par rature dans le livre de comptes des fermiers d'impôt qui ne peut être saisi (II p. 97 n. 3), Cicéron en présente un fac-similé authentique aux jurés (*Verr.*, 2, 76. 77. 78). Cicéron, *Ad. Att.*, 1, 16, 4 (cpr. *Pro Balbo*, 5, 11 ; Val. Max., 2, 10, 1) : *tabulas Metelli Numidici, cum eae, ut mos est, circumferrentur, nostri iudices aspicere noluerunt*.

Le droit romain ne connaît pas de prescription générale fixant un délai maximum pour la procédure de la preuve ; mais des délais de ce genre ont été établis pour différents procès, soit par une loi spéciale, par exemple par la loi de Pompée promulguée à l'occasion du meurtre de Clodius (1), soit par une décision du tribunal, comme cela a eu lieu dans l'instruction relative à la mort de Germanicus (2).

Délais
de preuve.

Il n'est pas de règle dans la procédure romaine que les discours des parties se placent à la fin des débats ; nous avons déjà fait remarquer (II p. 103 n. 4, II p. 111 n. 8) que dans la *quaestio* spéciale organisée à l'occasion du meurtre de Clodius, les discours des parties ont, en vertu d'une prescription légale, suivi la procédure de la preuve. Le fait que cet aperçu général des preuves pour et contre, dont la procédure pénale ne peut se passer sans inconvénient, précède la prestation de la preuve au lieu de la suivre entravait gravement le fonctionnement de la justice ; il est sans aucun doute la cause du renouvellement de la procédure ordinairement permis sous la forme de l'*ampliatio* et même partiellement prescrit dans la forme de la *comperendinatio*. En effet, bien que la procédure de la preuve se renouvelle dans chaque débat, les preuves produites dans un précédent débat peuvent être réunies aux nouvelles et les parties ont ainsi la possibilité d'insister dans un débat postérieur sur des preuves précédemment fournies ou de les contester et de présenter aux jurés dans les discours du dernier débat un

Influence du
renouvellement
de la procédure
de la preuve
sur la prestation
de celle-ci.

(434)

(1) Asconius, *In Mil.*, p. 40 (cpr. p. 37, 41) : (*lex*) *jubebat, ut... testes per triduum audirentur... quarta die adesse omnes in diem posteram juberentur ac coram accusatore ac reo pilae, in quibus nomina judicum inscripta essent, aequarentur, dein rursus postera die sortitio judicum feret*. Les trois jours de l'audition des témoins sont le 4 avril (jour qui ne peut être écarté) les 5 et 6 avril et après un jour d'intervalle la décision est rendue le 8 du même mois ; la suite du récit, p. 41, concorde avec ce qui précède, à la condition de ne comprendre sous le double *postera die* (de même que précédemment *in diem posteram* et *rursus postera die*) que deux jours.

(2) Tacite, *Ann.*, 3, 43, où les délais comprennent l'audition des témoins (II p. 107 n. 2).

exposé d'ensemble de l'affaire basé sur la totalité des preuves (1).

Durée de la
procédure.

La procédure, avec les discours des parties et la prestation de la preuve, même abstraction faite du renouvellement de la procédure de la preuve, exigeait fréquemment plusieurs jours (2); en pareil cas, le président levait la séance (3) et fixait la suivante au plus prochain jour convenable.

(1) Les discours de Cicéron, notamment ceux contre Verrès et pour Fonteius, nous donnent de nombreuses preuves d'une reprise dans un second débat des témoignages déjà fournis dans le premier débat. Pour la seconde audition de témoins contre Verrès, Cicéron annonce (2, 72, 177. 5, 59) d'une part le rappel de témoins déjà entendus, d'autre part l'audition de nouveaux témoins.

(2) La première procédure de preuve dans le procès de Verrès, y compris les discours succincts des parties, dura neuf jours (*Verr.*, 1. 1, 7, 20. c. 60, 156 : *novem solis diebus*).

(3) Cela s'appelle *consilium dimittere* : *lex repetundarum*, 1. 70. Cicéron, *De orat.*, 1, 26, 121. *Verr.*, 1. 2, 29, 72, 30, 73, 33, 81. 5, 63, 163. La formule employée dans ce but (*re*) *licet* est expliquée par Donat sur Térence, *Phorm.*, 1, 4, 31 (cpr. sur *Eun.*, 1, 1, 9) : *sic iudices de consilio dimittentur suprema dicta, cum praeco pronuntiasset « ilicet », quod significat ire licet*. C'est donc à tort que les scolies sur Virgile, *Aen.*, 2, 424, rapportent à la reddition de la sentence cette formule qu'on rencontre d'ailleurs dans une autre application (cpr. les scolies sur *Aen.*, 6, 216).

SECTION VII

(435)

LA REDDITION DE LA SENTENCE

Nous avons à traiter ici de la reddition de la sentence, soit au point de vue du fond, en tant qu'elle dépend de l'appréciation par le tribunal saisi des éléments de preuve qui lui ont été présentés, soit au point de vue de la forme, en ce qui concerne l'expression valable de la conviction acquise par le tribunal.

La conviction requise du juge, statuant seul ou avec d'autres, pour justifier la condamnation et la rendre nécessaire, doit porter sur les éléments essentiels du délit prétendu, c'est-à-dire sur la capacité délictuelle, la volonté de commettre un délit et la réalisation de celui-ci. La cause morale d'excuse dont on peut éventuellement établir l'existence ne doit pas, lorsque le délit est prouvé, influencer sur la décision du juge. Toutefois cette règle, basée sur l'essence même de la procédure, n'a jamais été reconnue qu'imparfaitement chez les Romains : la juridiction et le droit de grâce se confondent chez les autorités souveraines, c'est-à-dire tant chez le citoyen votant dans la procédure de provocation à raison du pouvoir souverain des comices que chez le sénateur et l'empereur à raison de leur non sujétion aux lois ; chez ces puissances, la conviction que le délit a été commis n'entraîne pas nécessairement la condamnation (1). Lorsque la prestation de la preuve n'a pas donné

Conviction
du juge.

(1) C'est là dessus que repose la *deprecatio* ou demande de grâce. Quin-

(436) cette conviction au juge, celui-ci doit acquitter, sans qu'il y ait à distinguer s'il est convaincu de l'innocence ou si simplement il n'est pas convaincu de la faute (1).

