

SECTION II

(393)

HÉRÉTIQUES ET NON CHRÉTIENS

Lorsque la religion chrétienne eut été pendant des siècles considérée comme l'ennemie de la religion nationale romaine et lorsque le fait de la professer eut été traité comme un crime de lèse-majesté, une constitution des empereurs Constantin et Licinius du 13 Juin 313 abolit la vieille religion nationale et posa le principe de la liberté des religions. Par là, les fidèles du vieux polythéisme sous ses différentes formes, de même que ceux du monothéisme juif ou chrétien, et d'une manière générale les partisans d'un culte quelconque furent mis sur un pied parfait d'égalité au point de vue civique. A vrai dire, nous montrerons plus loin que la liberté des croyances ainsi proclamée subit dès l'origine une restriction essentielle en ce que l'on tolérait tout culte polythéiste, tandis que le christianisme était seulement admis dans la forme approuvée par l'Etat ; en outre, la confession personnelle des différents souverains, particulièrement accusée chez Constance II et chez Julien, suscite, déjà au cours des multiples événements importants du demi-siècle suivant, de nombreuses mesures de faveur et de défaveur au regard des différents cultes et sectes et provoque de fréquentes atteintes à la liberté de croire ; mais cette dernière a du moins subsisté en principe jusqu'à la mort de Valentinien I (375).

Abrogation
de la religion
nationale.

La liberté de croire fut expressément supprimée en 379, Le christianisme religion d'Etat.

(596) lorsque les deux enfants qui succédèrent au dernier représentant en Occident de la vieille égalité des cultes, Gratien et Valentinien II et leur collègue en Orient, Théodose I, proclamèrent le christianisme la seule religion exacte au point de vue des principes et par suite la religion qui aurait dû être universelle, si elle ne l'était déjà (1). Il devenait ainsi nécessaire, suivant l'évolution déjà préparée par le passé, que l'État, en présence des différents dogmes, déterminât quel était le christianisme « orthodoxe » et « universel ». Ce travail fut réalisé à cette époque non seulement par la fixation des doctrines fondamentales au moyen de brèves formules législatives, mais aussi par une déclaration des empereurs, reconnaissant comme membres de l'Eglise d'Etat un certain nombre d'évêques de marque et les personnes en communion religieuse avec eux (2); désormais la règle se maintint que le gouvernement statuait en dernière instance sur la question d'orthodoxie. Les chefs du clergé chrétien (à leur tête, dans l'empire d'Occident les évêques de Rome, et dans l'empire d'Orient les évêques d'Alexandrie et à côté de ces derniers, depuis le milieu du v^e siècle, ceux de la seconde résidence impériale) demeurent les représentants de leur communauté et les réunions générales des évêques de l'Empire donnent aux chrétiens dans l'étendue de celui-ci une constitution représentative qui n'a pas son pendant sur le terrain politique. Mais cette corporation fortement organisée et s'étendant à tout l'Empire, qui constitue l'Eglise d'Etat, a été créée par des constitutions impériales et demeure en droit

(1) Cette règle est formulée pour la première fois au regard de l'empire d'Occident dans la constitution de 379 (*C. Th.*, 16, 5, 5 = *C. Just.*, 1, 5, 2) : *omnes vetitae legibus et divinis et imperialibus constitutionibus haereses perpetuo conquiescant*. L'allusion aux constitutions de Valentinien I^{er} contre les Manichéens (II p. 309 n. 1) et contre les anabaptistes (*C. Th.*, 16, 6, 1; cpr. II p. 312 n. 1), mais qui n'atteignaient que des sectes isolées, doit avoir pour but de masquer l'innovation de principe qui est réalisée.

(2) Le dogme de la Trinité est formulé d'une manière particulièrement nette tant au point de vue apostolique qu'au point de vue légal (*lex*) dans la constitution de 380 (*C. Th.*, 16, 1, 2) qui sanctionnait en outre officiellement le christianisme que confessaient les évêques Damase de Rome et Pierre d'Alexandrie.

et en fait soumise au pouvoir du monarque. — Les chrétiens abandonnaient ainsi leur vieille indépendance. La lutte contre l'État avait provoqué le groupement des communautés chrétiennes qui avaient senti et expérimenté combien la division rend impropre à la résistance et combien au contraire une union étroite fait puissante une opposition. C'est ainsi que s'est établie l'unité de l'Eglise; l'absolutisme impérial a adopté cette organisation et l'a achevée. Certes les chrétiens ont gardé, même après leur triomphe, cette indépendance politique qui avait assuré leur victoire sur le paganisme et que leur donnait une foi sincère; ils la manifestèrent assez souvent au regard des majorités chrétiennes et plus résolument encore vis-à-vis des dogmes sanctionnés par le gouvernement, lorsqu'on voulait les contraindre à l'obéissance. Seules la réserve observée en général par le gouvernement vis-à-vis des règles de foi proprement dites et la tolérance de l'autonomie de fait de l'Eglise sur ce terrain ont assuré à l'Eglise d'État romaine sa force et sa durée (1). Mais c'est précisément cette notion d'une église d'État indépendante, qui, malgré ou par la contradiction qui s'y attache, a fixé le sort du monde. (597)

L'Eglise est, en droit strict, sous la dépendance de l'État. En droit, toutes les décisions des conciles, même dans les matières de foi, sont simplement des avis que le gouvernement émet par l'intermédiaire d'hommes compétents qu'il a convoqués dans ce but; ces avis ne sont obligatoires pour la conscience

L'Empereur
et le
gouvernement
de l'Eglise.

(1) Le double fait que les empereurs tranchent en dernier ressort les questions relatives à l'Eglise d'État, mais qu'ils ne peuvent exercer pleinement ce pouvoir sans s'exposer à le perdre, explique tous les conflits politico-religieux sérieux du Bas-Empire romain, l'arianisme de Constance II et de Valens, l'hénotique de Zénon, etc. La révolte contre ce pouvoir est une obligation religieuse, mais est en même temps une révolution politique. La règle inverse s'applique d'ailleurs également. La décision appartient aux ecclésiastiques dans les questions religieuses, mais ils ne peuvent pas exercer ce pouvoir dans toute son étendue à l'encontre de l'empereur, sans le compromettre. Ils ont du reste montré dans l'exercice de l'autorité religieuse plus de modération que les empereurs dans l'exercice de leur pouvoir politique: jamais un empereur romain n'a été excommunié.

du souverain qu'autant qu'il en reconnaît l'autorité et n'ont de valeur juridique qu'en vertu de la loi impériale qui sanctionne les résolutions de la majorité (1). Comme, à partir de Théodose I et de Gratien, tous les souverains ont professé la foi chrétienne, le christianisme peut à partir de là être qualifié de religion d'État; mais le vrai christianisme, la croyance orthodoxe, est toujours la foi de l'empereur du jour (2). Ce christianisme politique a été le dernier et suprême accroissement de l'absolutisme monarchique et n'a pas été le plus faible des moyens de gouvernement par lesquels l'Empire en décadence a maintenu sous sa domination les nations diverses qu'il embrassait; l'Église d'État romaine s'est maintenue en théorie et en pratique aussi longtemps que l'Empire romain a subsisté (3). Il était réservé aux époques postérieures de l'histoire de mettre la totalité des évêques ou chaque évêque en particulier hors de la puissance de l'État.

Il ne s'agit ici que des conséquences qui ont été le résultat en droit pénal de la reconnaissance d'une nouvelle religion d'État, c'est-à-dire du transfert pur et simple ou avec modifications, au christianisme, des mesures de protection prises en faveur de la vieille religion nationale.

Vol au regard
des temples.

La notion de vol, fixée tout d'abord pour le droit privé, ayant reçu une importance plus grande en droit pénal par son

(1) I p. 341. C'est ainsi par exemple que les décisions du concile de Chalcédoine deviennent lois par la constitution de Valentinien III et de Marcien. *Cod.*, 1, 5, 8.

(2) Constance répondait déjà aux représentants de l'orthodoxie nicéenne, lorsqu'ils protestaient contre ses propositions de changement *Ἐπερ ἐγὼ βούλομαι, τοῦτο κινῶν νομίσθω* (Athanasie, *Hist. Arianorum ad monachos* c. 33).

(3) Il n'y a pas d'expression qui ait mis plus de confusion dans l'histoire que celle de « l'Église universelle ». Le christianisme historique est depuis Constantin le contraire de l'Église universelle, il constitue une Église d'État. C'est ce que prouvent le catholicisme byzantin et le catholicisme franc, ainsi que la tendance logique de l'Église romaine à se constituer en monarchie et à transformer les États catholiques en provinces de l'Église d'État.

extension aux choses sacrées, il n'y eut aucune difficulté pour l'appliquer aux objets du nouveau culte. L'idée de vol au regard d'un temple ne subit aucune modification juridique essentielle par suite du changement survenu quant au dieu qui y est adoré; les rares mentions que nous possédons à cet égard pour l'époque chrétienne ont trouvé leur place dans l'exposé des prescriptions du même genre de l'époque antérieure.

L'État, à l'époque où il n'était pas encore chrétien, punissait la profanation du temple et la perturbation des actes du culte comme toute autre violation de l'ordre public; le gouvernement chrétien protégea les lieux et les pratiques du culte plus énergiquement par une procédure d'accusation plus rigoureuse et par des peines plus graves, même par la peine capitale (1), tandis que les synagogues juives et les actes du culte israélite restèrent soumis aux règles anciennes et jouirent par conséquent d'une protection juridique, mais non pas d'une protection exceptionnelle (2).

La notion d'injure, en vigueur dans le droit privé, ne s'appliquait pas aux anciennes divinités; celles-ci pouvaient subir une offense, mais on leur laissait le soin d'en assurer l'expiation (II p. 284). Dans l'État chrétien, l'injure sacrée, le blasphème (*blasphemia*), fut de bonne heure défendue par la discipline ecclésiastique sous des peines sévères; elle fut même, mais sous Justinien seulement, visée par la loi pénale séculière et réprimée de la manière la plus sévère (3).

Mais la transformation du délit de religion proprement dit a été de beaucoup ce qu'il y a eu de plus important. Le délit de religion commis contre le paganisme reposait théoriquement, comme nous l'avons vu (II p. 272 sv.), sur ce fait que la foi aux dieux de la nation qui dominaient l'empire et par conséquent

(1) Constitution de 398 (vraisemblablement) *Const. Sirm.*, 14 = *C. Th.*, 16, 2, 31 = *C. Just.*, 4, 3, 10, *Nov.*, 123 c. 31.

(2) À la rigueur, on peut considérer comme telle l'exemption du logement des troupes accordée par Valentinien I aux bâtiments des synagogues (*Cod. Just.*, 4, 9, 4).

(3) *Nov.* 77. Le Code de Justinien pose encore la règle contraire (II p. 285 n. 1).

Profanation.

Blasphème.

Délit de religion
contre
le christianisme.

(399)

aux dieux de l'empire et la manifestation de cette croyance purent de tout temps être réclamées et furent en pratique exigées, à l'époque récente, de tout citoyen romain et même de tout sujet de l'empire ; quiconque refusait de confesser ces dieux commettait une offense moins vis-à-vis de ceux-ci que vis-à-vis de l'État et cette offense provoquait une réaction de l'État sous la forme d'une action de lèse-majesté. Cette dernière ne fut jamais appliquée au délit de religion commis contre le christianisme (1) et n'a pas pu lui être appliquée. Le christianisme n'est pas de ce monde ; *a fortiori* n'appartient-il pas à l'empire romain. Le sujet de l'empire peut-être chrétien ou non et parmi les chrétiens peut figurer aussi celui qui n'est pas sujet de l'empire. Il est de l'essence de la foi chrétienne d'ignorer théoriquement l'État comme tel, bien qu'on le reconnaisse extérieurement, et de ne pas chercher sur la terre le chef de la communauté des croyants. Cette diversité interne entre les deux formes du délit de religion, suivant qu'il était dirigé contre le paganisme ou le christianisme, a certainement été altérée, mais n'a pas été supprimée, lors de la reconnaissance officielle du catholicisme par l'État. En outre, il faut tenir compte de ce fait que les efforts tentés au cours du III^e siècle pour faire disparaître les partisans du Christ et de Mani comme

(1) C'est ce que montrent de la manière la plus nette les cas où l'accession de circonstances particulières fait passer le délit de religion dans la catégorie des crimes de lèse-majesté. La conversion du chrétien au judaïsme est, sur le fondement de l'ancienne législation (II p. 277), frappée de la peine du crime de lèse-majesté (*C. Th.*, 16, 8, 19) ; il en est de même lorsque la sédition s'ajoute au délit de religion (*C. Th.*, 16, 4, 1) ; on traite également comme crime de lèse-majesté l'offrande d'un sacrifice sanglant parce qu'elle peut contenir éventuellement une interrogation de l'avenir au regard de l'empereur ; par contre, le fait de brûler de l'encens aux dieux n'est puni que comme *violata religio* (*C. Th.*, 16, 40, 12). Le crime de lèse-majesté et l'hérésie restent d'ailleurs unis par un lien de parenté. La règle d'après laquelle on peut poursuivre le délit d'hérésie en justice même après la mort du coupable se justifie par cette considération que la même règle s'applique au procès de lèse-majesté (*C. Th.*, 16, 5, 40, 5 ; avec restriction aux manichéens, *Cod.*, 1, 5, 4, 4). Léon dispose au contraire (*Cod.*, 1, 5, 9) que le *jus sepulcra* appartient à l'hérétique, tandis que ce droit est refusé à celui qui s'est rendu coupable d'un crime de lèse-majesté.

coupables de lèse-majesté détournèrent le christianisme triomphant de l'emploi d'un pareil procédé. Certes, il a pu arriver que les chefs d'une secte aient été condamnés à périr par le glaive ou le bûcher et même que quelques individualités prises dans la foule aient reçu un châtement exemplaire, un peu comme en cas de délits militaires le sort déterminait ceux qu'atteindrait la sentence capitale; mais le gouvernement impérial romain de l'époque chrétienne s'est en principe abstenu de faire des exécutions en masse; cette œuvre d'extermination est restée réservée à des époques postérieures. L'Église d'État romaine a poursuivi le même but, mais y a mis plus de modération. (600)

Le nouveau droit, issu surtout de la procédure pénale contre les Manichéens (1), qui, née à l'époque de Dioclétien s'est conservée même dans la suite, repose sur cette idée fondamentale que la complète jouissance des droits civiques n'appartient qu'au chrétien orthodoxe (2). L'imperfection de la foi chrétienne et son absence totale sont considérées comme blâmables au point de vue moral et traitées comme délits en tant qu'elles entraînent une diminution de l'honorabilité civique et fréquemment aussi une restriction de la liberté des relations avec autrui. Cette règle s'applique surtout aux chrétiens hétérodoxes, parmi lesquels figurent les Manichéens. On la retrouve régissant dans la même mesure les fidèles de la vieille religion, partisans du polythéisme; elle s'applique également aux Juifs

La situation privilégiée des chrétiens orthodoxes au point de vue des droits civiques.

(1) La constitution de Valentinien I contre les Manichéens (*C. Th.*, 16, 5, 3) se place encore dans la période de l'égalité officielle; quant aux constitutions rendues postérieurement contre l'hérésie, plusieurs parmi les plus anciennes (*C. Th.*, 16, 5, 7, 9) visent précisément le manichéisme. Augustin, *Contra Faustum*, 5, 8(8, 200 éd. Maur.) [*Corp. Script. eccles. lat.*, éd. acad. Vindob., t. 25, p. 280] rapporte qu'un évêque manichéen fut, sur la prière des chrétiens, gracié et simplement dégradé.

(2) Justinien, *Cod.*, 1, 5, 12, 5 : τοῖς μὴ τὸν θεὸν ὀρθῶς προσκυνῶσι καὶ τὰ τῶν ἀνθρώπων ἀγαθῶν ἐπέχειται. Constantin dresse déjà en 314 dans la lutte contre les Donatistes le plan d'une seule et même religion pour tout l'Empire (Optat, ed. Dupin, p. 284 [*Corpus Script. eccles. lat.*, éd. Acad. Vindob., t. 26, p. 206. Dans cette édition, on lit *tunc* au lieu de *hinc*]: *hinc... potero esse securus... cum universos sensere debito cultu catholicae religionis sanctissimum deum concordia observantiae fraternitate venerari*).

avec quelques atténuations. L'exposé qui va suivre indiquera les degrés de cette restriction de droits résultant des imperfections de la foi chrétienne ou de son absence. Il n'y a pas de terme généralement reçu pour désigner cette diminution des droits civiques, incontestablement considérée comme sanction d'un délit et procédant de considérations religieuses; le mot hérésie, du moins dans son sens restreint, ne s'emploie que pour l'hétérodoxie chrétienne. Quant aux expressions de violation de religion (1) ou de sacrilège (2), elles n'ont pas de valeur technique.

1. Les Chrétiens Hétérodoxes.

(601) La « foi catholique » (*fides catholica*) (3) ou la « foi orthodoxe »
 Hétérodoxie. (*fides orthodoxa*) (4) et son contraire, « l'hérésie » (*haeresis*) (5) sont des notions depuis longtemps familières aux théologiens chrétiens et elles ont passé, comme nous l'avons précédemment fait remarquer, dans le droit public de l'État avant

(1) *C. Th.*, 16, 10, 12 (II p. 308 n. 1). Ce terme n'a qu'une valeur d'énonciation, ce n'est pas l'expression technique; on le trouve aussi à l'époque précédente (*Cod.*, 19, 1) pour désigner le vol commis au regard d'un temple.

(2) Ce terme, bien qu'on l'applique, non seulement à l'époque précédente mais même encore maintenant, à tout crime grave, est surtout usité depuis l'introduction de la nouvelle religion d'État pour désigner l'hérésie; c'est ce que prouvent de la manière la plus nette les constitutions d'amnistie groupées au *C. Th.*, 9, 38. Les plus anciennes de ces constitutions ne parlent naturellement pas de l'hérésie (dans *C. Th.*, 9, 38, 3, il faut réunir *sacrilegus* à *in majestate* et *reus* à *in mortuos*); mais dans les deux constitutions de 385 et 396 (*C. Th.*, 9, 38, 7. c. 8) le *sacrilegium* cité parmi les crimes capitaux qui ne sont pas amnistiés ne peut être que l'hérésie. Ce mot est employé dans le même sens par la Nov. de Val. III, 17 : (*Manichaeus*) *poenas, quas in sacrilegos jura sanxerunt... excipiat* et au *Cod.*, 1, 5, 8, 2, où l'on dit de diverses hérésies : *dispar quidem nomen, sed idem sacrilegium*.

(3) Constantin se sert déjà de ce terme (II p. 311 n. 1).

(4) Gratien (*C. Th.*, 16, 5, 6) parle des *orthodoxi episcopi qui Nicaenam fidem tenent*.

(5) Αἵρεσις, en latin *secta*, est l'opinion d'une école. C'est ainsi par exemple que Diogène Laërce (*Præf.*, 18) dit de la morale : τοῦ δὲ ἡθικοῦ γυγνώσκειν αἵρεσις; ἑξῆς, stoïciens, épïcuriens, académiciens, etc. C'est dans le langage chrétien que ce mot reçoit pour la première fois un mauvais sens, le christianisme en sa qualité de religion universelle n'admettant pas d'opinion divergente.

l'élévation du christianisme au rang de religion du gouvernement romain. Dès l'instant où le christianisme cessa d'être une religion défendue, il devint immédiatement une religion privilégiée. L'attribution de privilèges importants qui accompagna la reconnaissance de la liberté du christianisme, par exemple la concession du droit de succéder qui fut faite à toutes les églises chrétiennes, rendit nécessaire la fixation des limites dans lesquelles ces privilèges s'appliquaient (1). Mais cette fixation ne pouvait être opérée que par le gouvernement même qui avait accordé ces faveurs à l'Église chrétienne universelle. Si l'État s'en était tenu là et s'était contenté de déterminer d'une manière purement externe le champ d'application des privilèges accordés, cela eut été conciliable avec la liberté religieuse qu'il avait proclamée. Mais il n'en fut pas ainsi; le monarque a dès le début, sans peut-être savoir exactement ce qu'il faisait, pris sur lui de déterminer ce qui, au point de vue du dogme, doit être considéré comme la foi chrétienne universelle et quels sont les partis et les personnes pour lesquels ces privilèges doivent être admis ou écartés (2). Ces décisions impériales, qui en droit ont la valeur d'une loi, mais qui au fond touchent au dogme, ne peuvent naturellement être prises qu'avec l'adjonction des représentants qualifiés du christianisme. Déjà en 325, peu d'années après que le christianisme eût été

(602)

(1) En 313, Constantin déclare déjà que les droits qu'il accorde aux chrétiens sont donnés à l'Église universelle (τῆ ἐκκλησίᾳ τῆ καθολικῆ τῶν χριστιανῶν Eusèbe, *Hist. eccl.*, 10, 5); dans une autre constitution de la même année, on oppose l'*ecclesia catholica* et les *haeretici* (*C. Th.*, 16, 2, 1). En 325, une autre constitution (*C. Th.*, 16, 5, 1 = *C. Just.*, 1, 5, 1) dispose : *privilegia, quae contemplatione religionis indulta sunt, catholicae tantum legis observatoribus prodesse oportet; haereticos autem atque schismaticos non solum ab his privilegiis alienos esse volumus, sed etiam diversis muneribus constringi et subici.*

(2) Au début, à vrai dire, l'orthodoxie et la jouissance des privilèges chrétiens ne se confondirent pas complètement. C'est ainsi qu'en 326 Constantin admit les Novatiens à bénéficier de ces privilèges, bien qu'on désapprouvât leur dissidence vis-à-vis des églises *perpetuae sanctitatis* (*C. Th.*, 16, 5, 2). Une constitution de 428 (*C. Th.*, 16, 5, 65) nous signale encore la position intermédiaire que cette secte occupe entre l'orthodoxie et l'hérésie; mais, dans la rédaction de cette constitution au code de Justinien, *C. Just.*, 1, 5, 5) les Novatiens sont rejetés parmi les autres hérétiques.

autorisé, l'orthodoxie d'État fut formellement fixée d'après l'opinion des évêques de l'empire réunis à Nicée. Sous la domination de l'Église d'État, on a assuré de la même manière l'unité de religion et le rejet de toute opinion dissidente et la définition du christianisme « universel » a été formellement donnée par des lois d'État, — ordinairement, mais non pas exclusivement, d'après des résolutions votées par les majorités des assemblées d'évêques convoquées par le gouvernement (II p. 306 n. 1.) Le procédé habituellement suivi dans ce but consistait à mettre hors de l'église « universelle » par voie de constitution impériale soit les chefs notables d'une secte et leurs partisans (1), soit différentes personnes individuellement désignées (2); la notion d'hérésie est elle-même universelle en un sens négatif, elle consiste toujours dans une déviation de la religion orthodoxe (3). Naturellement, la divergence d'opinions religieuses chez les différents souverains et le bon plaisir du monarque ont en général donné lieu à beaucoup d'arbitraire et à de nombreuses variations dans la fixation d'une ligne de démarcation entre les vrais et les faux chrétiens.

(1) Ce procédé fut déjà usité avant que le christianisme ne devint religion d'État : Constantin I lui-même a déjà exclu de l'Église les Ariens (Socrate, *H. e.*, 1, 9) et Valentinien I les Anabaptistes (*C. Th.*, 16, 6, 1). Une pareille mesure fut fréquente dans la suite.

(2) C'est ainsi qu'Arcadius (*C. Th.*, 16, 5, 28 = *C. Just.*, 1, 5, 2, 4) ordonne au proconsul d'Asie de considérer l'évêque Hennesius comme hérétique et de ne plus le compter au nombre des très saints prélats de l'Église, bien que cet évêque n'appartint manifestement à aucune des sectes prohibées : *haereticorum vocabulo continentur et latis adversus eos sanctionibus debent succumbere qui vel levi argumento a judicio catholicae religionis et tramite detecti fuerint deviare.*

(3) La notion d'hérésie apparaît immédiatement avec cette généralité dans une constitution de 379, la première qui traite de cette matière (II p. 304 n. 1). Sans doute, il arrive maintes fois que telle ou telle secte déterminée soit désignée comme hérétique, mais l'application de la procédure pénale ne se restreint pas aux sectes ainsi visées. La généralité de cette notion se révèle plus nettement encore dans le Code de Justinien; ici, les dispositions qui visent une secte particulière disparaissent (la suppression de la gradation au *C. Just.*, 1, 5, 5 = *C. Th.*, 16, 5, 63, est caractéristique en ce sens) et l'on dit en insistant sur ce point (*C. Just.*, 1, 5, 12, 4. et de même, 1, 5, 18, 4) : *αιρετικόν πάντα καλοῦμεν, ὅστις μὴ τῆς καθολικῆς ἐκκλησίας καὶ τῆς ὀρθοδόξου καὶ ἀγίας ἡμῶν ὑπάρχει πίστεως.*

Le seul effet que produisit l'exclusion de la chrétienté orthodoxe prononcée par l'État fut, tant que le christianisme n'eut d'autre caractère que celui d'une confession autorisée, de priver les hétérodoxes des privilèges accordés par l'État aux orthodoxes; plus tard, lorsqu'on imposa aux sujets de l'empire l'obligation de professer le christianisme orthodoxe, le manquement à ce devoir entraîna une série d'infériorités juridiques (1).

Conséquences
de l'hétérodoxie
au point de vue
de la théorie
des délits.

1. Le premier et le plus important des privilèges qu'on accorda aux chrétiens catholiques fut d'exempter leurs associations et leurs réunions de l'observation des règles restrictives posées par les lois sur le droit d'association et de leur donner la faculté d'accomplir librement les actes de leur culte. Ce double privilège étant refusé aux chrétiens hétérodoxes (2), ceux-ci, lorsqu'ils continuèrent leurs pratiques de religion, ne purent éviter ni les conflits avec les autorités romaines, ni les répressions pénales.

2. Comme corollaire au privilège précédent, on reconnaît en outre aux différentes communautés catholiques la propriété de leurs églises et de leurs cimetières (3); cette capacité n'est pas accordée aux communautés de chrétiens hétérodoxes; bien plus, les temples non autorisés que possèdent ces dernières sont ordinairement confisqués, le plus souvent au profit de

(1) Lorsque Constantin ordonne aux magistrats de mettre surtout les hérétiques à contribution dans la répartition des charges publiques (II p. 311 n. 1), il y a là une infériorité qui résulte pour eux non du droit pénal, mais du droit administratif.

(2) *C. Th.*, 16, 5, 6, 10, 11, 12, 15, 24, 26, 30, 36, 45, 51, 56, 57, 58, 63. *C. Just.*, 1, 5, 8, 3, 8, c. 14, c. 18, 3, c. 20. La contravention est naturellement punie, elle est parfois même frappée de la peine de mort (*C. Th.*, 16, 5, 34, 51). Parmi les nombreux détails, il y a lieu de relever que le droit de réunion n'est parfois supprimé que pour les villes (*C. Th.*, 16, 5, 65) et que cette incapacité peut se rencontrer même dans des cas où l'intestabilité n'est pas encourue (*C. Th.*, 16, 5, 36).

(3) La concession faite par Constantin aux Novatiens (II p. 311 n. 2) consista précisément à leur attribuer la propriété de leurs églises et de leurs cimetières (*ecclesiae suae domos et loca sepulcris apta*). Il arrive aussi qu'on tolère les temples existants, mais qu'on interdit l'établissement de nouveaux temples (*C. Th.*, 16, 5, 65).

l'État, parfois même en faveur de l'Église catholique (1).

(604) 3. La reconnaissance de l'orthodoxie d'une communauté chrétienne implique la reconnaissance de la constitution de cette communauté et de l'autorité qui la dirige; par contre, les chefs des communautés hétérodoxes non seulement ne sont pas reconnus, mais sont précisément ceux qu'atteignent en première ligne les répressions et les peines (2).

4. La peine propre de l'hérésie est, en dehors de l'infamie (3), l'intestabilité, c'est-à-dire l'incapacité de faire un testament pour soi ou de servir de témoin dans le testament d'autrui; elle est fréquemment accompagnée d'une restriction des droits successoraux et même plus généralement des pouvoirs que donne la capacité patrimoniale; elle est maintes fois renforcée par la peine de confiscation pour le cas de contravention (4).

5. La liberté de l'hérétique n'est pas seulement restreinte pour les actes patrimoniaux, elle l'est aussi pour le choix de la résidence: il doit éviter les grandes villes, c'est-à-dire qu'il lui est interdit de séjourner dans les capitales de l'empire, dans les métropoles des provinces et dans un rayon de cent milles autour de ces villes (5). Il y a toutefois une autre forme de res-

(1) *C. Th.*, 16, 5, 4. 8. 12. 21. 30. 43. 45. 52. 54, 1. 57. 58. 65, *pr.* 16, 6, 4. *C. Just.*, 1, 5, 8, 4. 5. c. 10. c. 14. Lorsque le propriétaire n'est pas complice, il y a d'autres peines, souvent graves, qui atteignent celui qui a rendu la réunion possible.