La conviction, qui détermine le juge à condamner est, comme nous l'avons déjà fait remarquer (II p. 74), celle des sciences historiques, qui n'exclut pas l'erreur même en cas d'examen scrupuleux. Les Romains ont gardé la conscience que des erreurs étaient inévitables dans l'administration de la justice, ainsi que le prouvent l'emploi du mot penser (*arbitrari*) dans la formule de déposition des témoins (II p. 111 n. 5) et l'emploi du mot paraître (*videri*) pour la reddition de la sentence (II p. 130 n. 4). La législation romaine ne s'occupe pas de la question de savoir de quelle manière le juge est parvenu à se convaincre de la culpabilité de l'accusé : tous les renseignements que nous trouvons à cet égard dans les sources juridiques ne sont pas tant des prescriptions positives que des considérations rationnelles pratiques aussi évidentes en tant que principes qu'elles sont difficiles et complexes dans leur mise en œuvre. Il ne peut pas en être autrement ; car le fondement éthique du droit pénal romain, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer (II p. 74), laisse peu de place aux formes légales de preuve et nos sources ne nous donnent pas de l'application pratique du droit pénal une vue suffisamment étendue. Nous groupons ici le peu qui nous paraît digne d'être mentionné à cet égard.

tillien, 7, 4, 18 : *in senatu et apud populum et apud principem et ubicumque juris clementia est habet locum deprecatio*; de même 5, 13, 5, par rapport à des procès *apud C. Caesarem* (comme ceux contre Ligarius et Dejotarus) et *triumvros*. Cela s'applique notamment au procès comitial également mentionné chez Quintilien : le procès du *confessus*, qui a tué sa sœur par patriotisme, a ici la valeur d'un paradigme et Tite-Live, 2, 33, 5 (analogue : Denys, 7, 60. 62) dit exactement d'une instance postérieure : *precibus plebem exposcentes unum sibi civem... si innocentem absolvere nollent, pro nocente donarent*. On reconnaît expressément que la *deprecatio* ne peut trouver place dans la procédure ordinaire. Quintilien, 7, 4, 17 : *quod genus causae plerique negant in judicium unquam venire*. 5, 4, 5. *Rhet. ad Her.* 1, 14, 24. 2, 17, 25. Cicéron, *De inv.*, 2, 11, 15.

(1) *Dig.*, 48, 19, 5, *pr.* : *nec de suspicionibus debere aliquem damnari Trajanus... rescripsit*.

Lorsque l'accusé déclare qu'il n'est pas coupable, il y a seulement lieu de se demander en droit dans quelle mesure la procédure de transaction par voie de *delatio* et de *relatio* de serment, admise en droit civil, peut s'étendre à la procédure pénale et de rechercher notamment si l'accusateur peut proposer à l'accusé le serment purgatoire et faire dépendre de la prestation de ce serment l'abandon de l'accusation. Cette extension n'a pas lieu pour le procès capital, mais elle se produit pour la procédure pénale tendant à une condamnation pécuniaire (1) et il nous suffit à cet égard de renvoyer en principe à la procédure civile. Toutefois la *relatio* du serment purgatoire est exclue comme immorale, lorsqu'il s'agit d'un délit personnel (2). Le refus de prêter serment a dû, au moins dans certains cas, être assimilé à la condamnation, même quant aux conséquences relatives à l'honneur (3). Nos sources ne parlent pas d'un serment purgatoire exigé par la justice (4).

La négation de l'accusé et le serment purgatoire.

(437)

L'aveu de l'accusé qu'il a commis le délit en question et encouru la peine (5) n'est pas, en principe, juridiquement nécessaire pour la condamnation (6); il n'y a d'exception que

L'aveu de l'accusé.

(1) Paul, 2, 1, 1, ne parle de la délation de serment que pour les *causae pecunariae* et c'est à ce point de vue seul qu'il en traite; mais cette institution s'étend aussi au *poenale iudicium* (*Dig.*, 12, 2, 3, 1).

(2) *Dig.*, 25, 2, 11, 3. l. 12. l. 13. Si l'on voit un demandeur prêter un serment de ce genre dans une action de vol (*Dig.*, 12, 2, 28, 9), il faut supposer qu'il s'agit d'un vol commis par un esclave.

(3) On peut le déduire de *Dig.*, 12, 2, 38. Toutefois il n'est pour ainsi dire pas question de la délation de serment dans la procédure pénale et il y a tout lieu de se demander si le prêteur a, en fait, proposé à tout homme irréprochable de prêter un serment de ce genre.

(4) Dans le petit nombre de textes qui mentionnent le serment purgatoire judiciaire (par ex. : *Dig.*, 12, 2, 34), il n'y en a pas un seul qui se rapporte à la procédure pénale.

(5) Le simple aveu du fait, la *confessio facti*, pour employer l'expression de Cicéron, *Pro Mil.*, 6, 15, ne suffit évidemment pas, si l'aveu de la faute ne s'y joint pas; on peut, en effet, prétendre qu'il y a eu légitime défense, comme cela est le cas dans l'affaire de Milon.

(6) Cicéron, *Or. part.*, 33, 116 : *sequitur ille locus... non esse expectandum*

(438) pour le cas de meurtre d'un proche où la condamnation ne peut-être prononcée que s'il y a aveu (1). Mais ce mode de preuve est bien celui dont le juge compétent tiendra compte en première ligne (2), et bien que les jurisconsultes romains aient reconnu la possibilité d'un aveu contraire à la vérité, notamment lorsqu'il est arraché par la torture (3), cet aveu entraîne ordinairement à sa suite la condamnation (4) et permet comme celle-ci la détention en vue d'assurer l'exécution de la peine (5). Dans les délits d'opinion, l'aveu rend en principe toute prolongation du débat inutile et il suffit par lui-même pour provoquer le jugement définitif (6). Ici, on accor-

dum fateatur ; argumentis convinci posse. On peut même condamner à mort sans qu'il y ait aveu (*Val. Max.*, 8, 4, 2).

(1) Suétone, *Aug.*, 33.

(2) Cicéron, *Pro Lig.*, 1, 2 : *habes... quod est accusatori maxime optandum confitentem reum* ; Constantin, *C. Th.*, 9, 40, 1 = *C. Just.*, 9, 47, 16 : *aut sua confessione aut certe omnium qui tormentis vel interrogationibus fuerint dediti... convictus.* Même lorsque l'aveu est fait par un représentant, — on peut aussi considérer comme tel l'acte de celui qui fait défaut dans une procédure pénale en annonçant par intermédiaire à l'autorité répressive qu'il s'est exilé, forme de défaut dont nous avons un exemple dans la procédure pontificale rapportée par Pline, *Ep.*, 4, 11, 1 — il peut faire preuve complète ; car tout formalisme est ici exclu.

(3) *Dig.*, 48, 18, 1, 17. 23. 27. *Val. Max.*, 8, 4, 1. *Cpr.*, *Rhet. ad Her.*, 2, 7, 10.

(4) Les praticiens énergiques sont vraisemblablement aussi enclins que les déclamateurs d'école à transporter non seulement au délit privé, mais même au droit pénal public, l'assimilation faite en droit privé entre le *confessus* et le *judicatus*. C'est ce que prouve tant l'argumentation de Caton au regard des partisans de Catilina qui ont avoué (Salluste, *Cat.*, 52, 36) que le thème des rhéteurs : *magistratus de confesso sumat supplicium* (Sénég., *Contr.*, 8, 1 ; Quintilien, *Decl.*, 314).

(5) *Cpr.* au Liv. V la Sect. de la peine capitale.