(2) *C. Th.*, 16, 5, 5. 12. 13. 14. 19. 21. 22. 24. 25. 26. 31. 32. 33. 36, 2. 52, 5. 53. 54, 1. 57. 58. 65, 1. *C. Just.*, 1, 5, 2. c. 8, 2. c. 20, 3.

(3) Constantin (Socrate, *Hist. Eccl.*, 1, 9), frappe déjà les Ariens d'infamie (*ἀτιμία*). Il en fut encore de même dans la suite: *C. Th.*, 16, 5, 3. 7, *pr.* 54.

(4) *C. Th.*, 16, 5, 7. 9. 17. 19. 23. 25. 27. 36. 40, 2. 3. 49. 54. 58, 4. 65, 3. 16, 6, 4. *C. Just.*, 1, 5, 18, 3. c. 19. c. 22. *Nov. Valentiniani III.* 17, c. 2. Nous pouvons passer ici sous silence les nombreuses modifications que cette peine a subies, elle va parfois jusqu'à l'interdiction de donner, d'acheter, de vendre et même jusqu'à l'incapacité générale de contracter (*C. Th.*, 16, 5, 40, 4 = *C. Just.*, 1, 5, 4, 3). L'intestabilité peut être invoquée après la mort de l'hérétique, toutefois cela n'est possible que pendant un délai de cinq ans (*C. Th.*, 16, 7, 3 = *C. Just.*, 1, 7, 2).

(5) La peine de l'intestabilité paraît remonter à l'époque des persécutions contre les chrétiens. Lorsque l'État fut devenu chrétien, il l'appliqua immédiatement aux hérétiques. *C. Th.*, 16, 5, 7, 3. 13. 14. 18. 20. 27.

triction du droit de séjour, c'est la relégation de l'hérétique dans sa patrie d'origine; c'est la seule forme de cette incapacité que connaisse le droit de Justinien (1). Des peines graves sont prévues pour le cas de rupture de ban (2).

6. Enfin les chrétiens hétérodoxes sont exclus de toutes les fonctions et services publics, lorsque ceux-ci ne se présentent pas plutôt comme des charges publiques (3). (605)

Dans les amnisties, souvent accordées lors des fêtes de Pâques, on a coutume, depuis que le christianisme est devenu religion d'État, d'exclure de cette mesure de faveur non seulement ceux qui se sont rendus coupables d'un crime capital, mais aussi les hérétiques (II p. 310 n. 2). En général la législation n'a pas pris d'autre mesure contre les hérétiques, il y a toutefois eu fréquemment d'autres peines établies contre des sectes particulières (4). L'État romain s'est constamment

30. 31. 32. 33. 34. 54. 62. 64. 65, 2. *Nov. Theodosii II.* 6. *Valentiniani III.* 17, 3. La plupart de ces constitutions parlent d'expulsions faites dans de telles conditions que les relations des hérétiques avec les autres hommes seraient du même coup supprimées, mais elles ne précisent pas l'effet juridique de ces mesures. La pensée exacte de ces empereurs ressort des constitutions d'Honorius (*Const. Sirm.*, 2 = *C. Th.*, 16, 2, 35) et de Théodose II (*C. Th.*, 16, 2, 65 et *nov.* 6) : *ab ipso adpectu urbium diversarum exterminari debere.*

(1) Cette forme se rencontre déjà à l'époque antérieure : *C. Th.*, 16, 5, 10, 12; le droit de Justinien laisse de côté les constitutions précédemment citées et contraint les hérétiques à habiter leur lieu d'origine : *Cod. Just.*, 1, 5, 8, 6 (pour laquelle y a des hésitations quant à la lecture à adopter). 7.

(2) *C. Th.*, 16, 5, 34.

(3) *C. Th.*, 16, 5, 25. 29. 42. 48. 53, 7. 61. 65. 3. *C. Just.*, 1, 5, 8, 6. c. 12. p. 18, 4. *Nov. Valentiniani III.* 17, c. 3. Cette interdiction s'étend à la profession d'avocat (*Cod.*, 1, 5, 12, 8). L'hérétique ne peut pas obtenir une audience de l'empereur (*C. Th.*, 16, 5, 14). Justinien excepte les Goths ariens (*C. Just.*, 1, 5, 12, 17).

(4) On rencontre pour certaines catégories des amendes pécuniaires élevées (*C. Th.*, 16, 5, 51. 52. 54, 3), la confiscation du patrimoine en faveur du fisc (*C. Th.*, 16, 6, 4. tit. 5, 5) ou des héritiers orthodoxes (*C. Th.*, 16, 5, 40, 1), la déportation (*C. Th.*, 16, 5, 63 : *proscriptio*; tit. 6, 6), et même la peine de mort (16, 5, 7, 1), que Justinien reprit contre les Manichéens (II p. 308 n. 1). Lorsque d'autres délits s'ajoutent à celui d'hérésie, comme par exemple la dissimulation d'écrits hérétiques, la peine est naturellement aggravée (Socrate, *Hist. eccl.*, 1, 9. *C. Th.*, 16, 5, 34, 1. 66. *C. Just.*, 1, 5, 8, 10. c. 16, 3 et autres textes).

abstenu de contraindre directement à une conversion, qui, obtenue de cette manière, serait ordinairement superficielle.

2. Les Païens.

Le Paganisme. Si aux sujets de l'empire partisans de la vieille religion nationale polythéiste ou qui par leur patrie appartenaient à un autre culte polythéiste on ajoute tous ceux qui ne professaient ni le christianisme ni le judaïsme, il est incontestable qu'à l'époque de Constantin la grande majorité des habitants de l'empire appartenaient encore à la vieille religion. Mais on voyait disparaître de plus en plus, surtout dans la bourgeoisie éclairée, toute foi sérieuse et toute pratique des cultes anciens (1). Le terme de *pagani* (2), de « paysans », usité en Occident depuis le milieu du IV^e siècle pour désigner les polythéistes qui restaient fidèles à leur religion, marque la position du polythéisme à cette époque de transition. Dans la

(606)

(1) Lorsque la vieille religion fut devenue *superstitio*, on vit comme toujours marcher de pair dans cette superstition les couches inférieures de la population et les rangs les plus élevés de l'aristocratie. Au IV^e siècle, on ne trouve en principe des païens croyants qu'à la campagne et dans les palais de la vieille capitale.

(2) Les preuves les plus anciennes de cet usage du langage (Godefroy sur *C. Th.*, 16, 10) nous sont données par le traité de Marius Victorinus de *δημοσιωφ* *recipiendo*, écrit entre 362 et 380 (Migne, vol. 8, p. 1137) : *Graeci, quos Έλληνας; vel paganos vocant, multos deos dicunt, nos adversus paganos unum Deum, adversus Judacos patrem et filium*; par la constitution de Valentinien de 368 (*C. Th.*, 16, 2, 18) et par les *Quaestiones ex. vel. et novo test.*, n. 81, 82, du Pseudo-Augustin rédigées entre 370 et 380. Ce terme de *pagani* appartient à la langue populaire; Victorinus, *loc. cit.*, nous le dit et les rescrits de 409 (*C. Th.*, 16, 5, 46 : *gentiles, quos vulgo paganos appellant*) et de 416 (*C. Th.*, 16, 10, 21) confirment cette opinion. Il n'y a pas de terme grec correspondant. De même que *paganus* dans la langue des soldats désigne le civil, parce que les camps permanents ne pouvaient pas être établis dans les villes et qu'ainsi il n'y avait dans le camp, en dehors des soldats, que des paysans, de même cette expression servit en matière religieuse à désigner les païens, parce que les paysans restaient fidèles au vieux culte. Les constitutions des empereurs chrétiens ont eu aussi principalement pour but de bannir le polythéisme des grandes villes; c'est ce que prouve par exemple, en dehors de certaines mesures répressives prises contre lui (II p. 314 n. 5), une constitution de 415 qui bannit les prêtres païens Africains de la capitale de la province et les relègue dans leur pays d'origine (*C. Th.*, 16, 10, 20, *pr.*).

partie grecque de l'empire et par suite aussi chez les Latins, on se servit pour désigner les païens des termes ἔθνη ou *gentiles*, usités par les juifs vis-à-vis des non-juifs (1), et ces expressions peuvent aussi être considérées comme s'appliquant à des « provinciales » et à des « barbari ». — En droit, la liberté religieuse proclamée par Constantin ne donnait et n'enlevait rien aux polythéistes. Toutefois, dès le début, les faveurs des empereurs allèrent surtout à la nouvelle religion et la reconnaissance du christianisme comme Église d'État en 379 créa du même coup une infériorité juridique pour les partisans des vieilles croyances. Les chrétiens orthodoxes traitant les hétérodoxes comme des non chrétiens (2), il en résulta que, pour les orthodoxes, les deux catégories se confondirent (3). Mais les païens ne sont pas des hérétiques au sens propre du mot (4), et si la condition juridique des deux catégories est analogue, elle n'est pas identique. Suivant cette vieille loi que la haine des partis est plus forte contre les opinions voisines que contre les opinions plus divergentes, le chrétien orthodoxe a toujours considéré l'hétérodoxe comme plus dangereux que le non chrétien. (607)

(1) Les juifs donnent à ceux qui ne sont pas juifs le nom d'Araméens, lorsqu'ils écrivent en hébreu, et celui d'Ἕλληνες (terme déjà employé pour ἄλλοφύλοι dans la *septuaginta* d'Isaïe, 9, 12) ou d'ἔθνη (parce qu'ils opposent au peuple élu les autres peuples : τὰ ἔθνη), lorsqu'ils écrivent en grec. Ces deux dernières expressions ont échangé contre un sens religieux leur acception origininaire dans laquelle ils s'appliquaient à des nations et elles ont passé ainsi dans la littérature grecque avec ce seul changement qu'elles y ont servi à désigner les non-chrétiens au lieu des non-juifs. Les chrétiens latins ont même adopté le dernier de ces termes avec sa signification religieuse, tandis que dans le latin technique *gentiles* désigne plutôt le pérégrin qui ne vit pas d'après un droit municipal, c'est-à-dire le barbare. La *superstitio gentilicia* apparaît déjà conformément au langage des Écritures, dans la constitution de Théodose I^{er} de 392 (*C. Th.*, 16, 10, 12, 2). Le *paganus* appartient au *pagus*.

(2) *C. Th.*, 16, 5, 43 : *Christianos se simulant esse*; de même *C. Th.*, 16, 5, 65.

(3) Déjà en 380, Théodose I exprime cette idée avec toute la netteté possible (*C. Th.*, 16, 1, 2).

(4) Les *pagani* se distinguent des *haeretici* (*C. Th.*, 16, 5, 46. tit. 8. 26. tit. 10, 13), mais il arrive fréquemment que dans un langage négligé on les compte parmi les *haeretici* (*Nov. Theodosii II. 3 : Judaeos, Samaritas, paganos et vetera haeticorum genera*).

Conséquences
du paganisme
au point de vue
de la théorie
des délits.

1. La liberté religieuse proclamée par Constantin donnait aux païens comme aux chrétiens la faculté de se réunir pour les exercices de leur culte et d'accomplir les pratiques de leur religion. Toutefois, sinon Constantin lui-même (1), du moins ses fils ont certainement défendu sous peine de mort les sacrifices sanglants et d'une manière générale le culte des images (2) et ont ordonné la fermeture des temples païens (3). Ces règles se concilient d'ailleurs formellement avec la liberté religieuse ; car le gouvernement, en proclamant cette dernière, n'avait pas renoncé au droit d'interdire des pratiques religieuses choquantes ; mais au fond il y avait là une mesure anticipée de christianisation de l'État. Lorsque celle-ci eût été formellement proclamée, on défendit aux païens d'une manière générale les

(608)

(1) Constance II (*C. Th.*, 16, 10, 2) invoque à l'appui de sa prohibition celle de son père ; mais l'absence de la constitution de Constantin dans le Code Théodosien fait naître des doutes sur l'existence de cette constitution, d'autant plus que le titre en question de ce Code paraît avoir fait l'objet de coupures opérées par des mains chrétiennes — des constitutions de Valentinien I y ont, en effet, été également omises. Suivant son biographe (Eusèbe, *Vit. Const.*, 2, 44, 45), Constantin ordonna à ses fonctionnaires de s'abstenir d'offrir des sacrifices (*μη εἰδωλολατρειν*) et défendit les sacrifices d'une manière générale, *ὡς μήτε ἐγέρσεις ζώων ποιῆσθαι τοιμῶν μήτε μαντείας καὶ ταῖς ἄλλαις περιεργίαις ἐπιχειρεῖν μήτε μὴν θύειν καθόλου μηδένα*. Mais Eusèbe ne rapporte pas le texte de ces constitutions et comme l'empereur lui-même nous dit chez ce biographe, que, contrairement à l'opinion de beaucoup de personnes, il n'a pas prohibé le culte païen (*τῶν νεῶν τὰ ἔθνη*), parce qu'une pareille mesure eût été trop choquante (2, 60), il est possible que cet ordre prétendu n'ait été qu'une exhortation. Nous ne pouvons d'ailleurs indiquer ici que brièvement les mesures prises par le gouvernement romain contre le paganisme (cpr. une vue d'ensemble de ces mesures chez Marquardt, *Staatsverwaltung*, 3, 114 sv. [Manuel Antiq. Rom., 12, 140 sv.]).

(2) *C. Th.*, 16, 10, 2. 4. Même plus tard l'offrande d'un sacrifice sanglant est toujours considérée comme le cas le plus grave du nouveau crime de religion et cela principalement à raison de l'examen des entrailles qui l'accompagne (cpr. II p. 308 n. 1) ; les contrevenants sont frappés de la peine de mort (*C. Th.*, 16, 10, 7. 12, 1) ou encore de la confiscation du patrimoine et du bannissement (*C. Th.*, 16, 10, 23 ; *Nov. Theodosii II*, 3 c. 8). Théodoric établit aussi comme sanction la peine de mort (*Edict.*, c. 108.)

(3) C'est ce qu'ordonnent les constitutions de Constance que nous venons de citer. On prescrit, en outre, d'épargner les temples et on permet même de les visiter pour voir les œuvres d'art (*C. Th.*, 16, 10, 8). Nous pouvons négliger ici les autres mesures relatives à l'entretien et à la destruction des temples.

actes de leur culte (1) et les réunions pour la pratique de leur religion (2); on frappa en même temps de peines sévères toute contravention à ces prescriptions. Nous n'avons pas à exposer en droit pénal les obstacles que l'application de ces mesures contre des usages plusieurs fois séculaires rencontrèrent de la part de magistrats nonchalants ou récalcitrants et la résistance que lui opposèrent les fidèles du paganisme. Pris en bloc, les chrétiens hétérodoxes ont donné plus de besogne au gouvernement que les polythéistes.

2. La destitution des vieilles divinités eut pour conséquence nécessaire la confiscation de tout le patrimoine des temples qui leur étaient consacrés (3). La confiscation atteignait le propriétaire qui autorisait l'accomplissement sur son domaine d'actes du culte païen (4).

3. L'État cessa en même temps de reconnaître les prêtres de la vieille religion (5).

4. L'infamie (6) et l'intestabilité (7) frappèrent le chrétien qui se faisait païen; elles ne furent appliquées pour la première fois aux païens en général que sous Justinien (8).

(1) Des constitutions de 392 (*C. Th.*, 16, 10, 12) et de 431 (*C. Just.*, 1, 11, 7) interdisent aussi sévèrement les actes du culte païen qui ne consistent pas dans un sacrifice sanglant; la seconde constitution prononce même la peine de mort comme sanction de sa prohibition.

(2) *C. Th.*, 16, 10, 13, 3. Les fêtes populaires sont naturellement maintenues (*C. Th.*, 16, 10, 17).

(3) Gratien *C. Th.*, 16, 10, 12, 2 et ailleurs.

(4) *C. Th.*, 16, 10, 12, 2. *C. Just.*, 1, 11, 8.

(5) Les immunités des prêtres de la vieille religion furent encore confirmées après la mort de Constantin (*C. Th.*, 12, 5, 2, constitution rendue sous le nom de l'empereur défunt) et l'empereur Constance nomme encore aux postes vacants dans les collèges de pontifes romains (Symmaque, *Ep.*, 10, 3); par contre, ces privilèges furent supprimés en bloc par une constitution de 396. (*C. Th.*, 16, 10, 14).

(6) *C. Th.*, 16, 7, 3.

(7) Gratien prescrit déjà cette peine en 381. *C. Th.*, 16, 7, 1, 2, 3 (= *C. Just.*, 1, 7, 2), 4 (= *C. Just.*, 1, 7, 3), 6, 7 (= *C. Just.*, 1, 7, 4). — La détermination plus précise de cette notion doit être empruntée à ces constitutions.

(8) La constitution, *Cod.*, 1, 11, 10, 1, qui est vraisemblablement de Justinien, dispose que ceux qui refusent de recevoir le baptême, οὐτέ μεθέξουσιν οὐδὲ τῶν τῆς ἡμετέρας πολιτείας οὐδὲ οὐσίας κινητῆς ἢ ἀκινήτου κύριοι εἶναι συγχωρηθήσονται.

5. Ce fut également sous le même empereur qu'on étendit aux païens le bannissement, tel qu'il était appliqué aux chrétiens hétérodoxes (1).

(609) 6. Enfin on écarta des fonctions publiques le chrétien qui passait au paganisme (2); mais la loi n'exclut les païens en général des emplois de l'État qu'à la suite de la mise à mort en 408 de Stilicon (3), accusé d'avoir projeté de susciter une révolte contre la nouvelle religion et de rétablir le vieux culte national.

Le droit romain n'est jamais allé plus loin dans ses mesures contre les païens; celui qui s'exposait aux répressions que nous venons d'indiquer ne fut jamais contraint formellement par la force de se faire baptiser ou d'accomplir quelque autre acte extérieur de la religion chrétienne (4).

Procès contre
les dissidents.

Au point de vue de la procédure, l'hérésie et le paganisme sont poursuivis devant les tribunaux séculiers dans la forme ordinaire de la procédure d'accusation (5). En outre, le délit de

(1) *Cod.*, 1, 11, 10, 3 : αὐτοὶ δὲ ἐξορίῃ παραδοθήσονται.

(2) *C. Th.*, 16, 7, 5.

(3) Orose, 7, 38 et d'après lui Marcellin pour la même année. La conduite d'Attale contre les païens se rattache étroitement à l'affaire précédente (Sozomène, 9, 9). Il est vrai que la loi en question d'Honorius (*C. Th.*, 16, 5, 42) a, d'après Zosime, 5, 46, été retirée, mais les lois de Théodose II en 416 (*C. Th.*, 16, 10, 24) et en 425 (*Nov. Theodosii II.*, 6) nous montrent qu'on s'en est tenu finalement à la règle de l'exclusion. Même plus tard, on rencontre encore maintes fois des exceptions.

(4) Le souci des finances impériales a souvent tempéré les excès de la piété officielle. La déclaration de l'empereur Arcadius dans la *Vita Porphyrii episc. Gazensis per Marcum diaconum (edit. sodales Societ. Philol. Bonnensis)* c. 401, est caractéristique en ce sens : οἶδα ὅτι ἡ πόλις ἐκείνη (Gaza; l'évêque avait demandé en 401 la destruction des temples des idoles existant dans la ville) κατεδωλόεσται, ἀλλ' εὐγνωμονεῖ περὶ τὴν εἰσφορὰν τῶν δημοσίων πολλὰ συντελοῦσα. Ἐὰν οὖν αἰρησιδίᾳσωμεν αὐτοὺς τῷ φόβῳ, φυγῆ χρήσονται καὶ ἀπόλλομεν τοσοῦτον κανόνα. Ἄλλ' εἰ δοκεῖ κατὰ μέρος θλίβομεν αὐτοὺς, περιαιροῦντες τὰς ἀξίας τῶν εἰδωλομανῶν καὶ τὰ ἄλλα πολιτικὰ ὀφρῆτικα, καὶ κελεύομεν τὰ ἱερὰ αὐτῶν κλεισθῆναι καὶ μηκέτι κρηματίζεσθαι. Ἐπιπὼν γὰρ θλιβῶσιν εἰς πάντα στενοῦμενοι, ἐπιγινώσκουσιν τὴν ἀλήθειαν· τὸ γὰρ ὑπερβολὴν ἔχον αἰφύβιον βαρὺ τοῖς ὑπηκόοις.

(5) Honorius, *C. Th.*, 16, 5, 40, 1 = *C. Just.*, 1, 5, 4, 1 : volumus esse pu-

religion de l'époque du Bas-Empire donne lieu, comme celui de l'époque précédente (II p. 281) et même plus constamment et plus rigoureusement que lui, à la cognition et à l'inquisition du magistrat (1). Dans la procédure, on semble avoir pris pour modèle les anciens procès contre les chrétiens et avoir posé en substance à l'accusé la question de savoir, s'il reconnaissait appartenir à une secte de chrétiens légalement interdite ou au paganisme. Toute réponse négative entraînait l'acquiescement, puisque l'abandon de la religion prohibée mettait fin à l'action (2). On pouvait éventuellement recourir au témoignage d'un ecclésiastique reconnu orthodoxe (3). (610)

3. Les Juifs.

Dans l'État chrétien, le judaïsme (4) n'a pas été considéré comme un délit, tandis qu'on y avait traité comme tel dès le début l'hétérodoxie chrétienne et plus tard aussi le polythéisme. Le gouvernement repoussa cette conséquence de la

Le judaïsme dans la dernière époque.

blicum crimen. Léon, *Cod.*, 1, 41, 8. Valentinien III, *Nov.* 17 : *sit publicum crimen et omni volenti sine accusationis periculo* (c'est-à-dire sans danger de l'action récursoire de calomnie) *tales* (Manichéens) *arguere sit facultas*. Théodose II, *Cod. Just.*, 1, 1, 3, permet également la dénonciation (δημοσιεύειν) et l'accusation (ἐλέγχειν) des évêques coupables de nestorianisme δίχα φόβου καὶ βλαβῆς.

(1) C'est ainsi par exemple qu'en 421 l'empereur d'occident Constantin III ordonne à Volusianus, préfet de Rome (Léon le Grand, *Opera*, 3, 182), d'intervenir contre les hérétiques partisans de Célestius et lui prescrit : *omnes diligenter inquirat et eos statim faciat ex muris urbis expelli, ita tamen, ne inter centesimum lapidem habeant licentiam consistendi*. Les officiales doivent être frappés de la peine de mort.

(2) *C. Th.*, 16, 5, 41.

(3) Cela résulte de la constitution de Théodose I : *C. Th.*, 16, 1, 3.

(4) Les Samaritains hétérodoxes ne jouissent pas, d'après Origène (*Contra Celsum*, 2, 13), des privilèges juifs ; ils encourent comme les non juifs la peine de mort en cas de circoncision (à laquelle ils attachent précisément la plus grande importance, d'après Hippolyte, *Haer.*, 9, 26). Toutefois les constitutions du v^e siècle (ainsi *C. Th.*, 16, 8, 16) les nomment fréquemment à côté des juifs, sans établir aucune différence juridique entre eux. Justinien a assimilé les Samaritains aux Manichéens (*Cod.*, 1, 5, 21) et les a frappés d'intestabilité (*Cod.*, 1, 5, 17) ; il a lui-même dans la *Nov.* 129 retiré la mesure qu'il avait prise contre eux, mais celle-ci fut rétablie par Justin II dans la *Nov.* 144.

3. On tolère et protège les temples des juifs, mais on n'autorise pas ces derniers à bâtir de nouvelles synagogues (1).

4. Nous avons indiqué (I p. 140) que la prohibition de la polygamie a été étendue aux juifs.

5. L'interdiction de revêtir des fonctions publiques fut formulée en même temps pour les juifs et pour les païens (2).

(1) *C. Th.*, 16, 8, 23. 25. 27. *Nov. Theodosii* II. 3 c. 3. Cassiodore, *Var.*, 3, 45.

(2) *C. Th.*, 16, 8, 16 (de l'année 404). 24. *Nov. Theodosii* II. 3 c. 2. *Nov.*, 6. Justinien, *Code*, 1, 5, 12. Cette interdiction s'étend aussi à la profession d'avocat (*Nov. Theodosii* II. 6; *Cod.*, 1, 4, 15 = 2, 6, 8), mais non aux charges municipales (*Dig.*, 50, 2, 3, 3).

LE MEURTRE ET LES CRIMES QUI LUI SONT ASSIMILÉS

Parricidium. Tandis que la langue latine possède de nombreux termes pour exprimer l'action de tuer (*morti dare* (1), *necare*, *caedere*, *occidere*, *interficere*, *interimere*, *internecare* (2), elle n'a pour désigner le meurtre commis par dol que le mot *parricidium* et encore celui-ci n'a-t-il cette signification large que primitivement. D'après son étymologie vraisemblable (3) et certaine-

(1) Loi de Numa (II p. 323 n. 1); *si quis hominem liberum dolo sciens morti duit*. Cette expression qui du reste en soi ne désigne pas l'acte de tuer, mais seulement le fait de mourir — *leto dari* est, comme on sait, le terme usité pour désigner le fait de mourir (Varron, *De l. L.*, 7, 42 et ailleurs) — a été choisie ici, afin d'embrasser la mort causée sans violence, car les autres mots s'emploient surtout pour la mise à mort violente.

(2) L'emploi d'*inter* dans ces verbes, dont on peut rapprocher la désignation constante par *inter sicarios* du meurtre commis par des bandits, vise peut-être la mort donnée dans une mêlée, bien que l'usage fait de ces verbes ne laisse pas apparaître cette restriction.

(3) Il est contraire aux lois du langage de faire venir *parricida(s)* (l'orthographe avec un double r est attestée non seulement par des manuscrits et des inscriptions, mais aussi par Priscien, p. 26. éd. Hertz) de *per* = autrement, donc faussement (II p. 233 n. 1) et de *caedere*, alors que le préfixe en question apparaît toujours en latin dans une forme abrégée et qu'on attend *percidium*, comme on a *percellere*. Il n'est toutefois pas impossible que dans ce mot, qui doit être de très vieille formation comme tous les substantifs se terminant en *a(s)*, la première partie ait conservé la forme ancienne. Les autres étymologies proposées sont inadmissibles. *Patricidium* n'aurait jamais pu philologiquement se transformer en *parricidium* et il n'y a pas lieu de croire que l'expression de parricide ait été employée à titre de métonymie pour désigner le meurtre en général. La conjecture qui fait dériver *parricidium* de *par* (nous la trou-

ment aussi dans la vieille langue juridique (1), cette expression désigne l'homicide commis par perversité, le meurtre et les coups ayant entraîné la mort. Dans cette acception, elle a pour terme corrélatif la *perduellio*, c'est-à-dire la guerre méchante. Mais, déjà à la fin de la République, le mot *parricidium* ne désigne dans le langage courant que le meurtre d'un proche (2). Nous en avons la preuve non seulement dans l'identification, inacceptable au point de vue philologique comme au point de vue du fond, que l'on fait alors de *parricidium* avec un *patricidium* supposé, mais encore dans la restriction, dont nous traiterons plus loin, au meurtre d'un proche de la peine complète qui frappait originairement tout meurtre. Cette limitation du sens de *parricidium* créa une lacune dans la langue latine. Le latin classique n'a pas de terme simple pour exprimer l'idée de meurtre. Le mot récent et peu heureux d'*homicidium*, homicide, n'est apparu que tardivement (3). Pour re-

Homicidium.

vons déjà chez Priscien, *loc. cit.*) se heurte à cette double objection, qu'il semble tout à fait antiromain de faire sortir ce délit de la notion d'égalité et que dans une pareille étymologie on ne voit pas apparaître l'idée de blâme qui est ici indispensable.

(1) Festus, *Ep.*, p. 221 : *parricida non utique is, qui parentem occidisset, sed qualemcumque hominem indemnatum*, et l'auteur cite à l'appui de son affirmation la loi de Numa : *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto*. Plutarque, *Rom.*, 22 : ἴδιον δὲ τὸ μαρτυρίαν δίκην κατὰ πατροκτονίαν ὄρισαντα πᾶσαν ἀνδροκτονίαν πατροκτονίαν προσαιεῖν. C'est dans le même sens qu'on parle de *quaestores parricidii* et que d'après Festus, p. 318 il est dit dans une loi à propos d'une mise à mort justifiée : *parricida ne sit* et dans le commentaire de cette loi : *qui occidit parricidi non damnatur*. Sous l'empire du même usage du langage, on dit par contre en cas d'assimilation d'un délit avec le meurtre : *parricida esto* (Cicéron, *De leg.*, 2, 9, 22).

(2) Avant l'époque de Cicéron, nous n'avons pour prouver l'acception du mot que les témoignages du langage législatif que nous venons de citer. Plus tard, par exemple dans la loi de Pompée, ce terme ne désigne pas le parricide, mais le meurtre d'un proche et s'adjoint fréquemment un génitif pour déterminer le parent qui a été tué ; il en est ainsi chez Cicéron et chez d'autres bons prosateurs (*parricida fratris* ou *fraternus* : Cicéron, *Pro Cluentio*, 11, 31 et Tite-Live, 40, 24, 6, epr. Charisius, p. 278, éd. Keil ; *patris et patrum parricidium* : Cicéron, *Phil.*, 3, 7, 18 ; *parricida liberum* : Tite-Live, 3, 56, 5 ; *parricidium filii* : Tite-Live, 8, 11, 7 ; *parricida civium* : Cicéron, *In Cat.*, 1, 12, 29), ce qui montre aussi que ce mot ne vient pas de *pater*, car *parricida fratris* ne serait pas possible.

(3) *Homicida* et *homicidium*, vraisemblablement dérivés, comme *matricida* et *fratricida*, de *parricida*, sur l'étymologie duquel on s'était rapidement

médier à cette insuffisance du langage, les juriconsultes classiques combinent pour désigner le meurtrier les appellations de bandit (*sicarius*) et d'empoisonneur (*veneficus*) (1).

(614) Nous sommes dépourvus de renseignements sur les débuts de la législation romaine relative au meurtre. On peut conjecturer (I p. 67), qu'au début la procédure pénale publique usitée en cas de meurtre ne fut qu'un acte de légitime défense de la part de la communauté menacée, comme au cas de perduellion, et que primitivement chez les Romains comme chez les autres peuples le soin de punir le meurtre ou plutôt de venger le sang versé fut laissé aux parents de la victime, à la condition peut-être que, suivant ce qui a lieu d'après la loi des douze Tables pour le talion en cas de blessure corporelle, le tribunal de la communauté ait expressément autorisé cette vengeance. La loi la plus ancienne que la tradition nous signale en matière de meurtre et qui est attribuée au roi Numa (II p. 325 n. 1) vise-t-elle la vengeance privée permise par le tribunal de la communauté ou, ce qui est également conciliable avec la forme de cette loi, a-t-elle trait à la plus ancienne procédure publique en matière de meurtre? C'est un point que nous ne pouvons pas trancher. Il est certain que l'organisation par tribus, qui est la condition indispensable du régime de la vengeance privée, a autrefois été pleinement en vigueur à Rome, mais les documents n'en ont gardé aucune trace et nous devons nous borner à signaler cette lacune de nos connaissances.

La plus ancienne
procédure contre
le meurtre.

Le meurtre
comme crime
public.

Il n'y a aucun doute que le droit pénal romain, tel que nous le connaissons, punit le meurtre comme un crime dirigé contre la communauté elle-même. A vrai dire, les institutions dans

trompé, apparaissent déjà une fois chez Cicéron, *Phil.*, 2, 13, 31 (cpr. c. 12, 30) : *plus quam sicarios, plus quam homicidas, plus quam parricidas esse*, mais ne sont pas fréquemment employés même par les juriconsultes classiques (Gaius, 3, 194); ils ne deviennent des termes vraiment courants que postérieurement à Constantin. Ces mots sont d'ailleurs usités, conformément à leur étymologie, pour désigner même l'homicide involontaire (Paul, 5, 23, 3; *Coll.*, 1, 10, 1 = *Cod.*, 9, 16, 4).

(1) Il n'y a pas pour désigner le meurtre par violence de terme abstrait correspondant à *veneficium*; *qui inter sicarios et de veneficiis accusabant* (Cicéron, *Pro Sex. Rosc.*, 32, 90).

lesquelles cette conception se manifeste le plus nettement, à savoir la répression du meurtre des esclaves à un autre titre que celui d'atteinte à la propriété et la punition de ceux qui ont donné leur aide à un suicide, n'appartiennent qu'à un développement postérieur du droit ; toutefois toute la tradition nous montre, tant dans les règles juridiques que dans le petit nombre de procès familiaux de ce genre qui nous sont connus (1), que le meurtre était réprimé dans l'ancien droit par voie d'inquisition du magistrat et qu'on ne tenait aucun compte dans cette procédure des parents de la victime. Il est vraisemblable que l'introduction du procès de meurtre dans la procédure pénale relevant des magistrats se rattache à l'établissement de la questure. Ici encore la tradition nous laisse sans renseignements quant à la date d'apparition des *quaestores parricidii*, c'est-à-dire du tribunal pour meurtre ; mais nous avons montré dans le Livre II (I p. 178 n. 3) que ces magistrats, en leur qualité d'intermédiaires nécessaires pour le fonctionnement de la provocation obligatoire, ont dû naître en même temps que cette dernière. La provocation est rattachée par une tradition au moins très ancienne à la fondation de la République. En tout cas, les questeurs sont antérieurs à la

(615)

(1) Abstraction faite des procès contre des esclaves, des pérégrins et des femmes, qui nous apprennent peu de choses, nous avons pour l'époque antérieure à l'introduction du jury certains renseignements sur les procès de meurtre contre Caeso Quinctius en 293/461 (Tite-Live, 3, 41-43; Denys, 10, 3-8); contre le prétendu premier parricide L. Hostius après la guerre contre Hannibal (Plutarque, *Rom.*, 22); contre le prétendu premier matricide, Publicius Malleolus, en 653/491 (Orose, 5, 46, 23; Tite-Live, 68; *Ad Her.*, 1, 43); contre Q. Fabius Maximus, meurtrier de son fils, à la même époque (I p. 201 n. 2; Orose, 6, 46, 8 : *Q. Fabius Maximus... filium suum adolescentem rus relegatum cum duobus servis parricidii ministris interfecit... die dicta* — donc devant les comices — *Cn. Pompeio accusante damnatus est*, où l'accusateur ne peut être identifié avec certitude qu'autant qu'on le suppose questeur); nous avons en outre quelques indications pour le procès contre M. Volscius Fictor, faux témoin dans le procès de Caeso (II p. 352 n. 1) et contre Minucius appelé à rendre compte de la procédure contre Manlius (*loc. cit.*). Le formulaire conservé pour la procédure devant le *quaestor* (Varron, 6, 90) ne désigne le délit comme crime capital que d'une manière générale, mais doit certainement s'appliquer en première ligne au meurtre.

loi des XII Tables qui fait allusion à ces magistrats et à leur juridiction criminelle (1). Leur titre même indique qu'ils étaient en première ligne compétents pour les affaires de meurtre ; nous avons cependant déjà exposé (I p. 178 n. 2) que leur compétence ne se restreignait pas à cette catégorie de crimes et qu'abstraction faite de la perduellion tout procès capital soumis à un magistrat et pour lequel le jugement en dernier ressort ne pouvait être rendu par ce détenteur d'*imperium* lui-même, mais seulement par les comices, devait être porté devant le peuple par l'intermédiaire des questeurs. Nous n'adoptons pas dans cet exposé la notion générale de *parricidium* (II p. 222) rendue très vraisemblable par l'étendue de la compétence des *quaestores parricidii*, nous nous attachons uniquement ici à la catégorie des délits déterminée par la loi Cornélia dont nous allons parler ; toutefois l'étendue surprenante de cette catégorie dans la loi elle-même provient vraisemblablement d'une influence exercée par les extensions que la notion de *parricidium* avait reçues en procédure.

Quaestio
pour le meurtre.

Après l'apparition des jurys présidés par un magistrat, la procédure de meurtre, de toutes les anciennes procédures pénales vraisemblablement la plus fréquente, fut rapidement renvoyée à un tribunal de ce genre. La réforme était peut-être déjà accomplie en 612/142 (2), elle l'était certainement avant l'époque de Sylla (3). Le meurtre des proches a dû rester, au début, de la compétence des comices ; car nous voyons que vers 650/104 une affaire de ce genre est encore portée devant eux (II p. 327 n. 1) ; mais la connaissance de ce crime a été bientôt après et déjà avant Sylla confiée à des jurés. Quant à la loi de Sylla contre les bandits et les *venefici*, bien qu'elle ait été vraisemblablement dans une certaine mesure une loi

La loi Cornélia
sur le meurtre.

(1) Loi des XII Tables, 8, 25, chez Schöll [9, 4 chez Girard] [= *Dig.*, 1, 2, 2, 23] : *quaestores constituebantur a populo, qui capitalibus rebus praesentent ; hi appellabantur quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex XII tabularum.*

(2) Cpr. les remarques faites I p. 228 n. 4, I p. 233 n. 2 sur le procès de Tubulus.

(3) C'est ce que montrent les preuves citées plus loin.

de circonstance, elle est demeurée dans la suite la loi fondamentale en cette matière (1). La loi de Pompée sur le meurtre des proches n'a fait en substance, comme nous le montrerons plus loin, que modifier la peine. Quant aux dispositions des lois relatives à cette *quaestio*, nous y reviendrons à propos des règles de la procédure.

(616)

Pour déterminer les éléments du crime de meurtre, il importe de grouper ici les cas dans lesquels l'homicide volontaire est permis par le droit (*jure*), ou tout au moins n'est pas regardé et puni comme meurtre.

Cas exclus de la procédure de meurtre.

1. D'après la conception juridique originaire, exprimée dans la loi de Numa, l'esclave n'est pas considéré comme un homme, mais comme une chose. Le tuer n'est donc pas un meurtre (2); mais cet acte est puni comme dommage causé à la chose d'autrui, s'il atteint l'esclave d'une autre personne; il n'est nullement réprimé par le droit pénal, si l'on tue son propre esclave (3). Cette conception se modifia dans la suite, lorsqu'on admit que le fait de tuer l'esclave d'autrui pouvait être poursuivi non plus seulement comme dommage causé au patrimoine d'autrui, mais aussi comme meurtre (4). Ce changement a difficilement été opéré par la loi de Sylla sur le meurtre, il a certainement été réalisé dans l'application postérieure de cette loi. — L'empereur Claude est le premier qui ait fait rentrer dans le champ d'application de la loi sur le meurtre la mise à mort

L'esclave.

(1) La citation de la loi Julia sur le meurtre chez Suétone, *Ner.*, 33, est probablement une méprise.

(2) Loi de Numa (II p. 325 n. 1). Labéon concevait encore le meurtre de l'esclave non comme une violation de l'ordre public, mais seulement comme un délit privé (*Dig.*, 47, 10, 7, 1 avec l'explication donnée dans la Section du concours des délits).

(3) Denys, 7, 73; Plutarque, *Cat. Min.*, 21 et autres textes. Il arrive fréquemment que des esclaves coupables sont remis à leur maître pour qu'il les punisse à son gré.

(4) Ulpien, *Coll.*, 1, 3, 2: *compescit (lex) eum qui hominem occidit nec adjecit, cujus conditionis hominem, ut et ad servum et peregrinum pertinere haec lex videatur*. Gaius, 3, 213: *cujus servus occisus est, is liberum arbitrium habet vel capitali crimine reum facere eum qui occiderit vel hac lege (Aquiliana) damnatum persequi*. *Dig.*, 9, 2, 23, 9. 47, 10, 7, 1. 48, 8, 1, 2. Edit de Théodoric, c. 152.

de l'esclave par son propre maître, du moins lorsque celui-ci a fait mourir un esclave incapable de travailler (1). Plus tard, on recherche la cause pour laquelle le maître a fait tuer un esclave et l'action de meurtre peut être intentée, lorsque la mort a été ordonnée sans raison suffisante (2). Toutefois, la question de savoir ce qu'il faut entendre par raison suffisante est laissée à la libre appréciation du tribunal et il est certain que l'existence d'une pareille raison est admise en dehors des cas où la peine de mort est encourue d'après le droit pénal. Il y a toujours une raison suffisante, lorsqu'un esclave coupable a été (617) condamné par le tribunal domestique, dont les pouvoirs ne devaient être limités par aucune restriction (3). Quant à la mise à mort de l'esclave par son maître en dehors de l'application de la discipline domestique, il est difficile qu'elle ait été comprise de bonne heure sous la notion de meurtre (4); cette réforme n'a vraisemblablement été opérée que par Constantin (5).

(1) Suétone, *Claud.*, 25.

(2) Gaius 1, 53 (= *Inst.*, 1, 8, 2) : *ex constitutione imp. Antonini* (le pieux) *qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri jubetur quam qui alienum servum occiderit.*

(3) Marcellus (*Dig.*, 45, 1, 96) et Ulpien (*Dig.*, 30, 53, 3) déclarent le maître, qui tue avec juste raison (*ob facinus, hoc est merentem*) un esclave aliéné ou légué, libre de toute obligation de dommages et intérêts vis-à-vis de l'acheteur ou du légataire et cette règle s'applique encore dans le droit de Justinien. Par suite, on considère encore au Digeste (29, 5, 6, 3) qu'il n'y a pas lieu d'appliquer le sénatus-consulte Silanien à la tentative de meurtre commise par l'esclave sur son maître : *ipse enim in familiam suam potest animadvertere.*

(4) L'affirmation qu'Hadrien a déjà donné l'ordre aux propriétaires de ne plus tuer eux-mêmes les esclaves coupables, mais de les livrer aux tribunaux (*Vita Hadr.*, 18) n'est pas aisément conciliable avec les textes précédemment cités. Peut-être ce dernier texte vise-t-il surtout l'habitude qu'a le propriétaire de livrer l'esclave aux arènes (Gaius, 1, 13; *Dig.*, 18, 1, 42. 48, 8, 11, 1, 2), ce qui à vrai dire tendait à une mise à mort éventuelle. Or, même après Hadrien, une telle manière d'agir est encore permise au propriétaire sans aucune restriction (Gaius, 3, 146). Il est possible qu'Hadrien ait exhorté les propriétaires d'esclaves à livrer plutôt aux tribunaux les esclaves qui leur paraîtraient coupables, afin que ces derniers fissent l'objet d'une instruction pénale : mais il est difficile que cet empereur ait prescrit une répression au criminel du maître qui aurait tué son esclave sans juste raison.

(5) *C. Th.*, 9, 12, 1 (= *C. Just.*, 9, 14, 1) : *reus homicidii sit.* Une autre constitution également de Constantin, contenue au *C. Th.*, 9, 12, 2 ajoute

L'homme libre en puissance jouit, au regard des tiers, de la même protection juridique que l'homme pleinement libre, mais celui qui a la puissance sur lui le traite comme esclave, c'est-à-dire comme sa chose. Donc, si le détenteur de la puissance fait mourir la personne qui est sous son autorité, cet acte en lui-même ne rentre pas dans la notion de meurtre. Nous avons toutefois déjà exposé dans le livre I (I p. 49 sv.) qu'à l'époque historique cette déduction logique n'était admise que pour la puissance paternelle. Il a pu en être de même dans le très ancien droit pour la tutelle à raison du sexe sur les femmes *sui juris* non mariées; la femme *in manu* a été plus longtemps encore considérée à cet égard comme une fille en puissance; mais cette dépendance générale de la femme a disparu du droit romain tel que nous le connaissons. Par contre, le droit de vie et de mort de l'ascendant sur chacun des descendants en sa puissance (1), qui doit être regardé non comme un droit de répression, mais comme une émanation du droit de propriété, est pleinement reconnu à l'époque historique, sauf un léger adoucissement consistant en ce que le père doit se comporter comme tel lorsqu'il exerce ce droit et en ce que, déjà sous la République, le père est puni comme meurtrier, lorsqu'il a recours à des embûches pour faire périr son fils (2). La loi des dernières années de la République sur le meurtre des proches, que nous mentionnerons plus loin, vise bien la mère, mais non le père (3). Ce droit de vie et

L'enfant
en puissance.

(618)

à titre explicatif que la mise à mort de l'esclave, lorsqu'elle a lieu à la suite d'un jugement du tribunal domestique, ne doit pas être punie comme meurtre.

(1) Le pouvoir du père est rattaché à une loi royale (Papinien, *Coll.*, 4, 8; Denys, 2, 26). On sait en outre que la loi de l'adrogation porte que *vitalis necisque potestas siet* au nouveau père sur le fils adrogé, *uti patri endo filio est* (Aulu-Gelle, 5, 19; Cicéron, *De domo*, 29, 77).

(2) La mise à mort du fils par le père *latronis magis quam patris jure* (*Dig.*, 48, 9, 5; Orosio, 5, 46) est un meurtre.

(3) Il faut reconnaître que la loi a aussi négligé dans ce cas de donner une formule précise; elle aurait dû mentionner également le père qui n'a pas la *patria potestas* et, en parlant du grand-père, aurait dû spécifier qu'il s'agissait du grand-père maternel. Cette confirmation tacite du

de mort du détenteur de la puissance paternelle est encore reconnu assez tard au cours de l'époque impériale, mais il est restreint et même plus tard supprimé en fait par les mœurs (1); Constantin fut le premier à interdire expressément au père de mettre à mort son fils en puissance (2). — Le droit qui appartient au père de ne pas élever le fils qui vient de lui naître, mais de le tuer ou de l'exposer à la mort, n'est — à côté de l'obligation que lui imposaient les mœurs primitives de mettre à mort l'enfant venu au monde difforme (3) — qu'une application du pouvoir général de vie et de mort du père (4). Lorsqu'on parle de prétendues lois roya-

pouvoir de vie et de mort du père vise moins l'exercice de la discipline domestique que le droit d'exposer les enfants.

(1) Valère Maxime, 5, 8, 5 relate l'exécution d'un complice de Catilina en vertu d'une sentence rendue par le père du coupable. Le tribunal domestique, tenu sous Auguste en 738/16 par le consul L. Tarius Rufus (Sénèque, *De clem.*, 1, 15), nous montre le droit du père en plein exercice. Hadrien ne punit le père qui tue son fils adultère que parce que ce père s'est servi d'embûches pour faire périr son fils (*Dig.*, 48, 9, 5). Il est indubitable que les abus de ce pouvoir du père ont été, comme tout abus de la puissance paternelle, réprimés par voie extraordinaire (*Dig.*, 37, 12, 5) et Alexandre Sévère exige déjà pour la répression de crimes graves commis par un fils de famille le concours du père et de l'autorité compétente (*Cod.*, 8, 46, 3 : *eum praesidi provinciae oblaturus dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris*). On peut conclure de là qu'on considérait déjà avant Constantin comme un abus de la puissance paternelle le fait de mettre son fils à mort sans procès, celui-ci fût-il coupable; mais si l'ancien pouvoir du père avait été expressément supprimé avant Constantin, nos sources le diraient.

(2) *C. Th.*, 9, 15, 1 (= *C. Just.*, 9, 17, 1; *Inst.*, 4, 18, 6) de 318. Si une constitution de 323 (*C. Th.*, 4, 8, 6 = *C. Just.*, 8, 46, 10) mentionne encore dans un exposé historique l'ancien pouvoir du père, il n'y a là qu'une négligence de rédaction qui a disparu dans le Code de Justinien. Le passage attribué à Ulpien aux *Dig.*, 48, 8, 2 : *inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet* et la déclaration mise sous le nom de Paul au *Dig.*, 28, 2, 11 : (*filios familias*) *et occidere licebat* n'ont peut-être reçu la rédaction actuelle que dans la compilation de Justinien; Papinien (*Coll.*, 4, 8) traite le pouvoir de vie et de mort du père comme existant encore.

(3) Cicéron, *De leg.*, 3, 8, 19 = Loi des XII Tables, 4, 1 ed. Schöll [id. Girard] : *cum esset cito recatus (legatus dans le ms., leto datus : Orelli) tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer*. Tito-Live, 27, 37. Auguste ordonna de la même manière l'exposition d'un petit-fils qu'il estimait adultérin (Suétone, *Aug.*, 65).

(4) L'exposition est considérée d'une façon absolue et avec raison comme

les qui limitaient aux filles, à l'exclusion de la première née, la faculté pour le père d'exposer son enfant et qui menaçaient tout contrevenant de la perte de la moitié du patrimoine (1), il ne peut s'agir là que de prescriptions religieuses avec fixation d'une amende pontificale; une pareille règle ne concorderait pas avec le droit laïque : il est tout à fait impossible non seulement de prouver qu'elle ait été pratiquement appliquée, mais les sources nous présentent même le droit d'exposer l'enfant comme reconnu d'une façon absolue au profit du père (2). Si nous voulons fixer le rapport existant entre le droit d'exposition et le pouvoir général de vie et de mort, nous pouvons dire que les mœurs ont accordé au père le droit d'exposer son enfant en bas âge, mais n'ont approuvé la mise à mort de l'enfant qu'en cas de raison suffisante, c'est-à-dire par conséquent pour un âge avancé. En outre, le premier de ces droits ne s'est peut-être exercé que sur les enfants (620) issus du mariage et le second sur les enfants en la puissance

une mise à mort éventuelle et lui est assimilée. Paul, *Dig.*, 25, 3, 4 : *necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet.* Tertullien, *Ad Nat.*, 1, 15. Les Romains ne considèrent pas l'exposition comme un crime spécial.

(1) Denys, 2, 15 : (Romulus) εἰς ἀνάγκην κατέστησε τοὺς οἰκήτορας... ἅπασαν ἄρρενα γενεὴν ἐκτρέφειν καὶ θυγατέρων τὰς πρωτογόνους, ἀποκτινύνασι δὲ μηδὲν τῶν γεννημένων νεώτερον τριτοῦς πλὴν εἴ τι (On attend plûn νεώτερου τριτοῦς· εἰ δὲ τι) γέναιτο παιδίον ἀνάπηρον ἢ τέρας εὐθύς ἀπὸ γονῆς· ταῦτα δ' οὐκ ἐκάλυψεν ἐκτιθένα· τοὺς γεννημένους ἐπιδείξαντας πρότερον πέντε ἀνδράσι τοῖς ἔγγιστα οἰκοῦσιν ἔαν κάκεινοις συνδοκῆ. Tertullien, *Ad. Nat.*, 1, 15 se rapporte vraisemblablement à cette loi royale : *infantes editos enecantes legibus quidem prohibemini, sed nullae magis leges tam impune, tam secure sub omnium conscientia unius aetatis tabellis* (c'est-à-dire au moyen de la condamnation à mort déterminée simplement par l'âge) *eluduntur... atque hoc asperius, quod frigore et fame aut bestiiis obicitis aut longiore in aquis morte submergitis.*

(2) Sénèque, *De ira*, 1, 15 : *portentosos fetus extinguimus, liberos quoque, si debiles monstrousique sunt, mergimus.* L'exposition est souvent (Dion, 45, 1; Suétone, *Gai.*, 5 et ailleurs) mentionnée comme si elle dépendait uniquement de la volonté du père. Tacite signale parmi les singularités des juifs (*Hist.*, 5, 5) et des Germains (*Germ.*, 19) qu'ils s'abstenaient de faire périr les enfants. Lactance, *Inst.*, 6, 20 ne blâme la coutume de l'infanticide qu'au point de vue moral. Dans les compilations, on a manifestement supprimé les textes qui déclaraient expressément que l'exposition des enfants n'était pas contraire à la loi de Pompée.

du père. L'obligation pour les parents de fournir des aliments à leurs enfants, qui s'est dégagée dans le droit postérieur, a difficilement porté atteinte au droit pour le père d'exposer son enfant (1).

Il est douteux que la constitution de Constantin, mentionnée (II p. 332 n. 2) se soit appliquée à l'exposition des enfants; une constitution de Valentinien I de 374 (2) a tout simplement fait rentrer dans la notion de meurtre la mise à mort d'un enfant impubère.

Légitime
défense.

3. Celui qui, mis en état de légitime défense (3) par une attaque dirigée contre sa vie (4) ou sa chasteté (5), tue son agresseur, n'encourt aucune peine. D'après le droit des XII Tables, il y a péril pour la vie dès qu'il y a attaque contre le bien d'autrui, pourvu que celle-ci ait lieu la nuit ou que l'agresseur résiste à main armée et à condition que dans les deux cas la personne attaquée appelle au secours (6). Le droit ré-

(1) L'obligation de fournir des aliments qui incombe au père vis-à-vis de son enfant légitime (*Dig.*, 25, 3, 1, 14) et de la mère vis-à-vis de l'enfant né hors mariage (*Dig.*, 25, 3, 5, 4) est reconnue dans les sources et ces mesures ont pu être en partie provoquées par la tendance à réagir contre des cas d'exposition moralement inexcusables; mais il n'y a pas de créance du droit civil de ce genre et lorsque l'exposition est provoquée par la pauvreté du père, on ne peut opposer à ce dernier son devoir de fournir des aliments.

(2) *C. Th.*, 9, 14, 1 = *C. Just.*, 9, 16, 7. Comme correctif, on permet l'aliénation des enfants nouveaux nés (*C. Th.*, 5, 8, 1 = *C. Just.*, 4, 43, 2).

(3) *Dig.*, 1, 1, 3 : (*jus gentium est*) *ut vim atque injuriam propulsemus*. L'expression *inculpatæ tutelæ moderatio* (*Cod.*, 8, 4, 1) n'a pas de valeur technique chez les Romains.

(4) Gordien, *Cod.*, 9, 16, 2 : *is qui adgressorem vel quemcumque alium in dubio vitæ discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniæ metuere debet*. Edit de Théodoric, 15. 16. Cicéron, *Pro Mil.*, 4, 11 : *silent leges inter arma*. Quintilien, 5, 14, 19 et suiv. Paul, 5, 23, 8. *Cod.*, 9, 16, 3.

(5) *Dig.*, 48, 8, 1, 4 : *divus Hadrianus rescripsit eum qui stuprum sibi vel suis per vim inferentem occidit, dimittendum*. Paul, 5, 23, 8. On cite fréquemment l'exemple de Marius acquittant dans un tribunal martial un soldat qui avait tué un officier pour ce motif. (Plutarque, *Mar.*, 14, *apophth. Mar.*, 3. Cicéron, *Pro Mil.*, 4, 9, avec les scolies p. 299. Val. Max., 6, 1, 12. Quintilien, 3, 11, 14).

(6) Loi des XII Tables, 8, 41. 42, chez Schöll (où sont groupées de nombreuses citations) [Girard, 8, 12. 43] : *si nox furtum faxit, si im (= eum) occisit, jure caesus esto; luci, si se telo defendit, endoque plorato*.

cent a laissé tomber ces présomptions juridiques de danger de mort et confié au tribunal saisi de l'affaire le soin de décider si ce danger a existé ou non (1). En cas de simple violence ou d'*injuria*, il est bien permis d'opposer la violence à la violence; (621) mais celui qui tue son adversaire dans ces conditions n'échappe à la peine qu'en prouvant que sa vie a été menacée (2). — On assimile à sa propre défense l'assistance prêtée à une personne qui exerce une défense légitime ou l'aide donnée dans des cas où il y aurait eu légitime défense (3). Sont même tenus de prêter cette assistance ceux qui sont unis à la personne attaquée par des liens d'une fidélité particulière, par exemple le soldat vis-à-vis de son officier (4), l'esclave vis-à-vis de son maître (5) et aussi les proches de la femme, ses enfants, ses parents, ses frères et sœurs, ses tuteurs lorsqu'on attente à sa chasteté (6) : toutes ces personnes restent impunies comme l'eût été la personne attaquée elle-même, si elles ont tué l'agresseur. En tout cas, il n'y a de légitime défense qu'en cas de mal menaçant; elle est impossible en présence du fait accompli et l'acte de vengeance est punissable (7). Toutefois la décadence profonde de la sécurité publique au Bas-Empire provoqua en 391 une constitution qui permettait à toute personne de tuer sans con-

(1) Ulpien, *Dig.*, 48, 8, 9 : *firem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit*; en outre, avec des explications plus détaillées et aussi contrairement à la disposition de la loi des XII Tables tombée en désuétude, *Coll.*, 7, 3 = *Dig.*, 9, 2, 5, texte d'après lequel le fait de tuer un esclave dans un tel cas rend possible l'action civile et l'action criminelle. Paul, *Coll.*, 7, 2, *Inst.*, 4, 3, 2 : *qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest*.

(2) La blessure corporelle causée intentionnellement dans ce cas est même un délit (*Dig.*, 9, 2, 52, 1). Cpr. du reste les remarques faites sur la légitime défense à propos de la violence et de l'injure.

(3) *Dig.*, 1, 1, 3. Il faut également étendre cette règle au cas où la personne attaquée ne peut pas se défendre elle-même, par exemple au cas où l'on empêche la mise à mort d'un enfant.

(4) *Dig.*, 49, 16, 6, 8, 9.

(5) *Dig.*, 29, 5, 1, 18 : *totiens puniendi sunt servi, quia auxilium domino non tulerunt, quotiens potuerunt ei adversus vim opem ferre et non tulerunt*.

(6) *Dig.*, 48, 8, 1, 4 (II p. 334 n. 5). *Cod.*, 9, 13, 1, 1.

(7) *Dig.*, 9, 2, 45, 4. 43, 16, 3, 9.

damnation préalable le soldat ou le particulier qu'on surprénait se livrant au brigandage (1).

Droit
de la guerre.

4. L'ennemi, privé de toute protection juridique, peut, d'après le droit de la guerre, être tué par tout soldat, même s'il est hors d'état de se défendre, qu'il se trouve ou non sur le territoire romain. Cette règle signifie qu'un tel acte ne peut être rangé dans la catégorie du meurtre. La question de savoir dans quelle mesure cet acte peut être contraire à la discipline générale des camps ou au commandement militaire spécial auquel ce soldat est soumis n'appartient pas au droit pénal.