(6) Les écrivains chrétiens reprochent à leurs adversaires de prononcer immédiatement la peine dès que le chrétien a avoué, tandis qu'ils ne procédaient pas ainsi d'emblée au regard des autres délinquants. Tertullien, *Apol.*, 2 (de même *Ad nat.*, 1, 2), expose que, vis-à-vis des chrétiens, la *confessio nominis* suffit à les faire condamner, *quando, si de aliquo nocente cognoscatis, non statim confesso eo nomen homicidae vel sacrilegi vel incesti vel publici hostis... contenti sitis ad pronuntiandum, nisi et consequentia exigatis, qualitatem facti, numerum locum modum tempus conscios socios... quid de tabella recitatis illum Christianum?* Cela est confirmé par Lactance, *De mort. persec.*, 15 et, en général, par les actes des Martyrs. On peut répondre au point de vue juridique que dans le délit de religion, comme pour tout procès d'opinion, il ne peut pour ainsi dire pas y avoir d'aveu con-

daît sous certaines conditions à celui qui avait avoué, dans la mesure où il pouvait revenir sur son aveu et en faire disparaître les effets, un délai de réflexion de trente jours (1).

Le droit romain assimilait au *confessus* :

Aveu implicite.

1. Celui qui, coupable d'un crime frappé de la peine de mort ou de la déportation (2), était pris en flagrant délit (3) ;

2. Celui qui accusé d'un crime entraînant la mort ou la déportation se suicidait (4) ;

3. Celui qui, au cours d'une accusation capitale, avait tenté de corrompre son accusateur (5). (439)

Les dépositions de tierces personnes doivent être appréciées aux différents points de vue de la personne des déposants, de la forme de la confirmation, du nombre des déposants et du contenu des dépositions. Toutes ces questions se posent aussi dans la procédure civile, mais elles se présentent plus pressantes dans la procédure criminelle. C'est pour cette raison que les juristes romains s'occupent de préférence du témoignage à propos du droit criminel (6).

Appréciation
des dépositions
faites
par des tierces
personnes.

traire à la vérité et qu'il faut aussi y tenir moins compte des modalités de l'avou qu'en cas de violation matérielle d'une loi.

(1) Dans les actes des martyrs scillitains (II p. 79 n. 4), le proconsul leur dit : *numquid ad deliberandum spatium vultis?* et plus loin : *horam XXX dierum habete et recordemini*, ce qu'ils refusent.

(2) *Dig.*, 48, 21, 3, 1, 3.

(3) *Dig.*, 48, 21, 3, *pr.*

(4) Si au début la condamnation a lieu en pareil cas après la mort (Tite-Live, 3, 58, 9. Tacite, *Ann.*, 3, 17, 4, 30), à l'époque postérieure elle parait superflue (*Dig.*, 24, 1, 32, 7. 48, 21, 3, *pr.* 49, 14, 45, 2. *Cod.*, 3, 26, 2, 9, 6, 3, tit., 50, 1, c. 2). A l'époque impériale, il arriva, semble-t-il, que le sénateur qui voulait attenter à sa vie indiquait devant le Sénat les raisons de cet acte pour écarter la saisie de son patrimoine (Quintilien, 7, 4, 39). Naturellement, on s'est fréquemment abstenu d'appliquer ce traitement rigoureux à celui qui par crainte se suicidait avant la condamnation (Tacite, *Ann.*, 6, 29 : *eorum qui de se statuabant humabantur corpora, manebant testamenta*. Dion, 58, 19 ; cpr. 1 p. 76).

(5) *Dig.*, 48, 21, 2, *pr.*

(6) Paul traite de *testibus et quaestionibus* (tels sont les termes de la ru-

Au point de vue de la personne du témoin, la déposition de l'esclave est considérée en principe comme ayant une valeur moindre que celle de l'homme libre et on ne doit l'interroger qu'autant que sa déposition est indispensable (1). En ce qui concerne les personnes libres, nous avons déjà dit (II p. 77) que les personnes notées d'infamie ne doivent dans aucun cas être admises à déposer publiquement. D'une manière générale il faut tenir compte tant de la position sociale (2) du témoin que de sa situation personnelle vis-à-vis de l'accusé (3). Autant que possible, il ne faut pas procéder à l'audition des témoins sujets à caution (4).

Nous avons déjà exposé dans la Section précédente (II p. 87) qu'au point de vue de la forme le témoignage, pour avoir sa pleine valeur, doit être déposé en justice et que le témoignage extrajudiciaire, d'ailleurs authentiqué, n'est pas repoussé, mais est considéré comme ayant une valeur moindre par suite

brique : *Coll.*, 9, 3) au livre V de ses *sententiae* dans la partie générale du droit pénal et bien que les commissaires de Justinien aient rangé le titre du témoignage dans la procédure de la preuve en droit civil (*Dig.*, 22, 5), les différents textes qui composent ce titre sont principalement empruntés aux écrits de droit criminel.

(1) *Dig.*, 22, 5, 7 : *servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est.*

(2) Callistrate, *Dig.*, 22, 5, 3, *pr.* : *testium fides diligenter examinanda est ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cujusque, utrum quis decurio an plebeius sit : et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis, an locuples vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat.* Charisius, *Dig.*, 22, 5, 21, 3. *Cod.*, 4, 20, 5. Paul, 5, 15, 1 = *Coll.* 9, 3, 1. Les défenseurs des gouverneurs romains dans les procès de concussion développent fréquemment cette idée que les témoignages fournis par les étrangers ont une valeur moindre. Cicéron, *Pro Fonteio*, 20 et suiv. *Pro Flacco*, 4, 21. *Pro Seauro*, 17. *Pro Rab. Post.* 12. Quintilien, 5, 7, 5 : *gentium simul universarum elevata testimonia ab oratoribus scimus.*

(3) Callistrate, *loc. cit.*, continue : *vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat.* Charisius, *loc. cit.* *Cod.*, 4, 20, 17. Justinien, *Nov.*, 90, spécialement c. 7. Licinius Rufinus, *Dig.*, 22, 5, 6 : *idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant.* *Dig.*, 22, 5, 24.

(4) Paul, *loc. cit.* A l'époque postérieure à Constantin un tel témoin, lorsqu'il est indispensable, est soumis comme l'esclave à un interrogatoire avec torture (II p. 83 n. 5). Nos sources ne parlent pas de déposition avec exclusion du serment du témoin.

de l'absence de serment et de l'impossibilité où l'on a été de poser des questions au témoin.

Il est aussi évident que la déposition concordante de plusieurs témoins est particulièrement propre à faire la preuve complète qu'il est inadmissible de traiter d'emblée comme suspect le témoignage isolé. Cette dernière règle a cependant été formulée fréquemment par les avocats (1) et elle a été admise dans les constitutions négligemment rédigées de la dernière période (2).