Meurtres
commis
à l'étranger.
(622)

Le meurtre commis hors des frontières de l'État romain et des cités alliées ne rentre pas dans la compétence des tribunaux romains, à la condition qu'il n'atteigne pas un citoyen romain ou un client de Rome. Il en est ainsi, même lorsque l'acte ne se justifie pas par les fonctions militaires de celui qui l'accomplit (I p. 121 sv.). A l'époque primitive, comme Rome était, pour la race latine unie par les liens d'une alliance nationale éternelle, la ville frontière du côté des Etrusques, membres d'une race différente, il est certain qu'il y eut et qu'on autorisa fréquemment des incursions à titre privé au delà du Tibre, pourvu qu'il n'y ait pas dans ces actes de faute contre la discipline militaire.

Absence
de protection
juridique d'après
l'ancien droit.

6. A l'intérieur des frontières romaines, abstraction faite de la vengeance privée applicable seulement au sein d'un État organisé par tribus, la répression du meurtre par l'État n'a eu vraisemblablement lieu au début qu'autant que la victime avait un droit personnel à la protection juridique, soit à raison de son droit de cité romaine, soit en vertu d'un traité passé entre Rome et sa cité d'origine et dont le principal exemple fut l'alliance éternelle des Latins et des Romains qui garantissait aux sujets de toutes les cités alliées la protection juridique accordée par une cité quelconque à ses propres sujets. L'inviolabilité des ambassadeurs étrangers a sans doute

(1) *C. Th.*, 9, 14, 2 = *C. Just.*, 3, 27, 1. *Cod.*, 3, 27, 2.

été au début une exception à la privation générale de toute protection juridique dont souffraient les individus qui n'avaient pas la qualité de citoyen romain ou un statut personnel reconnu par Rome. Toutefois, cette absence de droit et l'obligation qu'elle entraîne de tenir compte du droit personnel particulier à chacun furent déjà supprimées à l'époque qui pour nous est préhistorique ; cette réforme fut réalisée grâce à l'extension de la protection juridique que la cité romaine accorda à tout étranger séjournant sur son territoire, abstraction faite du droit personnel de cet étranger, ou pour nous servir des termes même des Romains, elle résulta de ce qu'on garantit à tout étranger le toit, l'eau et le feu (1) ; le droit pénal public n'exigeant pas encore d'accusateur, l'inquisition du magistrat fournit le fondement juridique nécessaire à cette innovation (2). Depuis lors, le fait de tuer sur le territoire romain, soit un homme libre d'après l'ancien droit, soit un homme quelconque d'après le droit récent, fut considéré comme une atteinte à la (623)

Absence
de protection
juridique pour
l'ennemi d'après
le droit récent.

(1) L'interdiction personnelle du toit, de l'eau et du feu (I p. 82 et sv.), dans son application originaires aux non-citoyens en disgrâce, exige comme contre-partie l'admission générale sur le territoire romain de tout étranger qui n'a pas encouru la privation de cette protection juridique.

(2) Il était également impossible en pratique que l'établissement de la condition personnelle et que la protection juridique qui devait s'y rattacher ou non dépendissent du bon plaisir individuel. De même que l'action de vol du droit privé appartient à tout non-citoyen sous la fiction qu'il est citoyen romain (*St. R.*, 3, 696, n. 1 [*Dr. publ.*, 6, 2, 224, n. 2]), de même on accorde d'une manière générale à tout non-citoyen la protection du droit.

Absence
de protection
juridique pour
la personne en
rupture de ban.

de tuer celui qu'on reconnaît être un ennemi, notamment l'espion. Mais on a peine à croire que la déclaration de guerre privât de toute protection juridique les sujets de l'État ennemi; il est vraisemblable que tous, même ceux qui étaient sans armes, pouvaient être traités comme prisonniers de guerre, mais ne pouvaient pas être tués sans un ordre du magistrat. Quant à la privation de toute protection juridique dont souffre le non citoyen interdit (1) qui rentre sur le territoire romain, c'est-à-dire qui est en rupture de ban, elle se confond avec l'appel public à l'exécution populaire de la condamnation à mort dont nous parlerons dans le Livre suivant à propos de la peine de mort.

Déserteur.

7. Le déserteur est assimilé à l'ennemi. Non seulement son acte lui fait perdre le droit de cité et lui laisse moins de chances d'être grâcié que n'en a l'ennemi lui-même (II p. 244); mais, du moins dans le cas habituel, c'est-à-dire lorsqu'il est surpris et saisi les armes à la main, on n'exige pas aussi rigoureusement pour lui que pour tout autre *perduellis* une constatation spéciale de l'acte coupable et toute personne peut, sans violation de droit, tuer le déserteur, en quelque lieu et de quelque manière qu'elle le rencontre, comme s'il s'agissait d'un espion ennemi (2). Par contre, si le fait de la désertion n'est pas notoire et est contesté, il n'est pas non plus permis de tuer le prétendu déserteur sans un procès et un jugement préalables.

(624)

Exécution
capitale.

8. La prononciation d'une condamnation à mort par le magistrat dans une procédure judiciaire est ordonnée par la loi et n'entraîne par conséquent aucune peine. Il faut considérer comme prononcée par un magistrat toute condamnation à

(1) Le plus souvent l'interdiction frappe d'anciens citoyens romains, mais il n'y a pas là une condition essentielle de l'institution. La condition personnelle de l'interdit est indifférente, dès que celui-ci n'appartient pas au groupe des citoyens romains; la cité romaine a toujours eu le droit d'interdire sous une peine l'entrée de son territoire à des sujets isolés d'une cité qui lui était unie par les liens d'un traité.

(2) *Dig.*, 48, 8, 3, 6 : *transfugas licet, ubicumque inventi fuerint, quasi hostes interficere.*

mort rendue par un organe que la constitution a investi de la juridiction capitale, ou aussi par des tribuns de la plèbe (1), ou par des délégués du pouvoir impérial, bien que ni les tribuns de la plèbe, ni les fonctionnaires impériaux ne soient des magistrats. — La loi ne permet pas et n'ordonne pas seulement de condamner à mort, elle en fait autant pour l'exécution de cette peine, que celle-ci ait lieu par le juge lui-même, par ses *officiales* ou autres mandataires. Quant à ces derniers, l'ordre reçu les couvre, même s'il a été donné illégalement, et la question de savoir si l'extension de cette règle au tribun du peuple doit être admise ou non est l'une des controverses qui divisent les deux grands partis politiques de Rome (2). — Dans quelle mesure l'exécution d'une condamnation à mort peut-elle être poursuivie en droit, de telle façon que toute personne soit appelée à exécuter cette condamnation par tout moyen à sa disposition; en d'autres termes, les lois romaines admettent-elles l'exécution populaire comme une forme juridique d'exécution, c'est une question que nous examinerons dans le prochain Livre à propos des formes de la peine de mort.

9. La loi d'Auguste sur le mariage, suivant vraisemblablement en cela une vieille coutume, a formulé le droit pour le père de tuer sa fille surprise en flagrant délit d'adultère dans sa maison ou dans celle de son gendre (3). Mais il faut peut-être considérer comme une des aggravations de peine ajoutées par cette loi la déclaration d'impunité faite au profit du père

Mise à mort
de l'épouse
adultère et de
son complice.

(1) Cpr. le Livre suivant. L'exécution tribunitienne n'est ni un sacrifice, ni un meurtre (Festus, p. 318 : *neque fas est eum immolari, sed qui occidit parvici non damnatur*).

(2) La *Rhet. ad Her.*, 4, 15, 25 cite cette question comme une controverse juridique et y fait allusion à propos du tribun de la plèbe, P. Sulpicius, tué en 666/88 sur l'ordre des consuls. Elle se posa de nouveau dans le procès contre Rabirius.

(3) Paul, *Coll.*, 4, 2. Papinien, *Coll.*, 4, 7, 1. *Dig.*, 48, 5, 21-25. Il est dans l'ordre qu'en cas de délit notoire le tribunal domestique ne fonctionne pas. La loi ne parlait que de la femme en puissance du père ou du mari; l'extension de cette disposition à la fille émancipée (*Coll.*, 4, 2, 4) repose sur une correction du texte et est contredite par *Coll.*, 4, 7, 1; elle ne doit toutefois pas être rejetée, car la femme en puissance du mari et la fille émancipée sont dans une situation identique vis-à-vis du père.

(625) qui tue le complice de sa fille, lorsqu'il frappe en même temps les deux amants (1) ; du moins, cette disposition est en contradiction avec l'essence même des pouvoirs du chef de la *domus*. — Primitivement, le mari a vraisemblablement eu aussi le droit de tuer l'épouse coupable d'adultère (2) ; la législation d'Auguste le lui refusa (3) et Justinien fut le premier à le lui restituer avec certaines restrictions d'ailleurs (4). La loi d'Auguste permet au mari de tuer le complice de sa femme, mais non pas celle-ci, lorsque cet homme est esclave, lorsqu'il est affranchi du mari ou du père ou du fils du mari ou lorsqu'il est noté d'infamie (5).

Le droit romain développé n'admet pas qu'une personne soit privée de toute protection juridique.

Le droit romain développé n'admet donc pas que la condition d'une personne puisse la priver de toute protection juridique. La notion de meurtre s'étend désormais à l'esclave sans maître et vraisemblablement aussi au sujet d'un État en guerre avec Rome, lorsque cet individu ne fait pas d'acte d'hostilité. La procédure contre l'interdit est, d'une part, au point de vue des conceptions juridiques, une exécution populaire de la sentence rendue ; elle est, d'autre part, selon toute apparence, plutôt la conséquence juridique nécessaire d'un raisonnement logique qu'une institution pratique. Si dans la perduellion où les conséquences juridiques du crime s'attachent à l'acte lui-même et non au jugement, on substitue pour la constatation du crime l'arbitraire individuel à un jugement, comme l'ont fait les meurtriers de César (II p. 251), ce prétendu acte de justice n'est au fond qu'un forfait.

A l'exception des cas que nous venons de citer, l'homicide vo-

(1) Papinien, *Coll.*, 4, 9, 1. Paul, *Coll.*, 4, 2, 5. 6. c. 12. *Dig.*, 48, 5, 24, 4. l. 33 *pr.* C'est un thème cher aux rhéteurs : Quintilien, 3, 11, 7. c. 5, 17 tit. 10, 39. 52. 88. 104. l. 7, 1, 7.

(2) Caton chez Aulu-Gelle, 10, 23 : *in adulterio uxorem tuam si prendis-ses, sine iudicio impune necares*. Il est difficile de restreindre la portée de cette règle à la femme *in manu mariti*, surtout parce que les règles de la discipline domestique ne permettent pas au mari de tuer sa femme.

(3) Paul, *Coll.*, 4, 3, 1. c. 10, 1. *Dig.*, 48, 5, 23, 4.

(4) *Nov.*, 117, 15.

(5) Paul, *Coll.*, 4, 3, 1. c. 12, 3. *Dig.*, 48, 5, 25. l. 39, 9. l. 43. *Cod.*, 9, 9, 4.

lontaire est puni comme crime de meurtre. — La condition personnelle du coupable est sans importance pour la fixation de la notion juridique ; celle-ci s'applique à l'homme libre comme à l'esclave (1). Il va de soi que ce dernier peut aussi être puni par son maître à raison du crime de meurtre ; mais aucune action noxale ne peut être intentée contre le maître à raison d'un meurtre d'homme libre commis par son esclave, parce que le droit romain n'admet pas dans ce cas d'action civile (2).

Seul, l'acte intentionnel tombe sous le coup de la loi Cornélia (3) et il ne sera traité que de lui seul dans cette Section. La mort donnée par faute, mais sans intention mauvaise, et l'incendie allumé par faute seront examinés dans la Section relative aux dommages causés à la chose d'autrui, bien que la jurisprudence romaine, sans faire rentrer ces cas dans le domaine de la loi Cornélia, en tienne cependant compte à propos de cette loi. Le motif du crime n'entraîne, en outre, aucune différence pour sa notion ; même la mort donnée par compassion, par exemple lorsque le médecin pour mettre fin aux souffrances de son malade le fait mourir, présente tous les éléments du crime. Naturellement, les différences que la diversité de motifs fait surgir au point de vue moral ont maintes fois influencé les juges : soit les magistrats, soit le peuple, soit les jurés, non seulement dans la question de culpabilité, mais aussi dans la fixation de la peine lorsque le droit eut donné aux juges une certaine liberté d'appréciation en cette matière ; toutefois les sources juridiques que nous possédons n'abondent pour ainsi dire pas ce sujet (4). On reconnaît cependant

(626)

Dotus.

(1) Cicéron, *Pro Cluentio*, 54, 118 : *omnes viri mulieres liberi servi in iudicium vocantur*.

(2) Le texte, *Dig.*, 9, 4, 2, *pr.*, doit être rapporté à la mise à mort d'un esclave.

(3) Loi de Numa (II p. 325 n. 1) : *dolo sciens. Dig.*, 48, 8, 7 : *neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur*. Ce principe est formulé dans la *Rhet. ad Her.*, 2, 16 ; le défenseur fait valoir contre l'accusation *voluntatem in omnibus rebus spectari oportere, quae consulto facta non sunt, ea fraudi non esse oportere*.

(4) On peut citer, comme preuve caractéristique de la routine apportée dans la construction du droit pénal romain, le fait que le meurtre de

que l'absence de préméditation produit une atténuation de la peine (1); il en est ainsi notamment pour l'emportement justifié du mari contre sa femme adultère (2) et contre le complice de celle-ci (3). Le consentement de la victime ne supprime pas le délit, car l'acte accompli est une violation de la loi de l'État (4); mais cette circonstance entraîne aussi une diminution de la peine.

(627) La manifestation de l'intention de tuer — l'intention de
Tentative. blesser ne peut être considérée comme meurtre — suffit pour qu'il y ait crime, bien que le résultat voulu n'ait pas été atteint (5) et même lorsque le moyen employé dans ce but était

l'enfant par la mère, dans le seul texte où il apparaît (*Dig.*, 48, 9, 1; *ep. C. Th.*, 9, 14, 1 = *C. Just.*, 9, 16, 7), est simplement rangé dans la catégorie du meurtre d'un proche.

(1) Marcien, *Dig.*, 49, 19, 11, 2 : *delinquitur aut proposito aut impetu aut casu : proposito delinquit latrones, qui factionem habent; impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur; casu vero, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit*. La peine sera donc diminuée, lorsque la mort aura été donnée au cours d'une rixe (*rixa*) : *Coll.*, 1, 7, 2 = *Dig.*, 48, 8, 17.

(2) *Coll.*, 4, 12, 4 = Paul, 3, 26, 5. *Coll.*, 4, 10. *Dig.*, 48, 5, 39, 8. tit. 8, 1, 5. On indique comme peine pour les personnes de condition élevée la relégation à temps et pour les personnes de condition moindre les travaux forcés.

(3) *Cod.*, 9, 9, 4.

(4) Cela se révèle notamment dans la manière dont l'esclave est traité en cas de suicide du maître (II p. 316 n. 6). On rencontre aussi la même conception dans les affaires d'avortement et dans d'autres cas.

(5) La loi de Numa (II p. 325 n. 1) parle à vrai dire du crime consommé et s'il est vrai qu'il s'agisse là de la vengeance privée, il est naturel que celle-ci se restreigne au cas où le méfait a été pleinement accompli; il est au contraire irrationnel que la communauté qui punit le meurtre laisse la tentative de meurtre impunie. Marcien, *Dig.*, 48, 9, 1 : *ejus legis (Pompeiae de parricidiis) poena adficitur... qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare*. *Dig.*, 48, 8, 7, *pr.* : *in lege Cornelia dolus pro facto accipitur*. Hadrien, *Coll.*, 1, 6, 1 (= *Dig.*, 48, 8, 1, 3) : *qui non occidit, sed voluit occidere, pro homicida damnatur*. *Dig.*, 47, 10, 7, 1. Constitution de l'an 385 (*Cod.*, 9, 16, 8) : *si forte mulier marito mortis parasse insidias vel quolibet alio genere voluntatem occidendi habuisse inveniatur*. Paul, 5, 23, 3 : *consilium unius cujusque, non factum puniendum est. Ideoque qui cum vellet occidere, id casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur*. Hadrien, *Dig.*, 48, 8, 11 : *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. Sénèque, *De benef.*, 5, 14 : *latro est etiam antequam manus iniquet, quia ad occidendum jam animatus est et habet spoliandi atque interficiendi voluntatem*. C'est pourquoi la ligne de démarcation entre la blessure et la mort qui

mauvais (1). A vrai dire, on tint compte plus tard de l'échec pour diminuer la peine (2). En cas de crime commis par des bandits et en cas de *veneficium*, on fait tomber sous le coup de la loi, comme nous le montrerons plus loin, beaucoup d'actes préparatoires.

Les complices sont traités avec rigueur; on assimile à l'auteur du crime non seulement l'instigateur (3), mais aussi celui qui donne son aide à l'accomplissement de l'acte et celui qui prête son concours même simplement après l'acte (4).

La *quaestio* compétente pour les affaires de meurtre embrasse un cercle de délits beaucoup plus étendu que celui des autres *quaestiones*. On peut, pour l'exposé des éléments du crime, distinguer les six catégories suivantes :

1. Mort violente et vol sur les grands chemins;
2. Abus de la procédure capitale;
3. *Veneficium* et délits apparentés;
4. Meurtre de sorcellerie et magie;

Complicité.

(628)

Différentes catégories de délits d'après la loi sur le meurtre

est soigneusement déterminée en droit civil (*Dig.*, 9, 2, 11, 3, 1. 15, 1. 1. 30, 4. 1. 51 *pr.*), n'est pas prise en considération en droit pénal.

(1) Sénèque, *Dial.*, 2, *nec injur.* c. 7 : *aliquis mihi venenum dedit, sed vim suam remixtum cibo perdidit, venenum illud dando sceleri se obligavit, etiamsi non nocuit. Non minus latro est, cujus telum opposita veste elusum est.* Le même, *De benef.*, 5, 43 : *veneficus qui soporem, cum venenum crederet, miscuit.* Chez Apulée, *Met.*, 10, 11, 12, l'empoisonneuse trompée par la substitution au poison d'un simple narcotique est punie comme coupable d'empoisonnement.

(2) *Dig.*, 48, 19, 16, 8 : *eventus ut spectetur, a clementissimo quoque factum.*

(3) Ulpien, *Dig.*, 48, 8, 15 : *nihil interest occidat aliquis an causam mortis praebeat.* *Coll.*, 1, 3, 1. *Dig.*, 9, 4, 2 *pr.* Application au *mandator caedis* : Paul, 3, 5, 12. *Dig.*, 29, 5, 6 *pr.* 1. 17. *Cod.*, 6, 35, 6; il en est de même pour le *parricidium* : *Dig.*, 48, 9, 7. La distinction formelle que le droit civil fait entre la mort donnée directement et celle qui l'est indirectement (*Dig.*, 9, 2, 7, 6. 1. 51 *pr.*), n'existe pas en droit pénal. Evidemment, celui-là seul qui poursuit la mort d'autrui peut être puni comme instigateur et non pas celui qui la cause involontairement (Cicéron, *Phil.*, 9, 3, 7; Quintilien, 7, 3, 31 suiv. c. 4, 42 suiv.).

(4) Par exemple, *Dig.*, 29, 5, 3, 12 : *si quis quem...servum..., qui ejus facinoris noxius erit, receperit vel celaverit sciens dolo malo, in ea causa est ac si tege quo de sicariis lata est facinoris noxius fuerit.* On traite comme complicité, du moins dans le *parricidium*, le fait d'avoir su que le délit s'accomplissait (*Dig.*, 48, 9, 6; un peu différemment, 48, 9, 2).

5. Meurtre d'un proche ;

6. Incendie allumé par malveillance et crime commis à l'occasion d'un naufrage.

Bien que tous ces délits se ramènent pour ainsi dire à l'idée qu'une vie humaine a été détruite ou mise en danger par dol et bien que leur groupement ne repose pas uniquement sur l'identité de la cour judiciaire chargée de les juger, il n'y a toutefois pour eux ni notion globale, ni terme générique. Deux causes ont dû contribuer à la réunion de ces crimes à vrai dire disparates : ce fut, d'une part, comme nous l'avons déjà signalé (II p. 328), la vieille coutume de renvoyer aux questeurs pour meurtre tous les procès capitaux qui ne rentraient pas dans la *perduellio* et, d'autre part, le sectionnement propre à la *quaestio* de meurtre et dont nous parlerons à propos des règles de procédure. Nous n'avons même pas ici comme pour toutes les autres *quaestiones* une loi constitutive unique : la loi fondamentale est pour les quatre premiers cas et le sixième la loi Cornélia, elle est une loi de Pompée pour le cinquième. La loi Cornélia elle-même a dans la langue technique un nom double et les deux crimes de meurtre commis par des bandits et de *veneficium* qui apparaissent dans ce nom sont toujours, dans la science postérieure du droit, considérés et comptés comme deux crimes distincts (1).

1. Meurtre avec violence et Vol de grand chemin

(*crimen inter sicarios*).

(629)

Meurtre
avec violence.

La loi de Sylla, s'écartant des lois antérieures, vise en première ligne celui qui porte des armes hors de chez lui ou qui

(1) Les constitutions d'amnistie du IV^e siècle (*C. Th.*, 9, 38 et *Const. Sirm.*, 7, 8) séparent sans exception *homicidium* et *veneficium* (de même Constantin *C. Th.*, 3, 16, 1) et les comptent comme deux délits distincts parmi les cinq délits les plus graves ordinairement énumérés (*C. Th.*, 9, 38, 2. *Sirm.*, 7, 8). Ulpien. *Dig.*, 48, 20, 3, compte les lois sur le meurtre, le *veneficium* et le *parricidium* comme trois lois différentes et une loi de Valens (*C. Th.*, 9, 19, 4) parle également de la *lex Cornelia de veneficis sicariis parricidis*. Une des constitutions d'amnistie (*C. Th.*, 9, 38, 6) nomme aussi le *parricidium* à côté du meurtre et du *veneficium*.

poste des hommes armés dans l'intention d'attenter à la personne ou à la chose d'autrui (1). Donc, tandis que toute violence à main armée tombe sous le coup de la loi, même lorsque l'intention de faire usage des armes n'est pas établie autrement que par le port des armes lui-même (2), cette loi ne frappe pas le simple meurtrier, comme le faisaient vraisemblablement les lois anciennes sur le meurtre, elle ne s'applique qu'au sicaire (*sicarius*) (3) et au bandit (*latro*) (4). Il en résulte que le meurtre commis dans la maison du meurtrier n'était (630)

(1) Ulpien, *Coll.*, 1, 3, 1 : *capite primo legis Corneliae de sicariis cavetur, ut... praetor... quaerat... de capite ejus, qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa*. Paul, 5, 23, 1 : *lex Cornelia poenam... infligit ei qui hominem occiderit ejusve rei causa furtive faciendi cum telo fuerit. Cum telo esse* (Cicéron, *Pro Mil.*, 4, 11 : *lex... non hominem occidi, sed esse cum telo hominis occidendi causa velat*; ad *Att.*, 2, 24, 3; Saturninus, *Dig.*, 48, 19, 16, 8; Paul 5, 23, 1 = *Coll.*, 1, 2, 1 = 8, 4, 1) ou *cum telo ambulare* (Ulpien, *Coll.*, 1, 3, 1; Marcien, *Dig.*, 48, 8, 1 pr.; *Cod.*, 9, 16, 6; *Inst.*, 4, 18, 5) est le terme caractéristique. Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 6, 19, indique comme également punissables le meurtre et la prise des armes dans l'intention de tuer : *cum telo (esse) occidendi hominis causa*. Salluste, *Cat.*, 27, 4, pense également à la loi Cornélie sur le meurtre.

(2) Marcien, *Dig.*, 48, 8, 3, 4 : *is cujus familia sciente eo apiscendae recipiendae possessionis causa arma sumpserit, item qui auctor seditionis fuerit*. Le dernier délit rentre aussi parmi les crimes de lèse-majesté (II p. 263 sv.).

(3) *Sicarius*, de *sica* = stylet, désigne littéralement le sicaire, mais dans l'usage du langage il s'applique à tout meurtrier qui emploie la violence : *per abusivem*, dit Quintilien, 10, 1, 12, *sicarios etiam omnes vocamus, qui caedem telo quocumque* (cpr. *Dig.*, 48, 6, 11, 2) *commiserunt*. A proprement parler, cette définition est encore trop étroite; car la notion comprend aussi le meurtre par violence résultant de ce qu'on a précipité sa victime d'une hauteur, de ce qu'on l'a égorgée ou noyée; on lui oppose le meurtre par empoisonnement. Du reste, cet usage du langage n'a pas d'importance au point de vue juridique; car, au moins dans l'application de la loi, aucune conséquence ne se rattache à cette particularité.

(4) Le mot *latrones* (aussi *latrunculi, praedones*), emprunté au grec *λατρες* = mercenaire (Varron, 7, 52), désigne les bandits armés et réunis en troupes; ceux-ci ne se distinguent des *hostes* qu'au point de vue politique (*Dig.*, 50, 16, 118). *Grassator* est le voleur de grand chemin armé, il est assimilé au *latro* au point de vue du droit pénal (*Dig.*, 48, 19, 28, 15). L'ancien droit ne traite ces délits que comme *furtum*; c'est pourquoi Cicéron, *Pro Tullio*, 21, 50, explique le *fur* de la loi des XII Tables par *praedo et latro*. La définition précise de ces termes n'a pas d'importance pour le droit pénal; l'élément de délit commis en bande est sans doute contenu dans le délit de violence, mais n'est pas exigé par la loi sur le meurtre, et toute violation de propriété commise à main armée tombe sous le coup de cette loi.

atteint qu'exceptionnellement par le texte même de la loi (1) et que, d'après l'intention du législateur, il fallait peut-être conserver dans ce cas l'application de la vieille procédure des magistrats et des comices. Il est toutefois vraisemblable qu'immédiatement, certainement avant la promulgation de la loi de Pompée sur le *parricidium*, la loi de Sylla reçut une application plus large, qu'on lui fit embrasser tout meurtre commis ou tenté avec violence (2) et que cette extension fut maintenue (3). En outre, cette même loi de Sylla resta applicable à toute violence à main armée, notamment au vol de grand chemin, même lorsque cette violence n'était pas accompagnée de meurtre; c'est là en vérité une seconde action pénale, moins importante que la première, mais qui appartient à la même catégorie que celle-ci (4).

Vol de grand chemin.

Procédure de meurtre contre les esclaves de la victime.

La règle exprimée plus haut (II p. 335), que toute personne obligée de prêter secours à la victime et qui, le pouvant, ne l'a pas fait, est punie comme complice, reçut, en cas de meurtre d'un chef de *domus* ou de son fils (5), une application au regard des esclaves de la victime (6). Elle se traduisit dans une

(1) Cicéron le dit expressément (II p. 345 n. 4) et, à l'appui de cette conjecture, on peut encore invoquer la rubrique de la loi et le fait qu'Ulpien cite en dernier lieu le meurtre ordinaire (n. 3).

(2) En cas de tentative de meurtre, le procès public de meurtre concourt avec l'action privée pour cause d'injure par voies de fait; toutefois, en pareil cas, l'action publique doit précéder l'autre. Chez Cicéron, *De inv.*, 2, 20, un chevalier romain, qui a eu la main coupée en repoussant une attaque de gens armés, demande au préteur l'action d'injure; le défendeur lui oppose l'exception préjudicielle: *extra quam in reum capitis praejudicium fiat*. Ulpien décide en ce sens contre Labéon: *Dig.*, 47, 10, 7, 1.

(3) Ulpien ajoute après les paroles citées II p. 345 n. 4: *hominemve occiderit*. — Les paroles de Gaius, *Dig.*, 47, 7, 2: *sciendum est autem eos qui arbores et maxime vites ceciderint, etiam tamquam latrones puniri*, ne veulent pas dire que ce méfait présente les éléments requis par la loi Cornélia, mais seulement que la peine infligée par cette loi est également appliquée aux dommages de ce genre causés à la chose d'autrui.

(4) Lorsque l'action de meurtre est intentée et que l'accusé (*homicidii reus*) est acquitté, cela n'empêche pas, d'après un rescrit de Dioclétien, *Cod.*, 9, 2, 11, qu'un autre demandeur puisse poursuivre contre l'acquitté *le sequens crimen, id est pastorum latronumve*. Le pillage des naufragés tombe aussi sous le coup de cette loi. (*Dig.*, 47, 9, 7).

(5) *Dig.*, 29, 5, 4, 7.

(6) Cette règle s'applique même au cas de suicide du maître, lorsque

procédure cruelle qui remonte difficilement à l'époque républicaine (1), mais qui fut en tout cas réglée par un sénatus-consulte de l'an 10 ap. J.-C. (2), aggravé lui-même par un sénatusconsulte de l'an 57 (3). Cette procédure persista jusque dans le droit de Justinien. Non seulement l'esclave doit, sans aucune restriction, porter secours à son maître, même en risquant et en sacrifiant sa propre vie (4), mais, du moins lorsque le procès se déroule dans la forme de la *cognitio*, tout esclave de la *domus* présent au lieu du crime (5) et qui ne peut établir l'impossibilité où il était de venir en aide à son maître (6), est exécuté comme complice sur le fondement de cette présomption juridique qu'il aurait pu secourir son maître (7). (631)

l'esclave pouvait l'empêcher et ne l'a pas fait. Paul, *Sent.*, 3, 5, 4. *Dig.*, 29, 5, 1, 22.

(1) Le fait que Tacite, 14, 42, la désigne comme entreprise *vetere ex more* ne suffit pas à prouver le contraire. On avait déjà ordonné auparavant de soumettre tous les esclaves de la *domus* à un interrogatoire avec emploi de la torture (II p. 200 n. 1)

(2) *Senatus consultum Silanianum* avec un complément de l'an 11 (*Dig.*, 29, 5, 13 *pr.*).

(3) *Senatus consultum Pisonianum* (aussi *Neronianum* ou *Claudianum*) : Tacite, *Ann.*, 13, 32.

(4) Hadrien, *Dig.*, 29, 5, 1, 28 : *servi quotiens dominis suis auxilium ferre possunt, non debent salutem eorum suam anteponere.* *Dig.*, 29, 5, 1, 18. 1. 19. Paul, 3, 5, 7. 8.

(5) Paul, 3, 5, 6 : *servi, qui sub eodem tecto fuerunt, ubi dominus perhibetur occisus, et torquentur et puniuntur, etsi testamento occisi manumissi sint.* La restriction exprimée par la formule *sub eodem tecto* fut convenablement élargie par l'interprétation (Tacite, *Ann.*, 13, 32. 14, 42. *Dig.*, 29, 5, 1, 26. 27. *Cod.*, 6, 35, 12. Paul, 3, 5, 3).

(6) On exclut en premier lieu les enfants et ceux qu'une incapacité physique empêchait d'intervenir (*Dig.*, 29, 5, 1, 32-34. 1. 3, *pr.* 7-11) ; on écarte en outre ceux qui n'ont pas pu avoir connaissance de l'attaque, par exemple à raison de leur éloignement (*Vita Hadriani*, 18 ; *Dig.*, 29, 5, 1, 30. 1. 3, 2) ou qui ayant connaissance de l'attaque dirigée contre leur maître n'ont pas pu lui porter secours, par exemple parce qu'ils étaient incarcérés (*Dig.*, 29, 5, 3, 6).

(7) Cette présomption juridique, qui ne peut être écartée que par la preuve d'un fait précis contraire et pour laquelle cette restriction n'est peut-être même qu'un adoucissement récent, tandis qu'originellement le *sub eodem tecto* était appliqué à la lettre, constitue la pierre fondamentale de cette procédure. Tacite (*Ann.*, 14, 42-43) décrit une exécution en masse de ce genre accomplie en l'an 61 et qu'une minorité du Sénat s'efforça en vain d'empêcher. Cette procédure subsiste encore dans le droit de Justinien.

Peine
du meurtre.

(632)

La peine du meurtre est, d'après l'ancien droit, la mort; la forme de la submersion, pour laquelle il faut consulter le Livre V, a peut-être été au début la forme générale d'exécution de cette peine, puis son application s'est limitée, comme le sens du mot *parricidium*, au meurtre d'un proche (1). D'après la loi Cornélia, sauf au cas où le meurtrier était un esclave (2), la peine ne pouvait être que le bannissement hors de l'Italie qui se transforma plus tard en déportation (3). Celle-ci est encore sous Justinien la peine ordinaire du meurtrier, c'est seulement par suite de l'aggravation de peine réalisée d'une manière générale dans la dernière période au regard des classes inférieures que la répression du meurtre s'élève vis-à-vis des petites gens jusqu'à la peine capitale (4).

2. Abus de la procédure capitale.

Violation
par le magistrat
du droit
de provocation.

L'exécution capitale du citoyen romain sans jugement et sans droit n'est pas tenue pour un acte de la fonction punissable comme tel, mais pour un acte que ne couvrent pas les pouvoirs de la fonction; elle est donc punie comme si elle émanait d'un particulier, c'est-à-dire en qualité de meurtre. Si

(1) La déclaration de Pline, *N. H.*, 18, 3, 12, que les XII Tables punissaient le voleur de moisson, auquel on infligeait la peine du crucifiement (*suspensum Cereri necari jubebant*), plus sévèrement que le meurtrier (*in homicidio convictum*), peut être entendue en ce sens que la submersion était une forme d'exécution moins sévère que le crucifiement; elle peut aussi être comprise en ce sens que les XII Tables étaient muettes sur la forme de la peine de mort et n'ordonnaient donc pas pour ce second cas la forme du crucifiement, plus rigoureuse ou du moins considérée comme telle par Pline.

(2) Val. Max., 8, 4, 2 : *P. Atinii servus Alexander, cum in suspicionem C. Flavii eq. R. occisi venisset, scabies tortus pernegavit ei se culpae adfinem [fuisse], sed perinde atque confessus esset, a iudicibus damnatus et a L. Calpurnio triumviro in crucem actus est*. L'emploi du mot *iudices* écartant ici toute idée de procès consulaire, on ne peut penser qu'à la *questio inter sicarios*.

(3) La déportation (Paul, 5, 23, 1. *Dig.*, 48, 8, 3, 3. 1. 16) a naturellement pris également ici la place de l'interdiction.

(4) Outre les textes cités n. 3, il faut mentionner *Inst.*, 4, 18, 7. Hadrien a interdit l'exécution capitale d'un décurion, sauf au cas de parricide (*Dig.*, 48, 19, 15).

la loi de provocation, à laquelle la tradition rapporte la limitation légale de la juridiction capitale des magistrats, désigne la violation du droit de provocation simplement comme un « fait injuste » (1), cette désapprobation légale prive l'exécution capitale de la protection juridique dont jouissent les actes des magistrats et la soumet aux règles du droit commun, (633) avec cette seule réserve que le magistrat injuste n'est pas appelé meurtrier. La loi fondamentale sur les pouvoirs des tribuns de la plèbe dit la même chose, quand elle prescrit (II p. 339 n. 1) de ne pas considérer comme un *parricidium* la mise à mort d'un citoyen réalisée sur un ordre des autorités compétentes, donc quand elle fait rentrer dans la notion de *parricidium* l'exécution capitale faite sans droit. Il est vraisemblable que la loi des XII Tables a également interdit l'exécution capitale sans procès préalable (2). Cette défense a été reproduite et accentuée dans la loi de Caius Gracchus (I p. 301 n. 2) et a été vraisemblablement confirmée par la loi Cornélia sur le meurtre elle-même (3), ce qui montre de nouveau que

(1) Tite-Live, 40, 9, 5 : (*lex Valeria*) — il pense vraisemblablement ici à la plus ancienne loi sur la provocation I p. 46 n. 1; car celle de 454/300 est désignée par Tite-Live comme *diligentius sancta* — *si quis adversus ea fecisset, nihil ultra quam « improbe factum » adiecit*. C'est certainement à tort que Tite-Live ne voit là-dedans qu'une désapprobation morale : *id quod tum pudor hominum erat visum, credo, vinculum satis validum legis; nunc vix servus ero* — on attend *servo erus* — *ita minetur quisquam*. Les lois postérieures de ce genre, qui ne modifiaient rien *propter sanctionem* (Cicéron, I p. 34 n. 3), ont donc dû préciser la même pensée avec plus de netteté encore. — Denys, 5, 70, conçoit à tort la violation des règles de la provocation comme une *sacratio* (ὑπεροὐνι ἐθνήματα).

(2) Loi des XII Tables, 8, 25, Schöll [Girard, 9, 6]. A vrai dire, la citation est incertaine.

(3) Ulpien, *Dig.*, 48, 8, 4 *pr.* : *lege Cornelia de sicariis tenetur, qui cum in magistratu est esset eorum quid fecerit contra (circa Krüger) hominis necem, quod legibus permissum non est*. Les termes mêmes de la loi chez Cicéron, *Pro Cluentio*, 54, 148 : *qui eorum coit coierit convenit convenerit, quo quis iudicio publico condemnaretur* limitent à vrai dire le délit à l'abus du *iudicio publico*. Mais Cicéron, comme Ulpien, applique cette loi à toute procédure judiciaire qui a lieu en violation du droit de la provocation (Cicéron, *Pro Cluentio*, 33, 90 : *quod innocentem circumvenit*) et identifie son contenu avec celui de la loi Sempronia, qu'il cite à côté d'elle (*loc. cit.*, 55, 151, 56, 154).

l'exécution capitale sans procédure pénale n'était pas traitée comme un délit de fonctionnaire, mais comme un simple délit de particulier. — Pour les cas exceptionnels dans lesquels la protection de la provocation fut écartée, nous n'avons qu'à renvoyer aux explications antérieures (I p. 301 sv.) — Si la loi frappe d'une peine le magistrat président du jury qui accepte sciemment un faux témoignage contre la personne accusée d'un crime capital (1) ou qui se laisse corrompre pour de l'argent (2), il n'y a là qu'une mention, faite à titre d'exemple, de quelques cas particulièrement importants. —

(634) L'exécution capitale, faite en violation du droit de provocation, a plus tard été aussi comprise dans le délit de violence; toutefois, à côté de cette règle nouvelle, les règles de répression plus anciennes et plus sévères ont, semble-t-il, subsisté, du moins en théorie. La fustigation (3), la torture et l'enchaînement du citoyen ne tombent pas sous le coup de la loi sur le meurtre, mais ils sont réprimés primitivement par l'action privée d'injure et plus tard comme violence.

Toutes ces lois visent le citoyen romain. L'abus de la justice vis-à-vis du non-citoyen n'en tombait pas moins, au point de vue des principes, sous le coup de la loi sur le meurtre; mais, en fait, il n'y a pas eu sous la République de contrôle répressif

(1) Marcien, *Dig.*, 48, 8, 1, *pr.* : *qui cum magistratus esset publico iudicio praesesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium profiteretur, ut quis innocens [circum]veniretur condemnaretur.* Si la relation est exacte, ce délit ne se restreint pas au procès capital.

(2) Marcien, *Dig.*, 48, 8, 1, 1 : *qui magistratus iudexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret.* Paul, 5, 23, 11 (= Édit de Théodoré 1). Cicéron, *Pro Cluent.*, 33, 90. En outre, ce qui a été reçu peut être réclamé par l'action de *repetundae* (Plin., *Ep.*, 2, 11. *Dig.*, 48, 11, 7, 3). — Le fait qu'en 613/441 on introduisit dans un cas de ce genre une procédure d'exception contre L. Hostilius Tubulus (I p. 228 n. 4) peut parfaitement se concilier avec la règle rapportée au texte; car les lois plus anciennes en cette matière n'embrassaient certainement pas ce cas.

(3) Lorsque la loi Valéria parle de *virgis caedi securisque necari* (Titelive, 10, 9) et la loi Porcia de *erberare necare civem Romanum* (Titelive, *loc. cit.*), on ne pense ici, en première ligne du moins, ainsi que nous l'avons exposé I p. 46 n. 4, qu'à l'exécution capitale par crucifiement ou d'une autre manière.

exercé sur la conduite du magistrat vis-à-vis du non citoyen (1). Il est possible que la juridiction répressive ordinaire des questeurs ait été compétente dans ce cas, mais pratiquement elle ne s'est certainement pas préoccupée de ces abus et la juridiction effective des tribuns, à considérer strictement les choses, n'était peut-être même pas compétente pour ces actes. En réalité, le contrôle administratif du sénat fut le seul qui éventuellement s'exerça en cas d'excès de ce genre. Sous le Principat, le contrôle a été rendu plus sévère; toutefois rien de précis ne nous est dit à cet égard.

Après l'établissement des grands jurys, le juré put abuser dans la procédure capitale, de la même manière que les magistrats, notamment en se laissant corrompre, du droit qui lui appartenait de juger. En fait, lors de la réforme de la loi sur le jury proposée par M. Livius Drusus en 663/91, on s'efforça de dégager de cette possibilité les conséquences logiques qui en résultaient; la réforme ne fut réalisée que par Sylla. Mais comme la loi de Sylla réservait ces tribunaux aux sénateurs, l'action n'était donnée que contre des jurés de rang sénatorial; lorsque peu de temps après on introduisit des tribunaux mixtes (I p. 244), l'action de corruption continua à n'être possible que contre les jurés qui faisaient partie du sénat (2).

Abus de droit
de la part
des jurés.

(635)

(1) Ce qu'on supporta à cet égard des gouverneurs de province dépasse tout ce qu'on peut concevoir. Caton l'Ancien (chez Aulu-Gelle, 13, 25, 12) reproche à Minucius Thermus d'avoir fait exécuter dix pérégrins sans jugement et sans droit et à Ser. Sulpicius Galba (Aulu-Gelle, 1, 12; Tite-Live, *Ep.*, 49; *St. R.*, 3, 336 [*Dr. publ.*, 6, 1, 383]) d'avoir fait vendre comme esclaves en Gaule, sur le simple soupçon de défection, un certain nombre de Lusitaniens qui s'étaient rendus à lui. C'était par exception qu'il était question de pareils faits à Rome et jamais en vue d'une répression criminelle; contre Thermus, Caton invitait le Sénat à lui refuser le triomphe et son attaque contre Galba se réduisait à proposer un plébiscite ouvrant un crédit pour le rachat des captifs, proposition qui fut repoussée (I p. 199 n. 1).

(2) Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 7, 16 : *tribuno pl. M. Druso (en 663/91) novam in equestrem ordinem quaestionem ferenti, si quis ob rem judicandam pecuniam cepisset, aperte equites Romani restiterunt*. Le même, *Pro Cluentio*, 36, 153 (cpr. 41, 116. c. 55) : *(equites Romani) M. Druso tribuno pl. restiterunt, cum ille nihil aliud ageret... nisi ut ii, qui rem judicassent hujuscemodi quaestionibus (d'après la loi Cornélia sur le meurtre) in judicium vocarentur*. Ap-

Abus dans
le témoignage.

L'ancien droit assimile déjà au meurtrier celui qui fait un faux témoignage dans un procès capital (1) et la loi de Sylla pose encore cette même règle (2). Celle-ci fut même étendue plus tard à la fausse dénonciation (3).

3. *Veneficium* et Délits apparentés.

Venenum (vraisemblablement de la même famille que *venus*, *venustus*) est tout objet qui excite ou charme dans un bon ou dans un mauvais sens; il désigne par conséquent la matière colorante, le sortilège, le médicament, le poison (4). La punition par le droit pénal de « celui qui fait cet objet » du *veneficus*, remonte vraisemblablement aux mesures d'ordre public, qui échappent, il est vrai, à notre connaissance, mais qui ont été prises contre l'abus de ces matières et spécialement contre les professions dangereuses qui ont pour objet la fabrication et la vente de ces produits (5). La loi Cornélia a également frappé

pien, B. c. l. 35 : εὐθέλως τε ἐν αὐτοῖς) (les jurés réunis de deux classes différentes) γίγνεσθαι δωροδοξίας προσέγραψεν. — Habituellement, la corruption donne lieu à l'action de *repetundae* contre les jurés (Cicéron, *Pro Cluentio*, 37, 104); celle-ci n'est du reste possible que contre les sénateurs.

(1) Les Annales nous rapportent pour l'année 295/439 que les *quaestores* intentèrent l'action contre M. Volscius Fictor, qui, par un faux témoignage, avait causé la condamnation de Caeso Quinctius pour cause de meurtre (Tite-Live 3, 24). L'action intentée contre Minucius dans le récit relatif à Sp. Manlius est de même nature (Tite-Live, 4, 21). Quant à la punition du faux témoignage en général, ordonnée par la loi des XII Tables, nous en traiterons à propos du faux.

(2) Marcien, *Dig.*, 48, 8, 1, 1 : *qui falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico judicio rei capitalis damnaretur*. Paul, 5, 23, 1 = *Coll.*, 8, 4, 1 : *qui falsum testimonium dixerit, quo quis periret*. L'arrêt d'interdiction de l'eau et du feu est déjà considéré comme une sentence capitale II p. 369 n. 3).

(3) Marcien, *Dig.*, 48, 8, 3, 4 : *qui falsa indicia confessus fuerit confitendave curaverit, quo quis innocens circumveniretur*. On punit donc tout dénonciateur qui détermine le magistrat ou l'accusateur à introduire la procédure capitale.

(4) Gaius dans le commentaire des XII Tables, *Dig.*, 50, 16, 236 pr. : *qui venenum dicit, adicere debet, utrum malum an bonum*. Marcien, *Dig.*, 48, 8, 3, 2. La loi Cornélia parlait aussi de *venenum malum* (Cicéron, *Pro Cluent.*, 54, 148).

(5) La réunion de la *quadruplicatio* et du *veneficium* chez Plaute, *Truc.*, 762

de la peine de mort non seulement le meurtrier par empoisonnement, mais encore celui qui, en vue de causer la mort d'autrui directement ou par l'intermédiaire d'une autre personne, donne, prépare, vend ou acquiert du poison (1). Le *veneficium* n'est donc pas le meurtre par empoisonnement. De même sa séparation théorique et procédurale du meurtre par violence remonte à l'époque antérieure à Sylla et s'est constamment maintenue dans la suite (II p. 367 n. 1). Les crimes précédemment indiqués et assimilés au meurtre par empoisonnement ne peuvent être ramenés à la notion de tentative avec laquelle ils ne s'accordent pas et qui, d'une manière générale, est ignorée du droit romain; leur répression s'explique par le transfert en droit pénal de mesures de police prises vis-à-vis de certaines professions. Sous le Principat, cette répression s'étendit même à la mise en vente, sans intention mauvaise, de tels produits (2). On fit également rentrer dans le champ d'application de la loi Cornélia, comme corollaire du *veneficium*, une série de mauvais traitements infligés au corps humain (3).

L'avortement (4), qui d'après les lois royales autorise le mari à se séparer de sa femme (5), a toujours été regardé comme une immoralité grave (6); il n'a été traité comme dé-

Avortement.

(cpr. *St. R.*, 2, 599, n. 1 [*Dr. publ.*, 4, 307, 1]) a sans doute sa raison d'être; mais nous ne savons rien de plus précis à cet égard.

(1) Loi Cornélia, chez Cicéron, *Pro Cluentio*, 54, 148 : (*venenum*) *quicumque fecerit vendiderit emerit habuerit dederit*. Paul, *Coll.*, 1, 2, 1 = 8, 4, 1 : *qui venenum hominis necandi causa habuerit vendiderit paraverit*. Marcien, *Dig.*, 48, 8, 1, 1. 1. 3, pr.

(2) *Dig.*, 48, 8, 3, 3 : *alio senatus consulto effectum est, ut pigmentarii, si cui temere (= à la légère, nullo consilio, Cicéron, De imp., 1, 34, 38) cicutam... dederit[n]t..., poena teneantur hujus legis*.

(3) La règle *volenti non fit injuria* pourra être appliquée ici dans la mesure où des lois pénales ne l'écartent pas positivement.

(4) L'enfant simplement conçu n'est pas considéré comme homme (*Dig.*, 35, 2, 9, 1 : *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*. 23, 4, 1, 1. 38, 8, 1, 8); la notion de meurtre ne peut donc s'appliquer ici.

(5) Plutarque, *Rom.*, 22 : ἐπι παρμακείᾳ τέκνων. De même Justinien, *Nov.*, 22, c. 16.

(6) Les critiques vigoureuses des écrivains païens (Juvénal, 6, 592; Tacite, *Ann.*, 14, 63) et chrétiens (Minucius Félix, *Octav.*, 30; Tertullien,

(637) lit, ni sous la République (1), ni au début de l'Empire. Ce fut seulement depuis Septime Sévère qu'il fut puni d'une manière extraordinaire, il est vrai, mais en s'appuyant sur la loi contre le *veneficium*. Les peines établies furent une peine pécuniaire et le bannissement; ce fut même la peine capitale, lorsque l'avortement avait causé la mort de la femme (2).

On traita de la même manière le fait de délivrer des philtres d'amour (3) et des remèdes contre la stérilité (4).

Castration. La castration (5) n'était pas réprimée au début, semble-t-il, lorsqu'elle avait lieu du consentement du castrat ou de celui qui avait la puissance sur lui. Mais Domitien la défendit même dans ce cas pour toute l'étendue de l'Empire tant au regard des personnes libres que des esclaves et cette prohibition s'est maintenue jusqu'à la fin du droit romain (6). La peine

Apoll., 9, et ailleurs) contre ce vice, plus tard très répandu, ne contient aucune allusion à une peine criminelle.

(1) L'indication que fait Cicéron (*Pro Cluent.*, 11, 32, cité par Tryphonius, *Dig.*, 48, 19, 39) d'une sentence capitale prononcée à Milet pour un tel fait montre qu'on n'aurait pas eu, d'après le droit romain, le pouvoir de rendre un arrêt de ce genre. On peut déduire de Plaute, *loc. cit.*, que les femmes, qui faisaient profession de s'occuper d'avortements et éventuellement de suppositions de part, occupaient déjà la police de la République; mais ce cas rentrait alors dans la catégorie générale du *veneficium*.

(2) Paul, 3, 23, 14. = *Dig.*, 48, 19, 38, 5 : *qui abortiois aut amatorium poculum dant, etsi id dolo non faciunt* (cela doit signifier : sans intention de causer un autre mal aux personnes ainsi traitées), *tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte honorum relegantur*. Ulpian, *Dig.*, 48, 8, 8. Marcien, *Dig.*, 47, 11, 4. Tryphonius, *Dig.*, 48, 19, 39. Paul et Ulpian traitent ce cas à propos de la loi sur le meurtre, Marcien à propos des peines extraordinaires.

(3) Paul (n. 2); mentionné aussi : *Dig.*, 48, 8, 3, 2. C'est un thème d'école cher aux rhéteurs de discuter si l'*amatorium* rentre parmi les *veneficia* (Jul. Victor, *Ars rhet.*, 3, 3).

(4) *Dig.*, 48, 8, 3, 2 : *ex senatus consulto relegari iussa est ea, quae non quidem malo animo* (qu'il faut vraisemblablement entendre comme *dolo n. 2*) *sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea quae acceperat decesserit*.

(5) V, les différentes formes, *Dig.*, 48, 8, 5, 50, 16, 123.

(6) Suétone, *Dom.*, 7. Martial, 6, 2, 9, 6, 8. Stace, *Silv.*, 4, 3, 13. Philostrate, *Vita Apoll.*, 6, 42. Dion, 67, 2. Jérôme, *Abr.*, 2098. Animien, 48, 4, 5. Cette défense est renouvelée par Nerva (Dion, 68, 1) et par Hadrien (*Dig.*, 48, 8, 4, 2 : *nemo liberum servumve invitum sine sententia castrare debet*); mentionnée sous Sept. Sévère (Dion, 75, 14); aggravée par Constantin (*Cod.*,

est celle de la loi Cornélia, ordinairement la confiscation du patrimoine et le bannissement, dans certains cas la peine de mort (1).

En dehors des juifs, les non juifs qui vivaient d'après les rites juifs se sont dans l'ancien temps fréquemment soumis à la coutume de la circoncision, sans qu'il en résultât pour eux, semble-t-il, aucun préjudice juridique (2). L'empereur Hadrien fut le premier qui, non pas semble-t-il pour des motifs religieux, mais à raison des similitudes extérieures des deux opérations, assimila la circoncision à la castration et cette mesure fut l'une des causes du grave soulèvement des juifs (3). Son successeur permit de nouveau la circoncision aux juifs (4); en Egypte, où cette pratique existait également à raison d'une vieille tradition, elle fut même autorisée à certaines conditions sous Marc Aurèle et Commode, pourvu qu'il y ait eu une

(638)
Circoncision.

4, 42, 1) et par Justinien (*Nov.*, 142). L'importation d'eunuques étrangers reste permise (*Cod.*, 4, 42, 2).

(1) *Dig.*, 48, 8, 3, 4. 1. 4, 2. A la suite de la castration d'un esclave, celui-ci devient libre et on confisque la moitié du patrimoine (*Dig.*, 48, 8, 6). La peine de mort frappe tout médecin et tout esclave qui fait la castration, elle atteint aussi celui qui se laisse châtrer volontairement (*Dig.*, 48, 8, 4, 2); elle est encore infligée, en cas de castration contre la volonté du castrat ou de celui qui a la puissance sur lui, à toute personne de condition inférieure qui a fait l'opération (Paul, 5, 23, 13). Constantin, *loc. cit.*, prononce la peine de mort d'une manière générale. Modestin, (*Dig.*, 48, 8, 11, *pr.*), et Paul placent la castration sous la rubrique du meurtre, tandis que Paul traite de la circoncision des Juifs à propos des peines extraordinaires. — La castration de l'esclave d'autrui sans le consentement du maître n'est pas un dommage causé à la chose d'autrui, puisque la valeur de l'esclave se trouve par là augmentée, mais elle est une *injuria* (*Dig.*, 9, 2, 27, 28 *cpr.* 21, 1, 38, 7); en outre, on mentionne à cette occasion une action édilicienne au quadruple de la valeur que nous ne connaissons pas autrement. (*Dig.*, *loc. cit.*).

(2) Tacite, *Hist.*, 5, 5 : (*Judaei*) *circumcidere genitalia instituerunt... transgressi in morem eorum idem usurpant*. Chez Juvénal, 14, 96, le père ne mange pas de viande de porc et le fils se fait même circoncire (*morx et praepudia ponunt*). Suétone, *Dom.*, 12.

(3) *Vita Hadriani*, 14 : *moverunt ea tempestate et Judaei bellum, quod vetabantur mutilare genitalia*. D'après le contexte, il est plus que vraisemblable qu'il n'y a là qu'une application de la défense de la castration (n. 1).

(4) Modestin, *Dig.*, 48, 8, 11 *pr.* : *circumcidere Judaeis filios suos tantum rescritto divi Pii permittitur*.

(639) enquête préalable faite par les autorités (1). Hormis ces cas, la circoncision continua à être assimilée à la castration et à être punie comme elle (2). Cette règle rigoureuse est certainement due en partie au soupçon très naturel d'apostasie religieuse (II p. 278) qui atteint celui qui se fait circoncire ; ce motif apparaît au premier plan à l'époque chrétienne.

4. Meurtre par Sorcellerie et Magie.

Punition
des mauvais
magiciens.

Par opposition à la divination qui est en général permise et qui en principe se borne à découvrir l'inconnu et à empêcher un mal imminent par des moyens surnaturels (3), la magie consiste à produire des effets merveilleux (4) ; ceux-ci peuvent certainement être opérés d'une façon irréprochable et dans une bonne intention (5) ; mais la mauvaise magie, celle qui se sert

(1) Dans les deux titres égyptiens de 171 (*Berliner Gr. Urk.*, 347) et de 185 (*Berl. Gr. Urk.*, 82), on permet à deux pères égyptiens la circoncision de leurs fils, moyennant la preuve faite devant le stratège qu'ils sont d'une race à laquelle cette pratique est permise (δὲ τὸ παρατιθ(ε)σθαι τὰς τοῦ γένους ἀποδείξ[ε]σαι, et la constatation qu'il n'y a pas de marques spéciales. Cpr. J. Krebs, *Philologus*, 53, (1894), p. 577.

(2) Modestin poursuit : *in non ejusdem religionis, qui hoc fecerit, castrantis poena inrogatur*. D'après Origène (*Contra Cels.*, 2, 13), les Samaritains ou *Stearii* qui sont trouvés circoncis sont frappés de la peine de mort comme n'étant pas juifs (II p. 321 n. 4) ; le texte montre nettement que la circoncision n'était pas punie comme un crime religieux. Paul, 5, 22, 3. 4 : *cives Romani, qui se Judaico ritu vel servos suos circumcidi patiuntur, bonis ademptis in insulam perpetuo relegantur : medici capite puniuntur. Judaei si alienae nationis comparatos servos circumciderint, aut deportantur aut capite puniuntur*. C. Th., 16, 8, 22. 26. 16. 9, 1 = *Const. Sirm.* 4.

(3) Nous traiterons, dans la dernière Section de ce Livre, de l'abus de la divination et de la prohibition qui la frappa plus tard.

(4) D'après Apulée, *Apol.*, 26. 27. celui-là est *vulgari more magus, qui communione loquendi cum deis immortalibus ad omnia quae velit incredibili quadam vi cantaminum polleat... quasi facere etiam sciant quae sciant fieri*. Tertullien, *De idol.*, 9, emploie *magia* dans un sens large pour la connaissance et la maîtrise de l'avenir en général et désigne comme parties de cette science : l'*astrologia*, c'est-à-dire la divination, et les *miracula* (*alia illa species magiae, quae miraculis operatur*), c'est-à-dire la magie.