En ce qui concerne le contenu des dépositions, la règle évidente, d'après laquelle on n'en tient compte qu'autant qu'il a de l'importance pour la question de fait, ne doit être commentée ici qu'au point de vue des témoignages d'ouï-dire et des témoignages de moralité. Les premiers sont rejetés parce qu'entendre parler d'un fait ne prouve nullement qu'il a eu lieu (3); toutefois les Romains n'ont pas dû méconnaître en (441) pratique que ces témoignages n'étaient pas absolument dépourvus d'importance. — Quant aux dépositions qui se rapportent uniquement au caractère de l'accusé, le juge répressif ne peut pas s'en passer; car, au point de vue moral, il a la mission d'éclaircir le plus possible le côté psychologique du crime; mais il ne peut user que dans des limites équitables des conclusions qui se dégagent de ces dépositions. Nous mentionnons ici ces dépositions à raison de l'abus de la *laudatio*, c'est-à-dire du

(1) C'est ainsi qu'on la rencontre chez Sénèque, *Contr.*, 7, 1, 23 : *uni (testi) etiam de minore scelere non creditur*. 7, 5, 1. Quintilien, *Decl.*, 379. Plutarque, *Gal. min.*, 49. Paul *Dig.*, 48, 18, 20.

(2) Constantin, *C. Th.*, 11, 39, 3 = *C. Just.*, 4, 20, 9 : *sancimus, ut unius testimonium nemo iudicum in quacumque causa facile patiatur admitti, et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praeferat*, où le mot *facile* (la seconde constitution renouvelant simplement la première au regard des décurions) indique sans doute que cette proposition qui demande à être formulée tant en théorie qu'en pratique n'est pas une prescription obligatoire, mais une simple idée directrice.

(3) Quintilien, 5, 7, 5 : *elevata... ab oratoribus scimus... tota genera testimoniorum, ut de auditionibus*; il pense ici à Cicéron, *Pro Plancio*, 23, 56. Le scoliate des Verrines, l. 1, 40, 28 p. 165, remarque tout à fait ingénument : *apud antiquos et de auditione testimonium dicebatur*.

témoignage de moralité en faveur de l'accusé, que la justice romaine de la fin de la République (1) a toléré. Cette pratique eut notamment lieu dans les procès de reddition de comptes des magistrats provinciaux, où la défense ne négligea jamais d'obtenir du plus grand nombre possible de communautés appartenant à la province lésée des délibérations élogieuses en faveur de l'accusé et ordinairement de les faire présenter dans la procédure de la preuve par les délégués de la communauté eux-mêmes (2). En outre, l'usage se répandit de plus en plus que des hommes jouissant d'une large influence politique fussent convoqués parmi les témoins produits par la défense et exprimasent au tribunal, autant que possible oralement, sinon par écrit (II p. 88), leur opinion favorable sur l'accusé (3). Les lois exceptionnelles de Pompée de 702/52 exclurent par une clause spéciale cette catégorie de témoins (4); mais on a continué en général à les admettre (5). Sous le Principat, l'admission de ces témoignages a été ramenée à une juste mesure.

(1) Les *laudationes* ont été usitées de tout temps, notamment dans la procédure comitiale qui renferme en elle-même le droit de grâce. Des descriptions, telles que celles de Tite-Live, 3, 12, 6, 20, et Plutarque, *Marc.*, 27, nous en donnent une idée exacte. Mais il y a peu d'analogie entre ces éloges qui appartiennent au domaine de la vie politique et les *laudationes* de l'époque postérieure.

(2) Cicéron, *Verr.*, 5, 22, 57: *In judiciis qui decem laudatores* (il fait par là allusion aux envoyés des municipes) *dare non potest, honestius est ei dare nullum quam illum quasi legitimum numerum consuetudinis non explere*. Le même, *Verr.*, 1, 2, 5, 13. c. 18, 45. c. 46, 114. l. 4, 7, 15. c. 8, 17. c. 9, 19. c. 63. c. 64. c. 67, 150. *Pro Fonteio*, 6, 14, 20, 45. *Pro Cluentio*, 69, 195. *Pro Flacco*, c. 26, 61. 63. c. 40, 100, 101. *Pro Caelio*, 2, 5. *Pro Balbo*, 48, 41. *Laudationes* écrites II p. 88 n. 1.

(3) Dans le procès de Scaurus, en 700/54 (II p. 88 n. 5), la défense produit comme témoins de moralité neuf *consulares*, plus le frère de l'accusé: ceux qui sont présents déposent personnellement, les absents le font par écrit. L'opinion que les *laudatores* eux-mêmes se font de ce genre de dépositions nous est exposée d'une façon saisissante par Cicéron, *Ad fam.*, 1, 9, 19, où l'orateur romain prie une fois pour toutes de ne pas lui demander pourquoi il fournit de tels témoignages et promet de son côté de ne pas poser cette question à ses collègues.

(4) Dans le procès de Munatius Plancus, Pompée viola sa propre loi (*Val. Max.*, 6, 2, 5; Plutarque, *Cal. min.*, 48. *Pomp.*, 55. Dion, 40, 55); il fut par conséquent *suarum legum auctor idem ac subversor* (Tacite, *Ann.*, 3, 28).

(5) Quintilien, 3, 7, 2: *ipsis etiam reis dare laudatores licet*. Suétone, *Aug.*,

La recevabilité de la preuve par indices (1), c'est-à-dire la possibilité de convaincre le tribunal de l'existence du délit, bien qu'il n'y ait ni aveu ni déposition de témoins oculaires, n'a jamais été reconnue théoriquement en droit romain ; mais elle est attestée tant par l'ensemble de ce droit que par une pratique indubitable ; aussi ne nous paraît-il pas nécessaire d'apporter ici des preuves en ce sens.

Après la clôture du débat contradictoire sur le jugement à rendre, vient la « délibération » (*consilium*). L'acte par lequel dans la procédure du jury on amène les jurés à délibérer s'appelle « envoyer à la délibération » (*in consilium mittere*) (2), le fait d'entreprendre cette délibération s'appelle « aller à la délibération » (*in consilium ire*) (3). Un débat de ce genre, préalable au jugement, a également lieu en fait dans les cas où un seul juge statue, donc dans la procédure criminelle relevant des magistrats et devant l'*unus iudex* de la procédure civile. Il est en effet impossible que les conseillers, régulièrement appelés dans un cas comme dans l'autre, n'aient pas été consultés par le juge unique et n'aient pas exprimé une opinion quelconque, bien que, vraisemblablement par respect pour le principe de la publicité des débats judiciaires, il ne soit pour ainsi dire jamais question d'organisations spécia-

Délibération
avant
la reddition
de la sentence.

56 : *sedit in subselliis* (dans l'accusation de Nonius Asprenas pour cause de meurtre par empoisonnement) *per aliquot horas, verum tacitus et ne laudatione quidem judiciali data*. 11, 3, 126 : *propter immodicas laudationum moras*. c. 3, 131.

(1) *Indicium* désigne dans son acception technique la dénonciation ; le mot est également employé dans le sens qui nous est familier, mais le langage technique emploie plus fréquemment dans ce dernier sens *argumentum* ou *signum* (*Rhet. ad Her.*, 2, 6, 7. c. 7, 11. Quintilien, 5, 9, 1 sv.).

(2) Asconius, *In Scaur.*, p. 30, emploie la formule au regard du président. Lorsqu'on l'applique aux parties (Cicéron, *In Verr.*, 1, 1, 9, 26 ; *Pro Cluentio*, 30, 83 ; *Caelius, ad fam.*, 8, 8, 2), on pense à leur intervention indirecte pour amener la clôture du débat.