(5) Augustin, *De civ. Dei*, 10, 9, oppose cette science irréprochable de la magie sous le nom de *theurgia* à la *goetia*. Les magiciens du nouveau testament s'appellent chez Tertullien, *De idol.*, 9, *sophistae*. Les paroles Dan., 2, 2 καὶ τοὺς μάγους καὶ τοὺς φαρμακούς = *et magos et maleficos* sont expliquées par Jérôme de la manière suivante : *magi qui de singulis philosophantur,*

d'actes religieux répréhensibles et qui poursuit un mauvais but, est de beaucoup la plus fréquente. C'est la seule dont il y ait lieu de tenir compte en droit pénal. Comme nous l'avons déjà indiqué, les Romains ont fait rentrer le moyen magique dans la notion du *venenum* ; la loi des XII Tables punit déjà le mauvais charme, au moins par rapport au vol de moisson (1). Plus tard, apparaît en latin le terme de *magus*, correspondant au mot grec γόης (2). Il avait été originairement usité par les Perses pour désigner le prêtre de leur religion nationale auquel on faisait la réputation de connaître les procédés magiques les plus efficaces et les plus pernicioeux (3). Depuis l'époque de Trajan, il avait acquis la valeur d'une expression technique en matière de délit pour désigner le mauvais magicien (4). A sa place apparaît plus tard pour rendre cette notion, d'abord dans le langage courant, puis après Dioclétien dans la terminologie juridique, le terme de *maleficus* (5). On ne peut indiquer

(640)

malefici qui sanguine utuntur et victimis et saepe contingunt corpora mortuorum. C'est ainsi que l'empereur Marc-Aurèle assujettit les Marcomans à une alliance éternelle *per Chaldaeos et magos sacris carminibus et consecratione* (*Vita Elag.*, 9). Rentrent dans cette catégorie les rites suivis et permis jusque dans les derniers temps pour amener ou détourner la pluie et pour détourner la grêle (*C. Th.*, 9, 16, 3 = *C. Just.*, 9, 48, 4).

(1) Le mot *venenum* a vraisemblablement été employé dans cette acception par la loi des XII Tables (8, 26 Schöll [Girard, 8, 25]).

(2) Dion, 39, 15, rend par ἀστρολόγοι et γόητες ce que Tacite, *Ann.*, 2, 32, désigne sous le nom de *mathematici* et de *magi*. Chez Dion, 79, 17 *μαρμακῆς καὶ γόης* est la traduction de *veneficus et magus*. Cpr. Dion, 52, 36 ; Augustin (II p. 356 n. 5) ; Justinien, *Nov.*, 115, 4, 2, où nous trouvons le mot γοητεία que Julien c. 107, 375 (en s'appuyant sur les *Inst.* de Justinien, 4, 18, 5) rend assez exactement par *susurri magici*.

(3) Pline, *H. n.*, 30, 2, 16 : *magis... homines immolare etiam gratissimum et 17 : (habere artem) quasdam veritatis umbras, sed in his veneficas artes pollere, non magicas.*

(4) Tacite emploie déjà ainsi ce mot, *Ann.*, 2, 27, 32, 6, 29, 12, 22, 59, 16, 30, 31. De même, le mot *Chaldaeos* qui servait originairement à appeler un peuple particulier est devenu dans la divination un terme désignant une profession.

(5) Tout d'abord au Code Grégorien dans la rubrique de *maleficos et manichaeis* (*Coll.*, 15, 3) et chez Lactance, *Inst.*, 2, 16 : *magi et ii quos vere maleficos vulgus appellat* (d'après ce dernier texte, Augustin, *De civ. Dei*, 10, 9). *C. Th.*, 9, 16, 6 : *magus vel magicis cantaminibus adsuetus, qui maleficus vulgi consuetudine nuncupatur*. Après l'interdiction de la divination, on voit Constance au *C. Th.*, 9, 16, 4, réunir péle-mêle la magie et la divi-

(641) avec précision quand et de quelle manière cette notion a été introduite en droit pénal (§). S'il est difficile que dans l'intention du législateur le *veneficus* de la loi de Sylla ait compris le *magus*, il est cependant vraisemblable que déjà sous la République (2), tout d'abord par voie d'interprétation (3), puis en vertu d'un sénatusconsulte des premières années du règne de Tibère (4), sous l'influence des croyances populaires, le délit de magie a été dégagé du *veneficium*; cette évolution a été principalement due à la réunion fréquente, dans une même profession, de la préparation des poisons et de celle des charmes (5). La possibilité d'opérer un mauvais charme a été reconnue dans le droit pénal officiel jusque pendant la dernière période.

Éléments
du délit
de magie.

Si nous nous demandons maintenant ce qu'on doit considérer en droit pénal comme un mauvais charme, il faut répondre en posant le principe que tout effet merveilleux opéré dans une forme ou dans un but mauvais rentre dans cette catégorie et que la répétition de pareils actes à titre de profession, qui suffit à faire de la divination un délit, a pour effet en ma-

nation : *Chaldaei ac magi et ceteri, quos maleficos ob facinorum multitudinem vulgus appellat*. Cpr. le texte de Jérôme II p. 356 n. 5.

(1) Nous ne savons pas comment la loi des XII Tables concevait le charme jeté sur la récolte; dans le présent Livre, il est rangé dans le vol.

(2) Le *sacrilegium Nigidianum*, qui vint devant les jurés (Pseudo-Cicéron, *In Sall.*, 5, 14), se rapporte aux ἀπόρηται διατριβαί de Nigidius Figulus, préteur en 696/58 (Dion, 45, 1).

(3) Quintilien, 7, 3, 7, cite, comme exemple du sens dérivé de l'expression, le fait qu'on fit rentrer les *carmina magorum* dans le *veneficium*. Dans les constitutions d'amnistie du iv^e siècle (II p. 344 n. 1), les *maleficia* sont sans exception réunis au *veneficium* (*mentis et corporis venena* : *C. Th.*, 9, 38, 6) et opposés à l'*homicidium*. L'*Interpretatio* wisigothique et l'*édit de Théodoric* c. 54, ainsi que les deux codes burgondes, rendent le *medicamentarius* de la constitution de Constantin au *C. Th.*, 3, 16, 3, par l'expression *maleficus*, alors courante chez les jurisconsultes.

(4) La relation d'Ulpien (*Coll.*, 15, 2, 1) sur ce sénatus-consulte de l'an 16 ou 17 ap. J.-C. ne vise que la divination; mais les récits de Tacite, *Ann.*, 2, 32 et Dion, 57, 15, nous montrent — en étendant d'une façon incorrecte à la magie la peine du bannissement établie pour l'abus de la divination — qu'il y eut en même temps des mesures prises contre la magie. Les peines de mort indiquées par Tacite ne conviennent qu'à la magie.

(5) Il suffit de rappeler la Canidia d'Horace et la mort de Germanicus (II p. 360 n. 3).

tière de magie d'entraîner une forte aggravation de peine, étant donné d'ailleurs que la simple science de la magie est déjà punissable en elle-même (1) et qu', pour cette raison, on a coutume de confisquer et de brûler les livres magiques (2). Quant à la question de savoir quels actes et quels effets donnent en droit à l'accusé la qualité de sorcier (3), sa solution dépend naturellement, plus que pour les questions symétriques posées pour d'autres délits, de l'appréciation du tribunal ; cependant tout n'est pas laissé ici au bon plaisir des juges. Certaines cérémonies religieuses (4) et certains buts font encourir de plein droit la peine. Tels sont à cet égard :

- a) les cérémonies religieuses accomplies la nuit, à l'exception de celles qui sont consacrées par une vieille coutume (5) ;
- b) les cérémonies religieuses avec sacrifice humain (6) ;

(642)

(1) Paul, 5, 23, 17 : *magicæ artis conscios summo supplicio affici placuit*, avec la glose y attenante et tout à fait exacte, semble-t-il : *non tantum hujus artis professio, sed etiam scientia prohibita est*. D'après Apulée (*Apol.*, 28), à vrai dire, l'important est le *maleficium* et non pas le savoir magique.

(2) Paul, 5, 23, 18. *Dig.*, 10, 2, 4, 1. Les *vaticinii libri* chez Tito-Live, 39, 16, 8, les *libri fatidici* chez Suétone, *Aug.*, 31, n'ont pas trait à la divination, mais à la magie.

(3) C'est ainsi qu'on taxe Apulée de sorcellerie parce qu'il recherchait certaines sortes de poissons (*Apol.*, c. 27) et qu'on lui reproche d'avoir ensorcelé la riche héritière qu'il a épousée.

(4) Cicéron, *In Vat.*, 6, 14 : *inaudita ac nefaria sacra*. Tacite, *Ann.*, 16, 31 : *impii dei*. Paul, 5, 23, 15 : *sacra impia*. Modestin, *Dig.*, 48, 8, 13 : *mala sacrificia*.

(5) Paul (II p. 360 n. 2) ne déclare pas que les *sacra nocturna* sont interdits purement et simplement, mais considère qu'ils ont ordinairement lieu dans un mauvais but. Firmicus, *Math.*, 2, 30, 10, 13, sous Constantin II : *numquam nocturnis sacrificiis intersis, sive illa publica sive privata dicantur*. Les évocations magiques de Magonce (Athanasie, *Apol. ad Constantium* c. 7. vol. 23 p. 604 Migne : *εἰς τὸν θεὸν ἠσιέθησε φαρμακὸς καὶ ἐπαιδοῦς ἐπινοῶν*) sont sans doute les *sacrificia nocturna* que ce souverain (dont le gouvernement *μετὰ φυλακῆς τῶν νόμων* est loué par le païen Libanius, *Epit. in Jul.*, p. 533 ed. Reiske) permettait et qui après sa chute furent interdits par Constance II (*C. Th.*, 16, 10, 5). Il est vraisemblable que Julien les autorisa de nouveau, mais qu'elles furent immédiatement interdites par Valentinien et Valens (*C. Th.*, 9, 16, 7 : *ne quis deinceps nocturnis temporibus aut nefarias preces aut magicos apparatus aut sacrificia funesta celebrare conetur*), mais on exclut de cette dernière défense les fêtes d'Éleusis (Zosime 4, 3).

(6) Paul, 5, 23, 16 : *qui hominem immolaverint carne ejus sanguine litaverint*

c) la nécromancie et tous les actes magiques qui supposent l'utilisation de cadavres et de tombeaux (1).

d) les actes religieux entrepris pour causer du dommage à une personne ou pour la faire périr (2). D'après la croyance générale dans le monde gréco-romain, au moins depuis le début de l'Empire, ce résultat pouvait être atteint en déposant dans le sol une accusation adressée aux dieux du monde inférieur et écrite ordinairement sur des feuilles de plomb avec accomplissement des rites magiques convenables (3).

fanum templumve polluerint, bestiis obiciuntur vel, si honestiores sint, capite puniuntur. Pour ces méfaits, il suffit de rappeler Cicéron, *In Vat.*, 6, 14, et la cinquième épode d'Horace.

(1) La nécromancie est nommée conjointement à la magie chez Suétone, *Ner.*, 34; chez Tertullien, *Apol.*, 43, *De an.*, 57; chez Lactance, *Inst.*, 2, 16; dans la constitution au *Cod. Th.*, 9, 16, 5; chez Jérôme (II p. 336 n. 5). Les gloses (2. p. 40 Götz) rendent le mot *defixiones* (cpr. n. 3) par *νεκρομαντεια*.

(2) Paul, 5, 23, 15 : *qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent defigerent obligarent* (cpr. n. 3), *fecerint faciendave curaverint, aut cruci suffiguntur aut bestiis obiciuntur.* Justinien, *Inst.*, 4, 48, 5 : *(qui) susurris magicis homines occiderunt.*

(3) Une de ces feuilles de plomb (*C. I. L.*, X, 1604) est ainsi conçue : *nomen delatum Nacviae L(ucii) Libertae Secunda[e] seive ea alio nomine est.* Un papyrus égyptien (Petrettini, *Papiri greco Egizi*, Vienne, 1826, p. 1 sv.), contient une requête en forme de ce genre, adressée à Sérapis et aux dieux qui siègent avec lui. Un mauvais esclave de la ville de Tuder avait réuni ainsi et enfoui les noms de tous les membres de la curie municipale (*defixa monumento ordinis decurionum nomina*), une personne découvre cette tablette de malédictions et la fait disparaître, elle reçoit pour cela des honneurs de la curie et acquitte son vœu à *Jupiter optimus maximus custos conservator* (*C. I. L.*, XI, 4639 = Orelli, 3726). — Les tablettes de malédictions tendent fréquemment à « lier » une personne (*καταδέσειν*, *obligare* chez Paul; *καταδεσμοί* = *obligatura* des gloses, 2, p. 340 Götz); c'est ainsi qu'une tablette romaine, sans doute du début de l'empire, commence de la manière suivante (*C. I. L.*, I, 818) : *quomodo mortuus, qui istic sepultus est (le plus souvent ces feuilles se trouvent dans des tombeaux) nec loqui nec sermonare potest* (cpr. *C. I. L.*, VIII, 2736 : *carminibus defixa jacuit per tempora muta, ut ejus spiritus vi extorqueretur quam naturae redderetur*), *sic Rhodine apud M. Licinium Faustum mortua sit nec loqui nec sermonare possit... Dile pater, Rhodine(m) tibi commendo, uti semper odio sit M. Licinio Fausto.* Il y a plusieurs exemples de magie exercée par jalousie. Le cas le plus connu d'un meurtre par maléfice est celui de Germanicus. Tacite, *Ann.*, 2, 69 : *saevam vim morbi augebat persuasio veneni a Pisone accepti, et reperiebantur solo ac parietibus erutae humanorum corporum reliquiae, carmina et devotiones* (de même, *Ann.*, 16, 31) *et nomen Germanici plumbeis tabulis insculptum, semusti cineres ac labe oblitii* (restes du mauvais sacrifice) *aliaque maleficia, quis creditur animas numinibus infernis sacrari.* Dion, 57, 48. Uno

Telles sont les mauvaises pratiques magiques, par lesquelles (643) les sorciers persans et leurs compères tantôt égarent les hommes, tantôt les corrompent (1). Il y a lieu de remarquer que les poursuites contre les hérétiques ont d'abord été dirigées contre les manichéens persans, auxquels on reprochait surtout de se livrer précisément à de telles pratiques (II p. 309 n. 1).

La magie a toujours été rangée parmi les crimes les plus graves et a été ordinairement exceptée lors des amnisties générales (II p. 438 n. 6). La peine encourue est pour le magicien lui-même la mort (2); plus tard, lors de l'aggravation générale des peines, elle a été pour lui la mort par le feu (3), pour les autres personnes ayant pris part à des pratiques de magie, suivant leur condition, la peine de la décapitation par le glaive, celle du crucifiement ou des arènes (4); la simple possession de livres magiques expose, suivant la condition du coupable, à la déportation ou à la peine capitale (5).

Peine
de la magie.

5. Le meurtre d'un proche (*Parricidium*).

Le très ancien droit n'a pas traité, ainsi que nous l'avons dit plus haut (II p. 326 sv.), le meurtre des proches comme crime indépendant (6). Sa séparation du meurtre en général re-

Meurtre
d'un proche.

tablette de plomb (*C. I. L.*, X, 511) est ainsi conçue : *locus capillo ribus (= rivus), expectat caput suum*. — Kurt Wachsmut, *Rh. Mus.*, 18 (1863) p. 539 sv. (cpr. *ibid.*, 49, 481) a réuni un certain nombre de feuilles de plomb de ce genre provenant d'Égypte, d'Asie Mineure, de Grèce, de l'Italie Inférieure et de Rome. R. Wunsch a publié les tablettes de malédiction très nombreuses trouvées dans l'Attique (*Defixionum tabulae Atticae, Appendix zum C. I. Atticarum*, Berlin, 1897) et d'autres tablettes de la ville de Rome (*Die sethianische Verfluchungstafeln aus Rom*, Leipzig, 1898) et dans l'introduction de la première œuvre il a donné un aperçu d'ensemble des documents jusqu'ici connus.

(1) *C. Th.*, 9, 16, 3, 5.

(2) Tacite, *Ann.*, 2, 32, (cpr. II p. 358 n. 4), 12, 59, 46, 30 et sv. Apulée (*Apol.*, 26, 400) désigne aussi ce procès comme capital.

(3) Paul, 5, 23, 17.

(4) Paul, 5, 23, 15, 16, 17. *Edit de Théodoric*, 408 cpr. 54. Déportation : Dion, 77, 41. Le fait d'abandonner les pratiques magiques ne soustrait pas à la peine : Dion, 57, 15.

(5) Paul, 5, 23, 18.

(6) Il n'y a aucun doute (Schöll, *Praef.*, p. 53), que la règle attribuée à

- (644) monte vraisemblablement à cette loi de nom inconnu qui, en renvoyant la connaissance des affaires de meurtre à une commission de jurés, réserva le meurtre d'un proche au tribunal du peuple. Les comices ont encore statué sur un *parricidium* entre 649/105 et 652/102 (I p. 201 n. 2); mais cette catégorie la plus grave des meurtres a déjà été confiée aux jurés avant l'époque de Sylla (1). Il a continué à en être de même dans la loi Cornélia. Quelques années plus tard, vraisemblablement à l'occasion de la transformation des jurys en 684/70 (I p. 244), le consul Cn. Pompée (2) régleta par une loi spéciale la procédure suivie en cas de *parricidium* (3). D'après

la loi des XII Tables par le texte qui nous est parvenu de la *Rhet. ad Her.*, 1, 13, 23 : *qui parentem necasse iudicatus erit, ut is obvolutus et obligatus corio devehatur in profluentem* est une addition de scribe qui fait défaut dans le texte parallèle de Cicéron, *De inv.*, 2, 50, 148.

(1) Dans sa Rhétorique (2, 19, 58. 59) écrite vers 670/84, Cicéron cite comme exemple une accusation de *parricidium* dans laquelle on ne prouve qu'un simple meurtre et dit qu'il faut demander l'acquiescement, car le crime affirmé n'est pas prouvé et le crime prouvé ne justifie pas l'application de la peine du *parricidium*. De même, dans son discours *Pro Sex. Rosc.*, 23, 64, prononcé vers 674/80, il mentionne une accusation de parricide portée devant les jurés *non ita multis ante annis*.

(2) En dehors du nom, le seul renseignement qui nous ait été transmis relativement à cette loi est qu'elle est postérieure à la loi Cornélia sur le meurtre (*Dig.*, 48, 9, 1). La suppression complète de la peine de mort, qui est la disposition essentielle de cette loi, concorde parfaitement avec l'attitude démocratique de son auteur pendant le dit consulat, mais non pas avec son attitude pendant ses consulats postérieurs.

(3) Lorsqu'en 674/80, immédiatement après la promulgation de la loi Cornélia sur le meurtre, Sextus Roscius fut, sur le fondement même de cette loi, accusé d'être le meurtrier de son père, l'action tendait à faire prononcer une condamnation à mort qui devait s'exécuter dans la vieille forme de la submersion (Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 26. 51, 149 sv.), sauf bien entendu la faculté de se soustraire à la condamnation par l'exil (Cicéron, *loc. cit.*, 2, 6). Or la peine générale de la loi Cornélia était celle de la déportation (II p. 348 n. 3). La seule explication possible est donc que cette loi conservait la peine de mort pour le *parricidium*, mais soumettait celui-ci à la même forme de procédure que le meurtre en général. Ainsi se justifie dans une certaine mesure qu'on attribue à Sylla l'établissement de la *quaestio parricidii* (Pomponius, *Dig.*, 1, 2, 2, 32 : *Cornelius Sulla quaestiones publicas constituit, veluti de falso, de parricidio, de sicariis*. Valens, *C. Th.*, 9, 19, 4 : *legibus variis, Cornelia de veneficis, sicariis, parricidis, Julia de adulteris ambitusve criminibus*). Le jury pour meurtre ayant déjà existé avant Sylla et la peine de mort ayant dû aussi être appliquée à cette époque au *parricidium*, alors qu'il est difficile de croire qu'en ce

cette loi, rentrent dans la catégorie des proches les personnes suivantes (1) :

- a) les ascendants du meurtrier sans distinction de degré (2) ; (645)
- b) les descendants par rapport aux ascendants à l'exclusion du chef de la *domus* (3), dont le droit de tuer ou d'exposer l'enfant ou le petit-enfant était tacitement confirmé (II p. 331 sv.) ;
- c) les frères et sœurs (4) ;
- d) les frères et sœurs du père ou de la mère, c'est-à-dire les oncles et tantes (5) ;
- e) les enfants des précédents, c'est-à-dire les cousins (6) ;
- f) l'époux et l'épouse (7) ;
- g) le fiancé et la fiancée (8) ;
- h) les pères et mères des époux et des fiancés de même que les époux et les fiancés des enfants (9) ;
- i) les beaux-pères, belles-mères et beaux-enfants à raison d'un second mariage (10) ;
- k) le patron et la patronne (11) ;

temps la procédure capitale eut généralement lieu devant un jury, il en résulte qu'on a, dans les lois antérieures à Sylla sur la *quaestio* de meurtre, réservé aux comices les affaires de *parricidium*. Cette conjecture est en outre commandée par ce fait qu'une trentaine d'années avant la loi de Sylla un cas de *parricidium* donna lieu à un débat devant les comices (I p. 201 n. 2)

(1) Le degré de parenté n'a ici aucune importance (*Dig.*, 48, 9, 3).

(2) Marcien, *Dig.*, 48, 9, 1 : *patrem matrem avum aviam*. Paul, 5, 24.

(3) Marcien, *loc. cit.* : *sed et mater, quae filium filiamve occiderit, ejus legis poena adfertur, et avus qui nepotem occiderit*. Dans la loi elle-même, les descendants n'étaient pas nommés.

(4) Paul, *loc. cit.* ; cette catégorie fait défaut chez Marcien.

(5) Marcien, *loc. cit.* : *patrum avunculū amitam [materteram]*.

(6) Marcien, *loc. cit.* : *fratrem sororem patrualem matrualem... consobrinum consobrinam*.

(7) Marcien, *loc. cit.* : *uxorem virum*.

(8) La loi doit avoir nommé le *sponsus*, la *sponsa* y était omise (*Dig.*, 48, 9, 3).

(9) Marcien, *loc. cit.* : *[socerum] generum socrum [norum]*. *Dig.*, 48, 9, 4 : *pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur*.

(10) Marcien, *loc. cit.* : *nitricum privignum privignam*. La marâtre était oubliée dans la loi (*Dig.*, 48, 9, 3).

(11) Marcien, *loc. cit.* : *patronum, patronam*. Paul, *loc. cit.* Le patronat acquis par succession était peut-être exclu.

L'innovation essentielle (1) de la loi de Pompée consista dans la suppression de la peine de mort conservée jusqu'ici pour le meurtre d'un proche et exécutée dans la forme de la submersion, et dans l'extension au *parricidium* (2) de la peine du bannissement qui était alors d'application générale pour le meurtre. Mais sous Auguste (3), comme sous Hadrien (4), (646) on appliqua de nouveau la peine de la submersion, non pas au *parricidium* en général, mais au meurtre de l'ascendant et Constantin a formulé expressément cette règle (5).

6. Incendie allumé par malveillance et crime commis à l'occasion d'un naufrage.

Incendio. La loi des XII Tables a vraisemblablement déjà assimilé l'incendie volontaire au meurtre (6), et la loi Cornélia a certainement visé ce délit (7). L'idée que cet incendie peut éventuelle-

(1) Pour les règles exceptionnelles appliquées à l'aveu, cpr. II p. 148 n. 1; pour celles relatives à la prescription, II p. 178 n. 4.

(2) *Dig.*, 48, 9, 1 : *lege Pompeia de parricidiis cavetur, si quis patrem... occiderit... ut poena ea teneatur, quae est lege Cornelia de Sicariis.*

(3) Suétone, *Aug.*, 33.

(4) *Dig.*, 48, 9, 9 cpr. 48, 19, 15 (II p. 348 n. 4). Paul, 5, 24. La constitution de Dioclétien (*Cod.*, 7, 18, 2) : *de latronum familia descendantibus ex largitione principali vel auctoritate fiscali servis factis retro principes libertatem denegari decreverunt*, n'est pas claire à cet égard. En parlant de personnes libres qui, étant issues d'une famille de voleurs, devaient tomber en esclavage pour la durée de leur vie, l'empereur semble avoir visé en première ligne les enfants et autres personnes qui suivaient les bandes de voleurs et qui étaient arrêtés avec elles; il a bien plutôt pensé à une complicité légère qu'à une pénalité à proprement parler héréditaire.

(5) *C. Th.*, 9, 15, 1 = *C. Just.*, 9, 17, 1 = *Inst.*, 4, 18, 6.

(6) Douze tables, 8, 9, Schöll [Girard, 8, 10] = Gaius dans le commentaire des douze tables, *Dig.*, 47, 9, 9 : *qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinculus verberatus igni necari jubetur, si modo sciens prudensque id commiserit.* Denys d'Halicarnasse, 5, 51 et Tite-Live, 26, 27, enregistrent des procès de ce genre contre des non citoyens.

(7) Ulpien, *Coll.*, 12, 5 : *incendiarius lex quidem Cornelia aqua et igni interdicti jussit.* Le même, c. 7, 2. *Dig.*, 48, 8, 1 pr. *Cod.*, 9, 1, 11. Cicéron, *Parad.*, 4, 31. Cicéron, *De n. d.* 3, 30, 74, mentionne un procès de ce genre. — La prétendue règle d'après laquelle l'incendie rentrerait comme tel dans la violence ne peut se déduire ni des textes de Paul, 5, 26, 3 ni des *Dig.*, 48, 6, 5, pr., où, comme le dit Ulpien, *Dig.*, 47, 9, 1, 2, on pense au *tumultus incendii*, c'est-à-dire au rassemblement que provoque ordinairement tout incendie, ni du fait que l'instruction ouverte à raison du meurtre de Clo-

ment mettre des vies humaines en danger a dû influencer sur ces mesures législatives. De même, on fit rentrer dans le champ d'application de la loi sur le meurtre les délits commis à l'occasion d'un naufrage, toutefois on ne peut établir d'une manière suffisante les éléments constitutifs de ces délits (1). Plus tard, pour tenir compte de la diversité de culpabilité, ces délits furent ordinairement réprimés par voie de procédure extraordinaire comme dommages qualifiés causés à la chose d'autrui; (647) il est donc plus rationnel d'en parler à propos de ces dommages.

Crime commis
à l'occasion
d'un naufrage.

Au point de vue de la procédure, nous n'avons sur l'institution peu connue des *quaestores parricidii* rien à ajouter à ce que nous avons dit dans l'introduction. Jusque vers l'époque des Gracques et même, pour le meurtre d'un proche, jusqu'au milieu du VII^e siècle, le peuple romain a dû s'accommoder de ce régime. Celui-ci, ne s'appliquant qu'au citoyen, a été complété en pratique par la coercition des détenteurs d'*imperium* qui s'exerçait sans limites dans la ville de Rome contre les non citoyens. Dans la procédure du jury dirigé par un magistrat, qui apparaît déjà vraisemblablement au début du VII^e siècle, il semble que la présidence de ce tribunal ait appartenu de bonne heure à un préteur (2); il y a même eu un préteur spécial pour cette question, sinon avant Sylla, au moins depuis lui (3). La fréquence des crimes rentrant dans la compétence

Formes
de la procédure
de meurtre.

dius (I p. 231 n. 4) embrasse en même temps que la violence l'incendie de la curie (Asconius, *In Mil.*, p. 37), car cette procédure repose sur une loi spéciale.

(1) *Dig.*, 47, 9, 3, 8 : *senatus consulto cavetur eos, quorum fraude aut consilio naufragi suppressi per vim fuissent, ne navi vel tibi periclitantibus opitulentur, legis Corneliae quae de sicariis lata est poenis adficiendos. Dig.*, 48, 8, 3, 4 : *qui naufragium* (qu'il faut vraisemblablement changer en *naufragum*) *suppresserit*. Il semble qu'on ait visé ici tout d'abord le fait d'empêcher par des violences (*supprimere* comme dans le *plagium*), l'équipage de renflouer un navire échoué; mais il est difficile que la portée du sénatus-consulte se soit restreinte à ce cas.

(2) Si le récit relatif à Tubulus est exact (I p. 233 n. 2), la *quaestio* pour meurtre a déjà été présidée par un préteur avant l'année 813-141.

(3) La loi Cornélie (*Coll.*, 1, 3, 1) transfère la direction de ce procès au

de ce jury a, semble-t-il, provoqué dès le début une organisation qui permettait de faire examiner en même temps plusieurs procès. Il est possible qu'on ait rencontré ici de bonne heure comme présidents de jurys, des *judices* de la *quaestio* dirigeant le jury, sans être magistrats, mais avec des pouvoirs analogues à ceux d'un magistrat (1). Plus tard, la présidence de ces procès fut donnée, en dehors du préteur, aux anciens édiles pendant l'année qui suivait leur sortie de charge (2). On ne peut établir d'une manière suffisante comment se faisait le partage des affaires au sein de la *quaestio*, il est vraisemblable qu'on s'attachait pour cela aux diverses catégories de délits. Le meurtre d'un proche paraît, depuis qu'il est renvoyé aux jurés, non seulement être examiné en dehors de l'ordre du rôle (3), mais être aussi réservé au préteur (4). En outre, la distinction du meurtre avec violence et du *veneficium*

praetor iudexve quaestionis, cui sorte obvenit quaestio de sicariis. St. R., 2, 201 n. 5 [Dr. Publ., 3, 230, n. 6].

(1) Asconius, *In Mil.*, 12, 32, p. 45 : L. Cassius (Longinus, tribun de la plèbe en 617/137, consul en 627/127)... *quotiens quaesitor iudicii aliojuz esset, in quo quaerebatur de homine occiso, suadebat atque etiam praecipat iudicibus... ut quaeretur, cui bono fuisset perire eum, de cujus morte quaeritur*; c'est précisément à raison de cette sévérité qu'il fut choisi en 641/113 comme juge d'instruction dans le procès des vestales. Ainsi s'explique qu'il s'appelle chez Cicéron (*Pro Sex. Roscio*, 30, 85) *quaesitor ac iudex*. Il est impossible de rattacher ces présidences fréquentes d'un *quaesitor* dans les procès de meurtre à une magistrature proprement dite dont il aurait été revêtu; il en résulte que le magistrat, présidant la *quaestio* permanente de meurtre, a dû avoir alors la possibilité de confier la direction du procès de meurtre à un particulier investi de droits analogues à ceux d'un magistrat.

(2) L'explication donnée dans le *St. R.*, 2, 586 sv. [*Dr. publ.*, 4, 293 sv.], sur le *iudex quaestionis rerum capitalium* (tel est le titre qui lui est donné dans l'inscription contenue au *C. I. L.*, V, 862), qu'on appelle ordinairement aussi *iudex quaestionis*, ne peut pas être reproduite ici. Nous avons montré à cet endroit qu'on ne le rencontre que dans les procès de meurtre et que, sans être directement issu d'une élection populaire, il a comme *aedilicius* le caractère et le pouvoir d'un magistrat.

(3) Cicéron, *De inv.*, 2, 19, 58. Pomponius est inexact, lorsqu'il nomme (*Dig.*, 1, 2, 2, 32) comme établies par Sylla les *quaestiones de falso, de paricidio, de sicariis*.

(4) Les deux seuls procès de ce genre, dont nous connaissons les présidents, celui contre Sex. Roscius et un autre (*Val. Max.*, 8, 1, *amb.* 1) sont dirigés par des préteurs (*St. R.*, 2, 201 n. 5 [*Dr. publ.*, 3, 230 n. 6]).

fut également prise en considération pour la répartition des affaires ; car, déjà avant l'époque de Sylla, les présidents des sections chargées de l'examen de ces affaires étaient distingués par la mention dans leur titre de celui de ces crimes dont s'occupait leur section (1). On a dû rencontrer ici plus de difficultés que dans d'autres *quaestiones* pour décider une personne à se charger du rôle odieux et souvent dangereux d'accusateur volontaire sans lequel ce tribunal ne peut fonctionner. La procédure du jury ne se restreint pas en droit au criminel citoyen romain, elle peut aussi être employée contre les non citoyens et les esclaves. On pourrait croire que ce fut surtout pour les procès de meurtre qu'on a dû fréquemment écarter l'application de cette procédure du jury si lente et beaucoup plus gênante pour le peuple que celle des comices. Mais cette conjecture ne concorde pas avec nos documents juridiques : non seulement le meurtre n'est pas nommé parmi les délits pour lesquels la procédure d'office a lieu sur simple dénonciation, mais l'admission de cette procédure pour le cas où un esclave dénonce le meurtrier de son maître (II p. 15 n. 6) paraît même exclure ici l'emploi de la procédure d'office comme forme régulière de procès. Ce fut seulement pour le cas fréquent et particulièrement dangereux du meurtre d'un maître par ses esclaves que des lois ordonnèrent des mesures spéciales pour accélérer le procès.

Procédure
de la *cognitio*.

Si le meurtre d'un maître par violence ou par empoisonnement est établi (2), quiconque néglige de former une ac-

(1) C. Claudius Pulcher, consul en 662/92, porte dans son *Elogium* (C. I. L., 1^o, p. 200) le titre suivant : *judex q(uaestio)nis veneficis, p(ra)ctor) repetundis*. Dans le dialogue *De deorum natura*, que Cicéron place dans les premières années qui suivirent la mort de Sylla, cet écrivain dit 3, 30, 74, après la citation d'une série de *quaestiones* spéciales : *haec quotidiana sicae, veneni, peculatus, testamentorum etiam lege nova quaestiones*. En 688, nous trouvons occupés dans cette *quaestio* trois anciens édiles : M. Placitorius et C. Flaminius *inter sicarios* (Cicéron, *Pro Cluentio*, 53, 147), Q. Volumnius Naso pour les *veneficia* ; il est vraisemblable que le préteur fonctionnait également comme président à côté d'eux. Cpr. *St. R.*, 2, 588 n. 2 et 3 [*Dr. publ.*, 4, 293, n. 1 et 2].

(2) Le meurtre par empoisonnement est ici inclus : *Dig.*, 29, 5, 22. *Cod.*, 6, 35, 9.

(649) **Devoir pour les héritiers d'intenter le procès de meurtre contre les esclaves.** accusation contre les esclaves de la victime est exclu de l'hérédité de cette dernière (1). On en écarte aussi (2) celui qui provoque l'ouverture du testament avant la clôture de l'instruction, parce qu'il rend ainsi les affranchissements contenus dans le testament efficaces et soustrait par suite les esclaves affranchis à l'interrogatoire avec application de la torture. Tout ce qui serait échu à cause de mort au violateur de ces règles tombe dans le patrimoine de l'État (3).

Procédure de cognitio en cas de meurtre du maître par ses esclaves. Lorsqu'un meurtre avec violence est commis contre un maître — le meurtre par empoisonnement est ici exclu (4) — et qu'une accusation n'est pas formée contre les esclaves (5), le préteur — vraisemblablement celui qui dirige la *quaestio* — intervient d'office (6) et ouvre la procédure en interrogeant les esclaves suivant les règles posées pour les personnes non libres. Subissent cet interrogatoire tant les esclaves de la vic-

(1) On ne peut penser ici qu'à la forme de l'accusation, dont l'application est également supposée dans le procès contre la domesticité servile rapporté aux *Dig.*, 29, 5, 25, *pr.*; car l'héritier testamentaire, visé ici en première ligne, ne peut avant l'ouverture du testament provoquer que de cette manière l'interrogatoire des esclaves du défunt. Le fait que la répression des esclaves peut être poursuivie par les héritiers du second degré (*Dig.*, 29, 5, 15, *pr.*), prouve qu'on ne tient pas compte ici de la puissance domestique.

(2) Peut-être seulement au cas de meurtre avec violence, bien que *Cod.*, 6, 35, 9 n'implique pas nécessairement cette restriction.

(3) Paul, 3, 5, 7. *Dig.*, 29, 5, 3, 2. 1. 9. 1. 13. 1. 15, 2. 1. 21, 1. 1. 26. *Cod.*, 6, 35, 1. c. 3. c. 6. c. 10. La confiscation du patrimoine échu à l'État a lieu naturellement, non par voie de procédure pénale, mais au moyen d'un procès fiscal (*Cod.*, 6, 35, 3).

(4) Paul, 3, 5, 2. *Dig.*, 29, 5, 1, 18, 21. 1. 20. 1. 27.

(5) La *cognitio* a dû être écartée, lorsqu'une accusation était faite dans la forme précédemment indiquée ou d'une autre manière. Il est impossible que la répression se soit étendue ici, comme dans la *cognitio*, à l'ensemble des esclaves, car l'accusateur devait viser des esclaves déterminés; il faut ajouter en outre dans le même sens qu'ordinairement le demandeur, en sa qualité de futur héritier, se causerait un préjudice en donnant une pareille extension à son accusation.

(6) II p. 13 n. 3. Papinien, *Dig.*, 1, 24, 1: *si a familia dominus occisus esse dicetur, cognitionem praetor, quam ex senatus consulto (d'après le sénatus-consulte Silanien de l'an 10 après J.-C.) habet, mandare non poterit.* Ulpien, *Dig.*, 29, 15, 1, *pr.*: *senatus consulta introducta sunt de publica quaestione a familia necatorum habenda.*

time que ceux de son époux, si elle est mariée (1). Même lorsque l'auteur du crime est connu, l'interrogatoire peut être continué afin de rechercher les complices (2). Puis, on procède à l'exécution capitale de tous ceux qui ont été reconnus complices, conformément aux règles signalées plus haut (II p. 347). (650)

Etant donnée la diversité des délits qu'embrasse cette *quaestio*, nous avons indiqué à propos de chaque catégorie la peine encourue. L'ancienne procédure répressive ne connaît pas d'autre peine que la mort ; les formes particulières de la mort par submersion (II p. 348 n. 1) ou par le bûcher (II p. 361 n. 3), qui apparaissent à titre isolé, ont été déterminées par la modalité du délit, tandis qu'ailleurs la fixation du mode d'exécution est laissée à l'appréciation des autorités répressives.

Répression
du meurtre.

La peine prescrite par la loi Cornélia est présentée comme étant une peine capitale (3). Cela est tout à fait exact, comme nous l'avons vu, pour le *parricidium*. Pour le meurtre avec violence ou par empoisonnement commis contre une autre personne qu'un proche et pour l'incendie, la peine se réduit à l'interdiction de l'eau et du feu. La répression fut la même pour le *parricidium* depuis la loi de Pompée. Mais cette interdiction pouvait être conçue comme une peine capitale en tant que la rupture de ban faisait encourir la peine de mort. Dans le système des peines plus sévères de l'époque impériale, on substitua également ici la déportation à l'interdiction pour les personnes de condition élevée, tandis qu'on appliqua aux personnes de condition inférieure la peine de mort, exécutée fréquemment dans les cas graves sous une forme rigoureuse.

Nous ne pouvons, abstraction faite de ce que nous avons

(1) Paul, 3, 5, 5. *Dig.*, 29, 5, 1, 15.

(2) Paul, 3, 5, 12.

(3) Loi Cornélia, chez Cicéron, *Pro Cluent.*, 54, 148 : *de quo ejus capite quaerito*. De là vient l'expression *praejudicium capitis* rapportée II p. 346 n. 2.

noté à propos des motifs du meurtre (II p. 341), exposer ici dans quelle mesure les peines légales que nous avons indiquées peuvent être mitigées ; on appliquera ici les règles générales que nous développerons à la fin du Livre V.

Le meurtrier, d'après le droit de l'époque républicaine, ne perd pas son patrimoine ; son testament reste même valable en droit (1).

(651) Quant à la privation de sépulture et à la restriction de l'honorabilité civique, nous n'avons qu'à renvoyer aux principes généraux posés dans le livre V ; aucune règle spéciale ne nous a été transmise pour les délits dont nous nous occupons ici.

(1) *Rhet. ad Her.*, 1, 13, 23 ; Cicéron, *De inv.*, 2, 50, 148. D'après le contexte, le testament de Malleolus, meurtrier de sa mère, est attaqué comme fait par une personne sans discernement (*furiosus*) ; d'où il faut conclure que le seul obstacle éventuel à la validité du testament ne pouvait être qu'une fiction comme celle qu'on rencontre pour le prodigue. Comme les demandeurs sont ici les héritiers *ab intestat*, la question de la vocation successorale n'est donc pas discutée. De même, ce que dit Cicéron (*De domo*, 27, 45) : *judicia populi (sunt ita) a majoribus constituta, ... ut ne poena capitis cum pecunia conjungatur* conduit au même résultat ; il faut seulement se rappeler que la confiscation du patrimoine qui atteint le *perduellis* déchu de son droit de cité, ne peut pas en droit être considérée comme une *poena*.

SECTION IV

(652)

VIOLENCE (VIS)

Vis est la force et notamment la force supérieure, la contrainte par laquelle une personne met une autre dans la nécessité physique de souffrir l'accomplissement d'un acte contraire à sa volonté ou exerce une pression sur la volonté de cette dernière pour la déterminer à une abstention ou à un acte en la menaçant d'un mal, donc en lui inspirant de la crainte (*metus*) (1).

Vis et metus.

(1) Ulpien (*Dig.*, 4, 2, 1) définit la *vis* une *necessitas imposita contraria voluntati*, le *metus* une *instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio* et ajoute avec raison que la vieille formule *vi metusve causa* contient un pléonasme et n'est pas, au point de vue de la notion qu'elle exprime, distincte de la formule postérieure *metus causa*. — A côté de cet usage ferme du mot *vis* (violence qu'Aulu-Gelle, 20, 10, 10, nomme *vis civilis et festucaria*, lorsqu'elle se présente comme une violence fictive dans les formalités de la *rei vindicatio*), on rencontre une signification affaiblie à laquelle les jurisconsultes eux-mêmes opposent la *vis* proprement dite sous le nom de *vis atrox* (*Dig.*, 4, 2, 1. 1. 3, 1. 43, 16, 1, 3) ou de *vis corporalis* (*Dig.*, 43, 16, 1, 29); le mot *vis* n'apparaît avec ce sens atténué que dans certaines formules fixes : dans le *vim feri veto* de l'édit *uti possidetis* et d'autres édits semblables et dans le nom de l'interdit *quod vi aut clam*. *Vis* signifie ici tout acte fait contre la volonté d'une personne : soit du préteur, dans le premier cas, soit de la personne intéressée dans le second ; tel est bien en effet le sens qu'on lui donne, lorsqu'on interprète la seconde formule par les mots *contra quam prohiberetur* (*Dig.*, 43, 24, 1, 5). Au fond, il y a là une ellipse logique ; la désobéissance par des actes à la volonté du préteur sert ici à désigner la désobéissance en général et la résistance par des actes à la volonté d'un tiers est employée pour désigner la résistance pure et simple ; dans ce dernier cas, on indique comme

Violence
permises.

La contrainte est, comme l'homicide, permise sous certaines conditions :

(653) 1. de la part du chef de la *domus* et du magistrat, dans la mesure où l'un et l'autre peuvent exiger l'obéissance ;

2. pour se défendre contre un acte délictuel : l'emploi de la violence permis à titre de défense, lorsqu'une personne voit sa vie menacée, l'est également au même titre en cas de vol, d'injure par voies de fait ou de toute autre attaque délictuelle ; mais, dans ces délits plus encore qu'en cas de péril pour la vie, la personne menacée ne doit pas dépasser les limites de la légitime défense et les excès commis sont en pareille matière plus sévèrement punis qu'ailleurs (1).

3. en cas de nécessité : notamment lorsqu'un incendie éclate (2) ou qu'un naufrage est à craindre (3), il est permis de dégrader ou de détruire le bien d'autrui dans la mesure où cela est nécessaire pour écarter le danger auquel on est exposé.

Mesures
législatives
contre
la violence.

L'idée de violence injuste n'apparaît pas comme une notion juridique indépendante au début du droit romain. Elle se fait jour tout d'abord en droit privé, en dehors de la théorie des délits et s'y présente dans deux applications qui, toutes deux, appartiennent aux règles du droit prétorien : en matière d'interdits possessoires et de *restitutio in integrum*. D'une part, par suite de la restriction du *furtum* aux meubles, le prêteur accorda assez rapidement au détenteur d'immeuble, dépouillé par violence de sa possession, un moyen de procédure, dont les

autre limite des actes défendus l'accomplissement d'un acte à l'insu de ce tiers (*clam*). Ces phrases qui se présentent dans une forme immuable et reçoivent des applications nettement déterminées doivent être négligées quand on veut fixer la valeur du mot dans le langage courant et en droit pénal.

(1) *Dig.*, 43, 16, 1, 27 : *vim vi repellere licere Cassius scribit idque jus natura comparatur; apparet... arma armis repellere licere*. 9, 2, 45, 4. 43, 16, 3, 9. l. 17. — On ne peut rien dire de plus précis ; aucune limite positive de cette défense ne nous est donnée par les textes et elle n'eut été justifiée ni en logique, ni en pratique.

(2) *Dig.*, 9, 2, 49, 1. 43, 24, 7, 4. 47, 9, 3, 7.

(3) *Dig.*, 19, 5, 14 *pr.*

effets pratiques étaient en substance identiques à ceux de l'action de vol, mais qui ne pouvait pas en droit pénal être considéré comme une action délictuelle (1). D'autre part, on posa la règle que tout acte de volonté, déterminé par la crainte (2), serait traité comme non avenue et que les conséquences juridiques qui en résultaient seraient annulées. Ici encore les débuts de l'institution remontent certainement à une époque reculée (3); mais cette *restitutio in integrum* a, en droit civil, un champ d'application plus large que la matière des délits. (654)

La notion de violence fut introduite en droit pénal simultanément dans la procédure des *quaestiones* et dans la procédure civile par les mesures législatives prises après la répression de la révolte de Lépide au début de 677/77, pour faire disparaître les répercussions fâcheuses de ce mouvement insurrectionnel. C'est à cette époque que fut promulguée la *lex Plotia de vi* (4), d'où sortit la procédure pénale publique rela-

(1) L'*interdictum unde vi*, dont la nature délictuelle (*atrocitatem facinoris in se habet* : *Dig.*, 43, 16, 1, 43; exclusion de la transmission aux héritiers *Dig.*, 44, 7, 35) a été obscurcie par son classement dans la théorie de la possession, est désigné par Cicéron comme ancien (*Pro Tullio*, 44 : *apud majores nostros*) et il apparaît déjà dans la loi agraire (l. 18) promulguée en 643/111. Le second interdit qui, d'après Cicéron dans son discours *Pro Tullio*, c. 46 prononcé en 683/71, aurait été ajouté vers cette époque, est sans doute l'interdit *de vi armata*.

(2) *Dig.*, 4, 2, 21, 5 : *quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui*.

(3) Edit du préteur, *Dig.*, 4, 2, 1 : *quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*. Tel que l'édit se présente à nous, il n'y a pas là un moyen de procédure extraordinaire. Quiconque affirme qu'il y a eu violence peut réclamer l'annulation des conséquences de cette violence qui lui sont préjudiciables. Il a la faculté de le faire, soit sous la forme d'une exception opposée à l'action fondée sur l'acte attaqué, soit par l'*actio vi bonorum raptorum* (II p. 381 n. 5). Quant à la question de savoir s'il y a eu violence ou non, elle est tranchée dans les deux cas, non par le magistrat, mais par le juré. Le caractère récent de la *restitutio* telle que nous venons de la décrire ressort non seulement de l'absence de la restitution effective du magistrat, mais aussi de l'altération essentielle subie par l'*actio vi bonorum raptorum* dans l'application qu'elle reçoit ici. Au début, la violence a certainement été traitée comme le dol; lorsqu'on affirmait qu'il y avait eu violence, le magistrat donnait, là où l'exception ne suffisait pas, une action extraordinaire après *causae cognitio*.

(4) Ont été accusés en vertu de la *lex Plautia* (ou *Plotia*) *de vi* : Catilina en 691/63 (*Sallusto, Cat.*, 31), puis, après sa chute, ses conjurés (*Pseudo-*

(655) tive à la violence et que le préteur pérégrin M. Terentius Varro Lucullus rendit un édit constamment maintenu depuis et d'où se dégagait le délit privé de *rapina* (1). Nous tenterons plus loin de préciser autant que cela est possible l'objet de ces deux actions pénales ; en substance, on peut dire qu'elles sont dirigées contre tout trouble de la paix publique commis en bande et que leur valeur pratique réside moins dans le champ d'application qu'elles embrassent, car les faits qu'elles répriment rentrent aussi en principe dans la notion de crime de lèse-majesté, que dans un changement et une accélération de procédure.

Cette catégorie de délits a été ensuite développée non pas par des lois spéciales faites pour elle, mais par les lois générales sur les jurys publics et privés promulguées plutôt par le dictateur César que par Auguste (2). Chacune de ces lois a

Salluste, *In Cic.*, 2, 3), parmi lesquels P. Cornelius Sylla (*Schol. Bob. sur Pro Sulla*, 33, 92, p. 368) ; un complice de Milon en 702 (Asconius, *In Mil.*, p. 55) ; M. Tuccius en 703/51 (Caelius chez Cicéron, *Ep.*, 8, 8, 4) ; cette loi est aussi mentionnée par Calvus chez Quintilien, 9, 3, 56. — La loi, d'après laquelle Caelius fut accusé en 698/56, est désignée par Cicéron comme loi *de vi*, *quam legem Q. Catulus armata dissensione civium rei publicae paene extremis temporibus tulit* (*Pro Caelio*, 29, 10). Elle a été par conséquent promulguée après que Q. Catulus eut, comme consul d'abord en 676/78, puis comme proconsul en 677/77, triomphé de l'insurrection de Lépide et elle est vraisemblablement la loi qui après la mort de Lépide amnistia ses partisans (Suétone, *Caes.*, 3 ; Aulu-Gelle, 13, 3). L'amnistie pour le reste des révoltés et la menace de poursuites criminelles pour le cas de nouveaux troubles sont deux dispositions qui s'accordent bien. Etant donné que d'après l'indication expresse de Cicéron (*loc. cit.*) les partisans de Catilina ont été jugés en vertu de la loi de Catulus, qu'en outre une loi en vigueur de 691/63 à 703/51 a dû nécessairement être appliquée en 698/56 et qu'enfin deux lois fondamentales n'ont pas pu être en vigueur en même temps pour la même *quaestio*, il faut en conclure que la loi *Plotia* est précisément celle de Catulus. Celui-ci, ne pouvant, comme proconsul procéder personnellement à la *rogatio*, aura comme chef du Sénat fait présenter le projet de loi au peuple par l'intermédiaire d'un tribun qui lui était subordonné ; mais il est vrai de dire que dans cette conjecture le *ferre* surprend.

(1) Cicéron, *Pro Tullio*, 9. M. Lucullus, consul en 681/73, était préteur pérégrin (Asconius, *In or. in tog. cand.*, p. 84), en 677/77 ou plus vraisemblablement en 678/78.

(2) Nous avons déjà exposé dans le Livre I (I p. 149) que la *lex iudiciorum publicorum* se confond avec la *lex Julia de vi publica* et la *lex iudicio-*

dù, soit dans ses clauses particulières, soit dans ses sanctions finales, qualifier de violences les actes qu'elle interdisait, puis les embrassant tous ensemble, les réprimer en les frappant d'une peine qui a été plus grave dans la *lex judiciorum publicorum* que dans la *lex judiciorum privatorum* (1). De là vient l'usage de désigner sous le nom de *vis publica* la violence défendue par la première de ces lois et sous le nom de *vis privata* celle qui est interdite par la seconde. Les *leges Juliae*, ayant repris le contenu de la *lex Plotia de vi*, reçurent, tant pour ce motif qu'à raison de leur portée générale contre les usurpations et les abus de force, le nom de *leges de vi*.

La notion de violence, telle que nous l'avons déterminée au début de la présente Section, doit maintenant être examinée dans ses applications en droit pénal, c'est-à-dire que nous devons grouper ici les délits prévus par la *lex Plotia* et par les deux *leges Juliae* et les délits réprimés par l'action *vi bonorum raptorum* établie par Lucullus. L'interdit *de vi* et la *restitutio in integrum* à raison d'actes provoqués par crainte ne peuvent pas, pour les motifs précédemment indiqués, être pris en considération en droit pénal, bien que la notion de violence sur laquelle ils se fondent soit la même que celle dont nous avons à nous occuper ici (2). La remarque, exacte pour toutes les catégories romaines de délits, que l'habitude

Eléments
de la violence
délictuelle.

(656)

rum privatorum avec la *lex Julia de vi privata*. On les trouve, par suite d'une inexactitude que le parallélisme des lois rend explicable, réunies sous le nom de *lex Julia de vi publica et (seu au C. Just.) privata* chez Ulpien (*Coll.*, 9, 2, 1) et dans la rubrique du *C. Th.*, 9, 10 = *C. Just.*, 9, 12; on trouve aussi *lex Julia de vi publico judicio* (*C. Th.*, 9, 20, 1 = *C. Just.*, 9, 31, 1; cpr. II p. 379 n. 1).

(1) Ulpien, *Dig.*, 48, 19, 32: *si praeses vel iudex ita interlocutus sit: « vim fecisti », si quidem ex interdicto, non erit notatus nec poena legis Juliae sequetur; si vero ex crimine, aliud est. Quid si non distinxerit praeses, utrum Juliae publicorum an Juliae privatorum? Tunc ex crimine erit aestimandum. Sed si utriusque legis crimina objecta sunt, mitior lex, id est privatorum erit sequenda.*

(2) *Dig.*, 43, 16, 1, 2: *ne quid autem per vim admittatur etiam (à côté de l'interdit de vi) legibus Juliis prospicitur publicorum et privatorum* (où aucune modification ne peut être faite; cpr. *Dig.*, 48, 19, 32; *Vat. Fr.*, 197, 198) *ne non et constitutionibus principum.*

de rédiger les lois sous forme de solution de cas particuliers masque et allère assez souvent les notions fondamentales, s'applique aux *leges Juliae*, où conformément au caractère vraiment général de ces lois, cette pratique est si largement suivie que toute notion fondamentale y disparaît presque complètement. Mais en outre, la notion délictuelle de violence s'étend, au moins dans l'ancien système juridique, plus loin que les *leges Juliae* et il arrive que pour des actes tombant sous le coup de ces *leges* la responsabilité de droit pénal soit écartée et que seuls les moyens de procédure du droit civil soient donnés (1). A vrai dire, on voit aussi se manifester au cours du développement du droit romain la tendance opposée grâce à laquelle les actions pénales des *leges Juliae* sont étendues à toute violence engendrant la responsabilité civile (2); on écarte du reste ici la règle en vigueur ailleurs, d'après laquelle, en cas de concours d'une action civile et d'une action criminelle fondées sur un même fait, la première ne peut être intentée avant la seconde (3). — Dans l'exposé qui va suivre, nous ne pouvons donner qu'une énumération de la série des cas particuliers rapprochés par l'identité de la loi pénale, par celle de la procédure

(1) Cela ne concorde pas, comme nous le montrerons plus loin, avec ce fait qu'antérieurement à Justinien l'action de violence la moins rigoureuse n'a été donnée, en cas de dépossession, qu'autant que celle-ci avait eu lieu à main armée, de telle façon par conséquent que la dépossession sans emploi d'armes était certainement une violence, mais ne faisait pas l'objet d'une répression criminelle. De même, les coups reçus ne rendaient l'action de violence possible que s'ils avaient été donnés *hominibus coactis* (Cod., 9, 12, 4); l'élément essentiel était donc l'attroupement et non la violence. Labéon conseille également, en cas de torture infligée injustement à un esclave, d'intenter non pas l'action de violence, mais celle d'injure (Dig., 48, 7, 4, 1).

(2) Ulpian, Dig., 50, 17, 152, pr. : *hoc jure utimur, ut quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publicae aut in vis privatae crimen incidat*. On trouve des applications de cette règle dans ce fait que l'action criminelle, comme nous le disons plus loin, fut permise dans tous les cas de dépossession, même s'il n'y avait pas eu emploi d'armes, de même que dans tous les cas de *bona vi rapta*. Le dol a été traité de la même manière, non pas par la législation romaine, mais par les jurisconsultes romains postérieurs, lorsqu'ils ont admis qu'il y aurait un crime de stellionat partout où le dol fondait une action privée délictuelle.

(3) Dig., 47, 2, 15. 48, 8, 2, 1.

ou par celle de la peine, en tenant compte également dans une mesure restreinte des extensions données à ces délits par voie d'analogie. — Quant aux deux *leges Juliae* qui, en fixant des sanctions diverses, semblent n'avoir fait qu'établir une gradation des peines, nous les combinons dans notre exposé de telle façon que pour les différents délits où la peine applicable est suffisamment indiquée, nous en donnons l'indication expresse, tandis que dans les cas où la peine encourue ne résulte que du classement du délit dans l'un ou l'autre des deux titres du Digeste qui traitent de cette matière, nous laissons au lecteur, étant donnée l'incertitude du criterium, le soin de tirer cette conclusion de la citation elle-même (1).

1. La loi Plotia (2) et les lois Juliae (3) sont principalement dirigées contre la sédition; elles se rencontrent donc à cet égard avec la *lex majestatis* (II p. 263 sv.) Toutefois la condition de résistance à l'autorité n'est pas exigée ici comme pour le crime de lèse-majesté et tandis que les procès de lèse-majesté sont surtout dirigés contre les incitateurs et les chefs du soulèvement, la *lex Julia de vi*, avec sa répression moins rigoureuse, frappe tous ceux qui ont pris part à la révolte (4). On mentionne comme délits de violence : les attroupements (5), le fait

Sédition.

(1) Dans les deux titres du Digeste 48, 6 *ad legem Juliam de vi publica* et 48, 7 *ad legem Juliam de vi privata*, les compilateurs de Justinien se sont manifestement proposé d'opérer des déplacements sans les accomplir; c'est ainsi qu'un même délit est indiqué dans l'une et dans l'autre catégorie sous des noms de jurisconsultes différents, mais en des termes littéralement identiques (Ulpien, 48, 6, 10, 1 = Scaevola 48, 7, 2). La conjecture d'après laquelle une même contravention aurait été visée par les deux lois est à plusieurs reprises suggérée par les textes du Digeste, mais elle ne serait conciliable ni avec la diversité de la peine, ni avec les indications plus dignes de foi de Paul, 5, 26.