(3) *Lex Acilia repetundarum*, l. 44. 46. 71 : *verba audeire, in consilium eire, judicare*. C. Titius dans le discours pour la loi Fannia chez Macrobe, *Sat.*, 3, 16, 16. Cicéron, *Pro Quinctio*, 10, 34. *Pro Cluentio*, 20, 53 c. 27. 30, 83. Pline, *H. n.*, 29, 1, 19.

(443) les pour cette délibération et que notamment on ne mentionne presque jamais que les personnes appelées à émettre une opinion se soient retirées pour délibérer en secret (1). — Au contraire, lorsque la sentence doit être rendue par un collègue et lorsque par conséquent le président ne dispose pas de la décision ou n'en dispose, s'il a le droit de voter, que comme tout autre juge, il n'y a pas de délibération au sens propre du mot. Une consultation réciproque sur le jugement à rendre est en soi possible et elle a peut-être eu lieu dans les procès portés devant des récupérateurs (2). Mais elle est même exclue dans le jury présidé par un magistrat et si ce jury porte le nom de *consilium*, il n'y a là qu'une réminiscence de l'action privée avec son juge unique et ses assesseurs consultants de laquelle ce jury est issu. La crainte qu'un des membres du jury exerce une influence préjudiciable à l'indépendance de cette institution a conduit à réprimer peut-être par une loi, certainement en pratique, ces délibérations en commun et à faire suivre la clôture du débat contradictoire d'une invitation immédiate à procéder au vote, invitation qu'on appelle « envoi à la délibération » (3).

(1) Dans le tableau vivant que Titius, *loc. cit.*, nous donne de l'unus *judex* remplissant ses fonctions à contre cœur, il est dit après la fin du débat : *eunt in consilium; ibi haec oratio : quid mihi negotii est cum istis negotioribus potius quam (quin potius Madvig) potamus mulsum mixtum vino Graeco? Ibi* ne peut désigner ici que l'endroit où le juré arrête la sentence avec ses conseillers. Dans une affaire d'hérédité portée en 166 devant l'empereur Marc-Aurèle (*Dig.*, 28, 4, 3), celui-ci se prononce d'abord sur la question d'institution d'hérédité; puis, comme la question de validité des legs est soulevée, il entend les parties, et leur ordonne de se retirer (*remotis omnibus*); il les fait rappeler après la délibération (*cum deliberasset*) pour qu'elles entendent prononcer la seconde décision. C'est à des débats de ce genre que fait allusion la formule *cum consilio conlocutus* (II p. 131 n. 3).

(2) L'idée d'une sentence judiciaire obtenue par voie de majorité est contraire à la conception monarchique du procès romain. La première institution qui se soit écartée de ce principe, le procès des récupérateurs, nous est si peu connue que nous ne savons pas, si les récupérateurs pouvaient, avant le vote, délibérer sur la sentence à rendre.

(3) Les exposés très détaillés des procès d'Oppianicus (Cicéron, *Pro Cluentio*, *loc. cit.*) et de Milon nous montrent que le vote suit immédiatement la clôture du débat; *consurgitur in consilium* (*Pro Cluentio*, 27, 75) si-

Nous avons déjà parlé dans le Livre précédent de la com- (444)
 position du tribunal. Lorsque celui-ci est organisé en collège Reddition
 (I p. 247), il est vraisemblable qu'on exige en général la présence de la sentence.
 d'un minimum de jurés (1); des absents peuvent, si la chose
 est faisable et si le magistrat y consent, être appelés par un
 ordre du magistrat (2). Nous avons déjà exposé (II p. 102 sv.)
 que beaucoup de lois prescrivent de voter d'abord sur le point
 de savoir si l'affaire est en état d'être jugée ou si un nouveau
 débat est nécessaire. En cas de prescription de ce genre,
 si la majorité se déclare suffisamment éclairée, les jurés qui
 se prononcent en sens contraire doivent se retirer (3).

Le vote peut avoir lieu oralement, auquel cas l'ordre du Vote oral et
 scrutin est déterminé par tirage au sort (4), ou par tablettes vote écrit dans
 et ici l'ordre de vote est indifférent. La *lex Calpurnia re- la procédure
 petundarum* donnait peut-être déjà à l'accusé le choix entre du jury.
 ces deux formes de vote, la loi de Sylla le leur accordait cer-
 tainement (5). D'après la *lex Acilia repetundarum* et de
 même d'après la *lex Aurelia*, c'est-à-dire en somme pour les
 jurys de chevaliers, le vote secret était obligatoire (6) et cha-

gnifie que les jurés se lèvent pour porter leur tablette de vote dans l'urne. Ailleurs, on ne trouve pas non plus d'allusion à des délibérations de collèges de jurés. Enfin, une délibération de ce genre est difficilement conciliable avec la publicité de la procédure et il n'y a pas de local convenable pour un tel acte.

(1) Cicéron, *Ad. Q. frat.*, 2, 16, 2 : *Domitius iudices* (dans un procès pour cause de violence) *ad numerum non habuit*.

(2) Cicéron, *Pro Cluentio*, 27, 74. *De l. agr.*, 2, 13, 34 : *(Xviri) e consiliis abducant quos velint*. C'est à cela que se rapporte vraisemblablement la *lex repetundarum*, l. 50.

(3) *Lex repetundarum*, l. 49 : [*praetor... uti eis iudice*]s *quei judicare negarint, semovant[ur facito]*.

(4) Cicéron, *Pro Cluentio*, 28, 75.

(5) C'est ce que décidait la *lex Cornelia* sur le meurtre (Cicéron, *Pro Cluentio*, 20, 55, 27, 75). Dans le procès de *repetundae* contre Verrès, le vote doit avoir lieu *per tabellam* (Cicéron, *Divin.*, 7, 24. *Verr.*, 4, 47, 104); toutefois ce passage s'explique peut-être en ce sens que la décision de l'accusé ne pouvait ici faire de doute.

(6) Il est prescrit par la *lex Acilia repetundarum*. Dans les procès qui sont intentés d'après la loi Aurelia, il est du moins le seul mentionné et l'est très fréquemment (Cicéron, *Pro Flacco*, 39, 99. *Pro Rab. Post.*, 3, 11, 12. Appien, *B. c.*, 4, 27).

que juré devait s'engager par serment à ne rien divulguer ni de son propre vote, ni du vote de ses collègues (1). Sous le Principat, ces règles furent maintenues pendant toute la durée de ces jurys, avec cette seule différence que, sous Auguste, le vote secret était interdit, lorsque la sentence devait être rendue contre un contumace (2). Pour assurer le secret du vote (3), on se servit d'une urne (4). On a même, en tenant compte de la division des jurés par classes prescrite par la loi Aurelia sur la procédure (I p. 244), installé une urne spéciale pour chacune des trois classes, afin de permettre notamment de contrôler l'attitude des sénateurs dans les différents procès. Cela n'a eu lieu tout d'abord, semble-t-il, qu'en vertu d'une décision arbitraire du président (5) et depuis 695/59 à raison d'une prescription légale (6). L'urne est posée sur le tribunal (7). En outre, on répartit entre les jurés des tablettes de vote enroulées de cire qui portent d'un côté la lettre *a* (*absolva*) et de l'autre la lettre *c* (*condemno*) (8) et on leur enjoint d'effacer

(1) *Lex Acilia repetundarum*, l. 44. Asconius, *In Mil.*, 53. 54.

(2) Dion, 54, 3 (I p. 392 n. 4). Dans les procès politiques où la procédure d'*eremodicium* est particulièrement fréquente, l'acquiescement était un acte d'opposition.

(3) Nous prenons ici pour base la *lex repetundarum* l. 50-54, avec laquelle concordent en substance les autres témoignages. Mais il a dû y avoir des divergences de détail.

(4) *Sitella* dans la *lex repetundarum*, ordinairement *urna* (Cicéron, *In Vat.*, 14, 34 et ailleurs).

(5) D'après Asconius, *In or. in tog. cand.*, p. 90, Catilina fut en 689/65 acquitté dans un procès de *repetundae* de la façon suivante, *ut eum senatorum urna damnaret, equitum et tribunorum absolveret*.

(6) D'après Dion, 38, 8, on décida en 695/59, sur la proposition du préteur Q. Fulvius Calenus, que les jurés dans la suite ne voteraient plus tous en commun (*ἀναμίστῳ*), mais qu'il y aurait désormais un scrutin pour chaque classe de jurés. L'indication du scoliaste sur le discours *Pro Flacco*, p. 235, d'après laquelle cette loi concernait la *refectio* des *judices*, peut être exacte; elle est toutefois conciliable avec l'information de Dion. Dans tous les récits appartenant aux derniers temps de la République, on voit fonctionner le vote séparé.

(7) Cicéron, *In Vat.*, 14, 34.

(8) *Lex repetundarum*, l. 51 : *sorticolam* (ainsi ou *sors* d'après la loi, plus tard *tabella*) *unam buxeam longam digitos III, latam...* [*in qua sorticola ex altera parti littera A scripta siet, ex altera parti C*. Cicéron, *Div. in Caec.*, 1, 24 : *ceratam unicuique tabellam dari*. Peut-être a-t-on eu égard dans

l'une de ces lettres et de jeter la tablette dans l'urne en cachant la lettre qui reste (1).

Lorsque le vote est terminé, les tablettes sont lues à haute voix par un juré désigné par le sort. Ce juré doit montrer à son voisin toute tablette qu'il vient de lire. Les tablettes nulles sont annoncées par les mots « sans suffrage » (2). Lorsque cette lecture des tablettes est achevée, le président procède au compte des voix valables (3). Pour qu'il y ait condamnation, il faut que la majorité des voix exprimées se soit prononcée en ce sens; nulle part, il n'est question qu'on ait exigé la majorité absolue des jurés convoqués ou un nombre de voix supérieur à la simple majorité. A égalité de voix, la majorité n'étant pas atteinte, on prononçait l'acquittement (4). Sous le Principat, l'empereur reçut le pouvoir extraordinaire de donner quand il le voulait dans tout *judicium publicum* une voix d'absolution et d'influer ainsi sur le résultat final du vote (5).

Compte
des voix.

(446)

Au point de vue du fond, la reddition de la sentence se restreint, dans la procédure du jury comme dans la procédure civile, à une réponse affirmative ou négative sur la question de savoir si l'accusé a commis ou non le délit nommé dans la loi sur laquelle se fonde le procès (6). La tâche du

Contenu
du jugement
des jurés.

l'organisation de cette procédure aux jurés illettrés. Il ne semble pas qu'on soit tenu d'écrire.

(1) *Lex repetundarum*, 1, 52 : *litteram digiteis opertam*.

(2) *Lex repetundarum*, 1, 53, 54. La formule pour la tablette de vote non écrite (ou pour celle qui est écrite des deux côtés) est *seine sufragio*.

(3) Cela s'appelle *diribere* (de *dis-habere*, cpr. *exhibere*) *tabellas* (Cicéron, *In Pis.*, 40, 96; *Ad Q. fr.*, 3, 4, 1) comme dans le vote secret du peuple (*St. R.*, 3, 407 [*Dr. publ.*, 6, 1, 468]).

(4) La *lex Julia repetundarum* disant : *quod eorum judicium maior pars judicavit, id jus ratumque esto*, le président se demande s'il peut acquitter en cas d'égalité de voix; il se décide finalement pour l'acquittement malgré la rédaction défectueuse de la loi (Caelius, *Ad fam.*, 8, 8, 3).

(5) Dion, 51, 49. *St. R.*, 2, 958 [*Dr. publ.*, 5, 246]. Les textes ne nous indiquent aucune application de ce droit.

(6) Le droit pénal ne connaît pas d'autre question de fait que celle relative à la culpabilité de l'accusé et à laquelle se lie la condamnation en cas de réponse affirmative. La question de *status* qui forme l'objet d'un *praejudicium* du droit civil (*Dig.*, 2, 4, 8, 1) peut aussi être tranchée par un

jury est ainsi terminée, car les conséquences juridiques de la sentence doivent être tirées uniquement de la loi, ainsi que cela eut lieu pour la peine de mort, pour toutes les peines privatives de liberté, pour la confiscation du patrimoine ou d'une quote-part du patrimoine et d'une manière générale pour toutes les peines. La gradation et la modification des peines, telles qu'elles s'appliquèrent jusqu'à l'excès dans la procédure pénale tribunicienne de l'ancienne période, ne purent fonctionner dans les *judicia publica* issus du système rigoureux du droit privé. Toutefois, lorsque la réponse affirmative du jury sur la question de culpabilité n'a fait qu'établir l'obligation d'indemnité d'une manière générale, comme cela a lieu dans les affaires de *repetundae* et de pécumat, les jurés doivent dans une seconde procédure faire l'estimation du litige (*litis* ou *litium aestimatio*), c'est-à-dire qu'ils doivent déterminer la somme due à titre d'indemnité pour le ou les délits qui ont été reconnus existants dans la première procédure (1). La première sentence est regardée comme une condamnation (2).

(447)

Le jugement dans la procédure pénale relevant du magistrat.

Après la disparition du jury, la reddition de la sentence dans la procédure d'accusation émane du magistrat seul, ainsi qu'il en a toujours été dans la procédure de *cognitio*.

jury présidé par un magistrat, comme cela a lieu pour le droit de cité d'après la loi Papia (I p. 236); mais ce procès n'appartient pas au droit pénal.

(1) Sur la *litium aestimatio*, il faut comparer le Livre suivant. Elle se rattache au double jugement de l'action privée délictuelle, notamment de l'action de vol, où la question de fait est tout d'abord tranchée et où la valeur pécuniaire de l'objet est ensuite fixée. Il faut admettre aussi pour le *judicium publicum* que le second débat n'a pas lieu, si, après la solution de la question de fait, le demandeur reçoit satisfaction par une voie extrajudiciaire; mais l'acquiescement que la procédure civile prescrit dans ce cas n'a pas lieu dans la procédure des *quaestiones*, parce que celle-ci ne connaît pas de formule proprement dite et parce que la réponse affirmative sur la question de fait est déjà considérée comme une condamnation. Il en résulte que les autres conséquences juridiques, notamment la diminution des droits civiques, ne peuvent pas être écartées ici en donnant les satisfactions pécuniaires réclamées.

(2) Les tablettes de vote avec C et les termes déjà usités par la *lex repetundarum* prouvent que, même au point de vue de la terminologie, la première sentence des jurés elle-même est considérée comme une *condemnatio*.

Lorsque le jugement a besoin d'être confirmé, ce qui arrive fréquemment à l'époque impériale (I p. 325), il faut attendre cette confirmation; la possibilité de l'appel n'exerce aucune influence sur la reddition de la sentence elle-même. La condamnation par le magistrat est soumise à un certain formalisme tant dans la procédure d'accusation que dans la *cognitio* et elle est dans ces procédures, par ailleurs non formelles, la seule partie qui fasse l'objet d'une réglementation légale. Celle-ci consiste principalement dans les prescriptions suivantes : abstraction faite des affaires de peu d'importance (1), le jugement doit être rendu du haut du tribunal; en outre, le jugement doit à l'époque républicaine être prononcé oralement (2); à l'époque impériale, le jugement doit d'abord être rédigé par écrit (3), puis lu à haute voix par le magistrat lui-même (4). A (448) cette époque, on considère comme nul le jugement qui est simplement prononcé sans être écrit (5) et le jugement qui est

(1) Le magistrat peut expédier *de plano* les affaires peu importantes : *Dig.*, 1, 16, 9, 3, 48, 2, 6. *Nov.*, 17, 3.

(2) *Lex repetundarum*, l. 40. *Caelius*, *Ad fam.*, 8, 8, 3 où la rédaction du procès verbal suit la *pronuntiatio*.

(3) On rencontre maintes fois la *pronuntiatio* ou la *recitatio* de la *sententia* d'après la rédaction, le *periculum* : Cicéron, *Verr.*, 3, 79, 183; *Vita Marci*, 11; titre du *C. Th.*, 4, 17 = *C. Just.*, 7, 44 : *de sententiis ex periculo recitandis*; *de periculo* dans les *Notae Magnonis* (*Gramm. Lat.*, 4, 291) — ou d'après la *tabella* : Suétone, *Claud.*, 15 : *ita ex tabella pronuntiasse creditur*; Apulée, *Flor.*, 1, 9 : *proconsul... plerumque de tabella legit*; Actes des Martyrs scillitains de 180 (II p. 79 n. 4) à la fin de l'audience : *Saturinus decretum ex tabella recitavit*; Tertullien, *Apol.*, 2 : *de tabella recitatis illum Christianum*; Actes de Cyprien de 258 (*Opp.*, ed. Hartel, I, p. cxii : *Galerius Maximus collocutus cum consilio (non pas concilio) sententiam... dixit* (suivent les motifs) *et his dictis decretum ex tabella recitavit*; de même fréquemment dans d'autres actes moins dignes de foi relatant des procès de chrétiens; en grec dans les Actes de Pionius de 250, c. 20 : ἀπὸ πινυξίδος ἀνεγνώσθη Πομπαιστὶ — ou d'après le *libellus* : *d(e) libello* dans les *Notae Magnonis* déjà citées, p. 292; *Cod.*, 7, 44, 2, *pr.* — ou d'après la *tibia* : *C. I. L.*, II, 4125. On trouve encore la lecture du jugement chez Agathias, 4, 11 et ailleurs.

(4) Dans la dernière période, on permet au magistrat de la première classe de faire lire le jugement par un subalterne (*Cod.*, 7, 44, 2, 1); d'après Cassiodore (*Var.*, 6, 3, 3), le *praefectus praetorio* peut prononcer le jugement sans le lire.

(5) *Cod.*, 7, 44, c. 2. *C. Th.*, 4, 17, 1 (= *C. Just.*, 7, 44, 3). 4. Par conséquent la rédaction de la sentence est mentionnée dans le procès verbal.

simplement écrit sans être lu à haute voix (1); le but de cette prescription est d'empêcher que la sentence soit modifiée après coup. La reddition du jugement donne encore lieu aux remarques suivantes :

1. Le jugement apparaît parfois comme une déclaration du magistrat, laquelle est ordinairement adressée au défendeur (2); il est parfois conçu dans une forme impersonnelle (3). La première forme a dû être usitée dans le débat antérieur à la lecture du jugement écrit, la seconde est celle du jugement écrit.

(449) 2. Le jugement a dû habituellement indiquer tant le délit commis que la peine encourue. Pour reconnaître l'existence du délit, on s'est servi, au moins à l'époque ancienne, d'une formule en rapport avec la nature des preuves d'ordre historique et par laquelle on exprime que l'accusé « paraît » avoir commis le délit qui lui est reproché (4). Quant aux motifs de

(1) *Cod.*, 7, 44, 1. 2. C'est pour cela que la lecture est également mentionnée dans le procès verbal.

(2) Déjà à l'époque républicaine, le juge répressif rend sa sentence au point de vue du recouvrement des sommes réclamées par le demandeur en employant les mots *redigam* ou *non redigam* (Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 13, 37; Caelius, *Ad fam.*, 8, 8, 3). A l'époque postérieure, la condamnation pour cause de *calumnia* est rédigée dans la forme *calumniatus es* (*Dig.*, 48, 16, 1, 4, quant au demandeur il est repoussé simplement par la formule *non probasti*) et dans une forme semblable, *Dig.*, 3, 2, 20, (à laquelle se rattachent les *edictiones* des *praefones* : *Dig.*, 12, 2, 13, 6. *Cod.*, 2, 11, 16; cpr. aussi *Dig.*, 42, 1, 59, 1).

(3) *L. Titius temere accusasse videtur* : *Dig.*, 48, 16, 1, 5. Dans les Actes des martyrs scyllitains de 180 (II p. 79 n. 4) le proconsul lit le jugement : *Speratum* (suivent les autres noms) *ritu Christiano vivere confesos quoniam oblata sibi facultate ad bonorum morem redeundi obstinanter perseveraverunt, gladio animadverti placet* et fait alors proclamer par le héraut : *Speratum... duci fussi*. Dans le procès de Pionius de 250, le jugement est ainsi conçu : Πιόνιον ἐκυτὸν ἐμολογήσαντα εἶναι Χριστιανὸν ζῶντα καὶ ἄναι προσετράζαμεν. Dans le procès de Cyprien de 258, le gouverneur lui reproche ses méfaits et lit alors le jugement : *Thascium Cyprianum gladio animadverti placet*.

(4) Cicéron, *Acad. pr.*, 2, 47, 146 : *quae jurati iudices cognovissent, ut ea non esse facta, sed ut videri pronuntiarentur*. *Verr.*, 1, 2, 38, 93 : *pronuntial Sthenium litteras publicas corrupisse videri*, 5, 6, 14. *In Pis.*, 40, 97. *Ad Att.*, 4, 17, 5. *Dig.*, 3, 2, 20, 48, 16, 1, 5. Cela s'applique aussi à l'action privée : Plin., *H. n.*, 14, 13, 90. *Dig.*, 40, 12, 27, 1. — Il n'est pas suffisamment établi que le juge ajoute à la sentence la formule *ex animi sententia* (Quintilien, *Decl.*, 313).

la décision, nécessairement écartés dans la procédure du jury, ils peuvent être mentionnés dans la sentence du magistrat, mais cela n'est pas nécessaire (1).

3. Sauf pendant les derniers temps de l'empire romain, il a été de règle que la sentence devait être rendue en latin (2).

4. Lorsque la sentence, comme cela est de règle, est rendue après délibération avec le *consilium*, ce fait est mentionné dans le jugement (3).

5. Aucune prescription légale n'impose au magistrat l'obligation d'écrire le jugement de sa propre main, mais il semble l'avoir fait habituellement (4).

Quant à l'enregistrement du jugement, nous en traiterons dans la dernière Section du présent Livre.

La condamnation met fin au procès tant dans la procédure relevant exclusivement du magistrat que dans celle des magistrats et des comices et dans celle de la *cognitio*. La faculté de reprendre la même accusation pour provoquer une modification de peine découle peut-être, dans la procédure relevant exclusivement du magistrat, de la nature même de l'action publique. En effet, la notion de chose jugée, qui appartient au droit privé, ne peut pas être appliquée aux rapports de la communauté avec les particuliers. Il est toutefois indubitable que ce renouvellement de procès a été regardé de tout temps comme inadmissible.

Le vote des comices annulant une condamnation pénale acquittement. a force de loi et est juridiquement inattaquable. — Au con-

(1) Cpr. en dehors des textes cités II p. 130 n. 3 *Dig.*, 48, 19, 40, 49, 8, 1, 1, 2.

(2) La nécessité de rédiger le jugement en latin est signalée dans les Actes de Pionius de 250 qui appartiennent à l'Asie Mineure (II p. 129 n. 3) et elle est encore relevée chez Lydus, *De mag.*, 3, 11. Nous ne savons pas comment il faut entendre le terme *praetores* dans Tryphoninus (sous Septime Sévère) *Dig.*, 42, 1, 18 : *decreta a praetoribus Latine interponi debent*. Honorius — ou Justinien — dit *Cod.*, 7, 45, 12 : *judices tam Latina quam Graeca lingua sententias proferre possunt*.

(3) I p. 172 n. 3. La formule *cum consilio collocutus* se trouve dans la sentence contre Cyprien (II p. 129 n. 3).

(4) Augustin, *Sermo* 47, de ovibus, 3, 4 (vol. 5, p. 249, Maur.) : *ultimam sententiam... dicturus est iudex in tabella scripturus manu sua*.

(450) traire, dans la *cognitio* l'acquiescement à uniquement lieu, sous la République (1) comme sous l'Empire (2), par le renvoi de l'accusé. Elle n'est par suite qu'un abandon de la procédure et, de même qu'il n'y a aucune formule prescrite pour l'acquiescement, il n'y a ici aucun acte formel qui écarte définitivement toute reprise de la procédure. Toutefois l'équité s'opposera ici fréquemment, sinon toujours, au renouvellement du procès. — L'irrévocabilité formelle du jugement, inconnue du vieux droit pénal, est au contraire impliquée par l'essence même du jury et s'est par suite rencontrée de tout temps dans la procédure civile. Elle a passé en même temps que l'institution du jury dans la procédure des *quaestiones*. La réception de la règle, d'après laquelle la sentence a force de chose jugée, est l'un des principaux avantages de la procédure pénale publique récente sur l'ancienne. Dans la *lex repetundarum* qui nous est parvenue et vraisemblablement dans toutes les lois spéciales analogues, il est dit expressément que toute sentence quelle qu'elle soit met une fois pour toutes fin au procès et que quiconque a sur le fondement d'une de ces lois fait l'objet d'un jugement définitif ne peut plus, à raison du même fait, être de nouveau cité devant la même *quaestio* (3). Le principe de l'irrévocabilité de la sentence a été rigoureusement respecté sous la République comme sous le Principat (4). Il est encore reconnu à cette der-

L'irrévocabilité
du jugement
dans la
procédure
d'accusation.

(1) *Nihil te moror.* : Tite-Live, 4, 42, 8 (= Val. Max., 6, 5, 2). 8, 35, 8. Cette formule est employée dans l'action pénale proprement dite, lorsque l'accusateur laisse tomber celle-ci : Tite-Live, 43, 16, 16.

(2) Habituellement *dimittere* : Pline, *Ad Traj.*, 93, 5. Tertullien, *Ad Scap.*, 4. Modestin, *Dig.*, 48, 1, 12, 1. Jean l'évangéliste, 19, 10, 12.

(3) *Lex repetundarum*, l. 56 : [*quei ex h. l. condemnatus*] *aut apsolutus erit, quom eo h. l., nisi quod post ea fecerit aut nisi quod praevaricationis causa factum erit au[t] nisi de leitibus*] *aestumandis aut nisi de sanctione* (cpr. Livre 4, Section 11) *hojusce legis, actio nei es[to]*. Cette règle est étendue, l. 74 = 81, aux procès jugés suivant les lois de *repetundae* plus anciennes.

(4) Sénèque, *Contr.*, 7, 8 [23], 7 : *judez quam tulit de reo tabellam revocare non potest, quaesitor non mutabil pronuntiationem suam*. Apulée, *Flor.*, 1, 5 : *proconsulis tabella sententia est, quae semel lecta neque augeri littera una neque autem minui potest, sed utcumque recitata est, ita provinciae instrumento refertur*. Paul, *Dig.*, 42, 1, 43, 1 : *de amplianda vel minuenda poena damnato-*

nière époque, même si l'on établit que la sentence repose sur des présomptions erronées (1) ou qu'elle a été rendue en violation de dispositions légales (2). Quant aux cas exceptionnels dans lesquels un jugement est cassé soit par justice, (451) parce qu'il a été obtenu par ruse ou par force, soit par la loi au moyen de *l'in integrum restitutio*, nous en traiterons dans la Section IX. Ces cas n'empêchent pas de dire que le principe de l'irrévocabilité du jugement équitable ou non, fondement de tout état constitutionnel, s'est, à partir du jour où il a été introduit dans le droit pénal romain, maintenu aussi longtemps que l'État romain lui-même.

La théorie de l'exécution du jugement sera exposée dans le Livre V à propos des peines.

rum post sententiam dictam sine principali auctoritate nihil est statuendum.
Dig., 1, 1, 10. 42, 1, 55. 48, 19, 27, *pr. Cod.*, 7, 44, 2. tit. 50, 1. 9, 47, 15.

(1) *Dig.*, 48, 18, 1, 27.

(2) *Dig.*, 48, 19, 9, 11. A vrai dire le jugement ne doit pas être tellement défectueux qu'on ne puisse plus le considérer comme un jugement.