(2) Cicéron, *Pro Cael.*, 1, 1, indique la tendance générale de la loi (II p. 373 n. 4) : *de seditiosis consccleratisque civibus, qui armati senatum obsederint, magistratibus vim attulerint, rem publicam oppugnarint... quaeri jubet*; 29, 70 : *de vi quaeritis : quae lex ad imperium, ad majestatem, ad statum patriae, ad salutem omnium pertinet*. Le même, *De har. resp.*, 8, 15 : *(lex) de vi... est in eos qui universam rem publicam oppugnassent*.

(3) L'étroite parenté de la loi Plotia et des *leges Juliae* se montre notamment dans les dispositions mentionnées II p. 378 n. 1 et II p. 380 n. 4.

(4) *Dig.*, 48, 7, 3, 1 : *nec minus hi qui convocati sunt eadem lege tenentur*.

(5) Paul, 5, 26, 3 : *qui coetum concursum turbam seditionem incendium fece-*

(658) de porter des armes dans les rues et sur les places publiques (1), la détention d'armes lorsqu'elle se présente comme un préparatif pour en mésuser (2), le fait de troubler ou d'entraver une inhumation (3). Ces délits ne sont, à notre connaissance, rangés dans la catégorie la plus grave, qu'autant que l'attroupement a eu lieu dans un but électoral (4) ou pour troubler des débats judiciaires (5) ; en règle générale, c'est la peine inférieure qui est appliquée (6). La dépossession violente, qui fonde les interdits prétoriens tendant au recouvrement de la possession perdue, appartient d'après l'ancien

rit, et de même chez Marcien, *Dig.*, 48, 6, 3 *pr.*, 5 *pr.* Ulpien, 48, 6, 40, 1 = Scaevola 48, 7, 2 : *qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur et pulsetur neque homo occisus sit.* — Nous exposerons, à propos des dommages causés à la chose d'autrui, que l'incendie en soi ne doit pas, sur le fondement des premiers textes ici cités, être rangé dans la violence, mais que ces textes ne visent que les rassemblements qui se produisent normalement en cas d'incendie. — Il est évident que la *rapina* commise en bande peut donner lieu à l'application de la *lex de vi* et c'est pour cette raison que la constitution contenue au *C. Th.*, 9, 28, 2 = *C. Just.*, 9, 12, 9 est placée dans cette dernière compilation sous la rubrique : *ad legem Juliam de vi.*

(1) Paul, 5, 26, 3 : *qui cum telo in publico fuerit, templa portas aliudve quid publicum armatis obsederit cinxerit clauserit occupaverit.* Marcien, *Dig.*, 48, 6, 3, 1 : *qui pubes cum telo in publico fuerit.* 48, 6, 40, *pr.* Cette règle vient de la loi *Plotia* (Asconius, *In Mil.*, p. 55 : *quod loca [publica] occupasset et cum telo fuisset* ; de même chez Cicéron, *Ad Att.*, 2, 24, 3, 4).

(2) Marcien, *Dig.*, 48, 6, 1 : *qui arma tela domi suae agrove inve villa... coegerit* ; *cpr.*, 48, 6, 2.

(3) Paul, *loc. cit.*, à propos de la *vis privata* : *qui funerari sepelirive aliquem prohibuerit funusve eripuerit turbaverit.* Marcien, *Dig.*, 48, 6, 5, *pr.* : *qui fecerit quo minus sepeliatur, quo magis funus diripiatur distrahatur.* Ambroise, *De Tobia*, c. 10 : *quoties vidi a feneratoribus teneri defunctos pro pignore et negari tumulum, dum fenus exposcitur.* *Cod.*, 9, 19, 6. *Nov. Just.*, 60, 115, 3. *Edit de Théodoric*, 75.

(4) Paul, 5, 30 A : *petiturus magistratus (c'est-à-dire des charges municipales) vel provinciae sacerdotium si turbam suffragiorum causa, conduxerit, servos advocaverit aliamvequam multitudinem conduxerit, convictus ut vis publicae reus in insulam deportatur.*

(5) Cela peut se déduire d'Ulpien, *Dig.*, 48, 6, 40 ; la comparaison de *Dig.*, 48, 7, 2, s'oppose à ce que l'on puisse faire rentrer avec certitude dans la catégorie des crimes graves tous les cas qui sont ici cités.

(6) D'après Dioclétien, *Cod.*, 9, 12, 4, celui qui a reçu des coups *hominibus coactis* agit en vertu de la *lex Julia de vi privata*. Paul, *Dig.*, 48, 7, 4, *pr.*, donne la même action, *cum coetum aliquis et concursum fecisse dicitur, quo minus quis in jus produceretur.*

droit à la catégorie inférieure de violence, lorsqu'elle a eu lieu à main armée (1); mais dans le droit de Justinien la dépossession à main armée donne lieu à l'action criminelle la plus sévère et la dépossession sans emploi d'armes à l'action criminelle la moins rigoureuse (2). — La peine criminelle est, tant d'après la *lex Plotia* (3) que d'après la *lex Julia de vi publica* (4), l'interdiction de l'eau et du feu, qui lors de l'aggravation postérieure des peines devint la déportation pour les personnes d'un rang élevé et la peine de mort pour celles de condition inférieure (5). Elle est, d'après la *lex Julia de vi privata*, la con-

(659)

(1) Paul, 5, 26, 3 : *lege Julia de vi privata tenetur, qui quem armatis hominibus possessione domo villa agrove dejecterit expugnaverit obsederit cluserit, idve ut feret homines commodaverit locaverit conduxerit*. Les constitutions de Dioclétien, *Cod.*, 8, 4, 4, 9, 12, 5, qui donnent d'une manière générale au dejectus l'action de la *lex Julia* la moins rigoureuse et la constitution de 378 *C. Th.*, 9, 20, 1 (= *C. Just.*, 9, 31, 1) : *per vim possessione dejectus si de ea recuperanda interdictio unde vi erit usus, non prohibetur tamen etiam lege Julia de vi publico judicio* (ce qui peut se rapporter aussi à la *lex Julia de vi privata*) *instituere accusationem* ne sont pas conçues en termes assez nets pour qu'on puisse en déduire l'extension de l'action criminelle au cas de dépossession sans violence à main armée. Une autre constitution de 395 (*C. Th.*, 2, 1, 8, altérée = *C. Just.*, 8, 4, 8) : *momentariae possessionis interdictum... non semper ad vim publicam pertinet vel privatam*, admet aussi en cas de dépossession, sous des conditions que nous ne connaissons pas, l'interdit plus rigoureux, mais il prouve en même temps qu'on n'autorise pas alors l'exercice de l'action criminelle pour toute dépossession, comme le permet Justinien. Il est impossible de restreindre avec Savigny (*Besitz*, p. 468 [Traité de la Possession, 7^e édit., trad. Staedtler, p. 406]) l'application de cet interdit au cas où le possesseur ne rentre pas par crainte sur le fonds qu'un tiers a occupé en son absence.

(2) Justinien exprime positivement cette règle aux *Inst.*, 4, 15, 6, et, dans le même sens, les textes du Digeste 48, 6, 3, 6, l. 4, concernant celui qui *hominibus armatis possessorem domo agrove suo aut navi sua dejecterit expugnaverit utive id staret (feret ?) homines commodaverit*, ont été insérés au Digeste au titre de *vi publica*.

(3) Cicéron, *Pro Sulla*, 31, 32. *Pro Sestio*, 69, 146.

(4) Cicéron, *Phil.*, 1, 9, 23. *Dig.*, 48, 6, 10, 2.

(5) Paul, 5, 26, t. *C. Th.*, 9, 10, 3. *Cod. Just.*, 9, 12, 7. *Inst.*, 4, 18, 8. Sont punis de la peine de mort les esclaves (*C. Th.*, 9, 10, 4 = *C. Just.*, 9, 12, 8) et aussi, d'après l'indication des *Digesta*, 48, 6, 10, 1, les hommes libres, lorsqu'une personne a perdu la vie par suite de violence. Constantin, *C. Th.*, 9, 10, 1 (= *C. Just.*, 9, 12, 6). 2 a même posé la peine de mort comme sanction générale, mais les lois postérieures rétablirent de nouveau la peine de la déportation. — La confiscation du patrimoine est impliquée dans cette peine; celle de la dot fait l'objet d'une indication spéciale : *Dig.*, 48, 20, 3.

(660) fiscation du tiers du patrimoine (1) et la perte de l'honorabilité civique et des droits qui s'y rattachent (2) ; à ces deux peines s'ajoutent plus tard la relégation pour les personnes de rang élevé et les travaux forcés pour celles de condition inférieure (3). Les *leges de vi* excluent en outre la prescription acquisitive en cas d'appropriation violente de même que cette prescription est écartée en cas de vol (4). — La situation respective des actions criminelles et des interdits *reciperandae possessionis* ressort de ce que nous avons dit. L'action criminelle moins rigoureuse eut, dans le droit antérieur à Justinien, le même champ d'application que l'interdit *de vi armata* et ce fait fut probablement la cause de la prompte désuétude de cet interdit ; le droit de Justinien donna l'action criminelle dans tous les cas de dépossession.

Détérioration
et appropriation
du bien d'autrui
avec violence.

2. Un édit du préteur Lucullus, presque contemporain de la loi *Plotia* et rendu dans le même but qu'elle, a introduit une action privée au profit de la victime en cas de dommage causé à la propriété d'autrui par des personnes agissant en bande. Ce délit privé se rattache dans sa forme originaire au *damnum* de la loi *Aquilia* (5) ; il est une aggravation de ce dernier par suite de l'adjonction des éléments de dol et d'attroupe-ment (6). L'appropriation, même lorsqu'elle a lieu avec vio-

(1) Paul, 5, 26, 3. *Dig.*, 48, 2, 12, 4. tit., 7, 1, *pr.* 1. 8. *Cod.*, 9, 12, 2.

(2) *Dig.*, 48, 7, 1, *pr.* 1. 8. tit., 19, 32. *C. Th.*, 9, 10, 4 = *C. Just.*, 9, 12, 8.

(3) Paul, *loc. cit.* La peine est modifiée dans l'Édit de Théodoric c. 75. 77.

(4) Gaius, 2, 45 = *Inst.*, 2, 6, 2 : *furtivam (rem) lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia* (sont également citées, mais dans un ordre inverse par Julien, *Dig.*, 41, 3, 33, 2). Le texte vise certainement ici deux lois, comme cela a également lieu chez Gaius, 1, 145 : *lege Julia et Papia Poppea* ; 4, 19 : *per legem Siliam et Calpurniam lege quidem Silita certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni re certa* ; 1, 185 : *lege Julia et Titia*.

(5) Dans sa forme la plus ancienne, que Cicéron nous présente dans son discours pour M. Tullius, le délit est réellement le *damnum legis Aquiliae* aggravé (c. 9. 41. 42) et à côté du *damnum datum* souvent mentionné (c. 7 et ailleurs) il n'est qu'une seule fois (c. 42) et incidemment question de la *rapina*. Dans les commentaires des juriconsultes classiques sur l'édit et dans les compilations de Justinien, ce délit est également réuni à l'*injuria*.

(6) *Vi hominibus armatis coactisve* (*coactisque* est incorrect ou une erreur

lence et en bande, ne rentre pas dans la notion fixée par l'édit ; elle n'est, dans l'ancien droit, traitée et punie que comme un vol. On n'a toutefois pas tardé à sentir l'impossibilité pratique de distinguer dans les délits commis en bande les détériorations et les appropriations (1) et on a été ainsi non seulement amené à introduire dans l'édit la mention de l'appropriation (2), on a même vu le dommage causé à la chose d'autrui passer au second plan derrière l'appropriation, ainsi que l'attestent le nom d'*actio vi bonorum raptorum* donné couramment à l'action (3) et les conceptions juridiques communément admises par les Romains en cette matière (4). On a encore détourné davantage cette action civile de sa portée primitive en supprimant de ses conditions d'exercice l'élément d'attroupement et en la donnant pour toute détérioration ou appropriation violente du bien d'autrui (5). La peine dans l'action privée, est, en dehors de l'indemnité du simple, le paiement à la victime du triple de

d'écriture), tels sont les termes de la plus ancienne formule (Cicéron, *Pro Tullio*, 7. 9. 12. 27. 39). Dans celle du Digeste (*Dig.*, 47, 8, 2, *pr.*), on a avec raison supprimé le mot *armati* comme superflu ; mais l'omission de *vi*, qui est intentionnelle, ainsi que le montre le commentaire (*Dig.*, 47, 8, 2, 7), dénature l'action.

(1) Ajoutez à cela que l'action établie par Lucullus tendait au *damnum dare* et l'action de vol au *damnum decidere* et qu'ainsi le juré fut porté à étendre également son jugement aux objets dérobés.

(2) *Dig.*, 47, 8, 2, *pr.* : *sive cujus bona rapta esse dicentur* est manifestement une addition.

(3) *Dig.*, 47, 8, 2, 17 : *haec actio vulgo vi bonorum raptorum dicitur*. Nous ne connaissons pas son nom technique ancien, mais celui de *damnum vi datum* pourrait lui convenir.

(4) Dans l'exposé de nos sources juridiques (Gaius 3, 209 ; *Dig.*, 4, 2, 14, 2. 13. 1. 10. 1. 47, 2, 81, 3. 1. 89), on ne se souvient plus aucunement que cette action a eu pour point de départ le *damnum vi datum*, elle s'y présente comme dirigée directement contre le *furtum violentum*, le *fur improbius* (Julien, *Dig.*, 4, 2, 14, 12 ; Gaius, 3, 209). Par là s'explique le nom et la place donnés à cette action dans les œuvres juridiques postérieures.

(5) Ulpien (*Dig.*, 47, 8, 2, 7) conçoit tout simplement les termes de l'édit, *hominibus coactis*, comme n'indiquant qu'un exemple : *ut sive solus vim fecerit sive etiam hominibus coactis sic accipere debemus*. À vrai dire le droit, notamment l'édit *quod metus causa*, réclame une action pour le cas où il y a purement et simplement détérioration violente du bien d'autrui (II p. 373 n. 3) et l'*actio vi bonorum raptorum* au quadruple a servi dans ce but (*Dig.*, 4, 2, 9, 7. 8. 1. 14, 1. 47, 2, 21, 7. 1. 48, 7).

cette indemnité (1), à la condition que l'action soit exercée dans le délai prétorien d'un an ; elle est du simple après l'écoulement de cette année. — La correspondance de la vis du droit privé avec celle du droit criminel (II p. 376) entraîne comme conséquence que l'action criminelle est également donnée, lorsque l'*actio vi bonorum raptorum* est possible (2).

(662) 3. Il semble qu'en partant de l'idée de rassemblement illégal les cas suivants aient été punis comme délits de violence par le droit civil ou le droit criminel.

Groupement
délictuel.

a) Les détériorations et appropriations du bien d'autrui commises à l'occasion d'une calamité publique — incendie, éroulement de maison, naufrage, piraterie — ont été assimilées par l'édit du préteur à la rapine et par conséquent frappées de la peine du quadruple du préjudice causé (3). Si le même délit est commis au cours d'une émeute (*turba*), le coupable encourt la peine du double (4). — On applique la peine de mort, lorsqu'au cours de l'émeute il y a eu violation

(1) Cicéron, *Pro Tullio*, 7, 41. Gaius, 3, 209. *Inst.*, 4, 6, 25. *Dig.*, 4, 2, 14, t. 1, 16, 1, 47, 8, 1, 1, 2, 13. *Cod.*, 3, 41, 4 (= *Édit de Théodoric*, 109). — Après que l'appropriation violente du bien d'autrui eut été comprise dans le champ d'application de cette action, ce délit fonda tant l'action de vol au double (en ce sens du moins *Dig.*, 47, 2, 89) que l'*actio vi bonorum raptorum* au quadruple; toutefois, si la première est intentée tout d'abord, la seconde n'est donnée que pour l'excédent (*Dig.*, 47, 2, 89). L'opinion contraire à la conception précédemment développée et d'après laquelle la rapine équivaudrait au *furtum manifestum* et pourrait par conséquent donner lieu à la réclamation d'une indemnité du quadruple (Papinien, *Dig.*, 47, 2, 81, 3) se heurte à la notion de vol flagrant; ce n'est pas la publicité du délit mais l'appréhension du coupable au lieu où le délit a été commis qui rend ce dernier flagrant (*Dig.*, 47, 2, 53. tit., 8, 1). L'opinion correcte a triomphé (*Inst.*, 4, 6, 19. *Dig.*, 4, 2, 14, 10. 39, 4, 9, 5). Quant à la combinaison de ces peines d'un multiple avec la revendication et la *condictio* du propriétaire, nous en traitons à propos du *furtum*.

(2) C'est ainsi que cette action fut admise en cas de vol avec effraction (*Dig.*, 47, 2, 21, 7) et qu'on désigne généralement comme *crimen publicum* l'appropriation violente du bien d'autrui (*Dig.*, 47, 8, 2, 24).

(3) Paul, 5, 3, 2. *Dig.*, 39, 4, 9, 5 : *per vim extortum cum poena tripli restituitur*; 47, 9, 1, *pr.* *Dammum dare et rapere* sont également réunis ici, mais naturellement le *rapere* passe ici encore au premier plan.

(4) Paul, 5, 3, 1. *Dig.*, 47, 8, 4, *pr.*

de domicile à main armée, notamment lorsqu'il y a eu blessure ou mort d'homme (1).

b) L'abus du droit d'association dans un but dangereux pour l'État a, déjà dès l'époque républicaine (2) et surtout sous le Principat (3), été compris dans la notion d'attroupement délictuel. (663)

c) Le sénatusconsulte Volusien, de date indéterminée, a fait tomber sous le coup de la *lex de vi* le fait de s'associer pour exercer une action et partager le profit qu'on espère retirer du procès (4).

4. On peut citer comme délits résultant de l'accomplisse-

Abus d'une charge ou d'un mandat public.

(1) Ulpian, *Dig.*, 47, 9, 1, 1 : *quamquam sint de his facinoribus etiam criminum executiones, attamen recte praetor fecit, qui forenses quoque actiones criminibus istis pr[oe]posuit.* Marcien, *Dig.*, 48, 6, 3, 2, 3 : *in eadem causa sunt, qui pessimo exemplo convocata seditione villas expugnaverint et cum telis et armis bona rapuerint; item tenetur qui ex incendio rapuerit aliquid praeter materiam.* Ces textes, dont la portée originaire se précise lorsqu'on les rapproche des indications de Paul citées ci-dessous, ont été placés au Digeste au titre de *vi publica*; par contre, la disposition du même genre rapportée aux *Dig.*, 48, 7, 1, 1 : *si quis ex naufragio dolo malo quid rapuerit* est donnée comme contenue dans la *lex de vi privata*. Mieux, Paul, 5, 3, 1 : *quod si ex hoc (au cas de turba) corpori alicujus, vitae membrisque noceatur, extra ordinem vindicatur... 3 : hi qui aedes alienas villasve expilaverint effregerint expugnaverint, si quidem id turba cum telis coacta fecerint capite puniuntur.* Cette procédure qui ne se fonde pas sur les *leges Juliae* est parente de celle qu'on observe d'après ces lois en cas de dépossSESSION, mais tandis que pour cette dernière il faut une prise de possession, il suffit ici d'une simple violation de domicile. La peine fut plus tard aggravée pour le cas de naufrage (*Dig.*, 47, 9, 3, 8, l. 4, l. 7).

(2) Sénatus-consulte de 696/38 chez Cicéron, *Ad Q. fr.*, 2, 3, 5 : *senatus consultum factum est, ut sodalitates decuriatique discederent lexque de iis ferretur, ut qui non discessissent, ea poena quae est de vi tenerentur*, ce qui du reste ne fut pas exécuté à cette époque. On exige ici qu'il y ait intention mauvaise ainsi que le prouve un sénatus-consulte du même genre de 690/64 (Asconius, *In Pis.*, 4, 8, p. 7 : *senatus consulto collegia sublata sunt, quae adversus rem p. videbantur esse*). La liberté d'association qui existe alors d'une manière générale n'exclut évidemment pas la punition des associations dangereuses pour l'ordre public.

(3) *Dig.*, 47, 22, 2 : *quisquis illicitum collegium usurpaverit, ea poena tenetur, qua tenentur qui hominibus armatis loca publica vel templa occupasse iudicati sunt.* Lorsque la loi eut restreint la liberté d'association, toute société qui ne faisait pas l'objet d'une exception tombait sous le coup de la loi pénale.

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

ment d'un acte de magistrature par un magistrat incompétent ou par un particulier les cas suivants :

a) L'abus des moyens de coercition contre un citoyen romain est, comme nous l'avons montré plus haut (II p. 348 sv.), traité d'après le droit primitif comme l'acte d'un particulier et par suite on punit comme meurtre la mise à mort ordonnée dans ces conditions et comme injure toute autre violation du droit accomplie dans ces circonstances. Par contre, toute injustice de ce genre est punie, non pas peut être par la loi *Plotia*, mais certainement par une *lex Julia* et même par la plus rigoureuse des deux, et si cette réforme est sans intérêt essentiel pour l'exécution capitale, il est au contraire théoriquement et pratiquement très important que l'arrestation, la torture et la correction du citoyen romain aient fait l'objet d'une répression criminelle (1). La loi ne s'étend pas au traitement injuste qu'un magistrat romain infligerait à un non citoyen.

b) Quiconque exige des prestations illégales est également exposé à une poursuite criminelle pour *vis publica* (2), mais il peut aussi être poursuivi par l'action privée au quadruple (3).

(664) c) Lorsque le publicain ou ses gens causent par leurs exactions un dommage à la propriété d'autrui (4), le publicain est

(1) Paul, 5, 26, 1, (d'après lui, Isidore, 3, 26, 6) : *lege Julia de vi publica damnatur, qui aliqua potestate praeditus civem Romanum antea ad populum [provocantem], nunc imperatorem appellantem necaverit necarive jusserit torserit verberaverit (condemnaverit est à rayer) in vi publica vincula duci jussuril.* Ulpien, 48, 6, 7. Marcien, *Dig.*, 48, 6, 8. Cpr. I p. 283 n. 2.

(2) Paul, *Dig.*, 48, 6, 12 : *qui nova vectigalia exercent, lege Julia de vi publica tenentur.* 39, 4, 10, pr. *Cod.*, 4, 62. D'après Modestin, au contraire, *Dig.*, 48, 14, 1 : *is qui novum vectigal instituerit, ex senatus consulto hac poena [Juliae ambitus] plectitur* — la peine encourue n'apparaît pas clairement — ce cas rentre dans la notion si complexe d'*ambitus*, à moins qu'il n'y ait ici une erreur de rédaction.

(3) Paul, *Dig.*, 39, 4, 9, 5 : *per vim vero extortum (par le fermier des impôts) cum poena tripli restituitur; amplius extra ordinem plectuntur; alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat.* Il semble d'après cela que ce cas n'ait pas été visé par la *lex Julia de vi* elle-même.

(4) La *vis* de cet édit (*Dig.*, 39, 4, 1, pr.) trouve son explication dans l'*illicite publice privatimque* (c'est-à-dire par les *officiales* ou d'une autre manière) *exactum* du texte de Paul *Dig.*, 39, 4, 9, 5, exprimant manifestement la même idée et où l'on oppose à cette perception injuste d'impôts

tout d'abord tenu de payer à titre d'indemnité le simple du préjudice causé (1), et s'il laisse s'engager une action contre lui, il doit payer le double (2). Lorsque l'accusation est dirigée contre un esclave du publicain, l'action est noxale, si l'esclave vit et est représenté au demandeur; si cette exhibition de l'esclave n'a pas lieu, le maître est tenu de fournir une indemnité complète (3).

d) Lorsqu'une contrainte injuste est exercée sur une personne pour l'amener à se charger d'une prestation d'argent en faveur d'une cité ou d'un particulier (4).

3. La privation violente de liberté (5), notamment l'enlèvement contre la volonté de la personne ravie (6) et le viol (7), tombe, même lorsqu'elle est commise vis-à-vis d'un esclave (8), non pas sous le coup de la loi Plotia (9), mais sous

Sequestration
et vi d.

Dig., 39, 4, 1, 2 sv., traitait comme étant de même nature que la *vis de* notre édit; elle est également déterminée par le texte de Modestin *Dig.*, 39, 4, 6. L'action qui est ici donnée est certainement délictuelle, car elle n'est possible contre les héritiers du coupable que jusqu'à concurrence de leur enrichissement (*Dig.*, 39, 4, 4, pr.); mais le fait que dans l'hypothèse présente la peine infligée est moins grave indique déjà qu'il y a une différence entre les deux sortes de *vis*.

(1) *Dig.*, 39, 4, 1, pr. 4. l. 5, pr.

(2) *Dig.*, 39, 4, 1, pr. 3. l. 5, 1. l. 9, 3.

(3) *Dig.*, 39, 4, 1, pr. 6. l. 2. l. 3, pr. 1. 13, 3.

(4) Ulpien, 48, 6, 10, pr. : *qui ludos pecuniamve ab aliquo invito polliceri publice privatimve per injuriam exegerit*. Marcien, *Dig.*, 48, 6, 5, pr.

(5) Marcien, *Dig.*, 48, 6, 5, pr. : *qui hominem dolo malo incluserit obsederit*. Paul, 5, 26, 3 : *qui quem... obsederit cluserit*. *Cod.*, 9, 12, 3. Edit de Théodoric 8. 9.

(6) Rapt de femmes : *Dig.*, 48, 6, 5, 2. *Cod.*, 9, 12, 3. tit. 13, 1, 5. Rapt de jeunes garçons : *Dig.*, 48, 6, 6. *Cod.*, 9, 12, 3. — L'enlèvement joue déjà un grand rôle chez les rhéteurs (par exemple, Quintilien, *Inst.*, 9, 2, 90).

(7) *Dig.*, 48, 3, 30, 9 : *eum qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae... publicam vim committere nulla dubitatio est*. 48, 6, 3, 4 : *punitur hujus legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit*. Edit de Théodoric, 60. 61. 63 cpr. 59.

(8) *Cod.*, 9, 20, 1 : *si per violentiam mancipium abreptum est, accusationem vis non prohibetur intendere*.

(9) D'après Cicéron, *Pro Cael.*, 30, 71 un tel cas était puni d'après la loi Plotia, bien qu'il n'y eût aucune disposition dans la loi à cet égard : *lege de vi certe non tenebantur*. Ce fait peut bien avoir produit l'extension. Lorsque d'après les ms. la *Rhet. ad Her.*, 4, 8, 12 dit : *in his qui violassent ingenuum, matremfamilias constuprassent, violassent* (la restitution est incertaine, *volnerassent* est impossible) *aliquem aut postremo necassent, maxima*

(663) celui de la *lex Julia de vi publica*. Le viol est même frappé de la peine de mort (1).

Injure faite aux
ambassadeurs. 6. L'injure faite à un ambassadeur étranger n'est plus réprimée par la vieille procédure de coercition devenue inapplicable (I p. 50), mais est punie comme *vis publica* (2).

Assistance
prêtée en cas
de rapturo
de ban. 7. Celui qui reçoit un condamné en rapture de ban n'est plus frappé de la peine de la mise hors la loi désormais tombée en désuétude; il est puni comme coupable d'une *vis publica* (3).

Violation
de sépulture. 8. Le besoin de donner, en cas de violation de sépulture, une action criminelle à côté de l'action civile dont il sera parlé à propos du dommage causé à la chose d'autrui, a poussé les jurisconsultes, au moins ceux de la fin du second siècle, à accorder l'action de violence pour réprimer les violations de sépulture, en rattachant d'ailleurs apparemment leur innovation au cas précédemment indiqué de perturbation violente d'une inhumation (II p. 378 n. 3) (4).

Justice privée. 9. Tombe enfin sous le coup de la *lex de vi* celui qui se fait justice à lui-même contrairement aux règles du droit, soit en prenant de sa propre autorité possession d'un objet dû (5), soit en saisissant comme garantie de sa créance un objet ap-

supplicia majores constituerunt, nous ne sommes pas en état de prouver l'existence de pareilles dispositions pour le viol.

(1) Paul, 2, 26, 12 = *Coll.*, 5, 2, 1 : *qui masculinum liberum invitum stupraverit, capite punitur*. Le même, 5, 4, 4 : *pulsatio pudoris* (= viol) *poena capitalis vindicetur*.

(2) Ulpion, *Dig.*, 48, 6, 7 : *item quod ad legatos oratores comitesve attinebit, si quis eorum pulsasse et sive injuriam fecisse arguetur*, où le texte est altéré, mais où le sens est clair.

(3) Paul, 5, 26, 3 : *qui eum cui aqua et igni interdictum est receperit cela-verit tenuerit*.

(4) Marcien, *Dig.*, 47, 12, 8 (cpr. 9) : *sepulcri violati crimen potest dici ad legem Juliam de vi publica pertinere ex illa parte qua de eo cavetur, qui fecerit quid, quo minus aliquis funeretur sepeliaturve, quia et qui sepulcrum violat, facit, quo quis minus sepultus sit*. On avait certainement remarqué que la loi visait la violence personnelle dirigée contre les inhumations et non celle qui était commise contre les tombeaux; mais on n'en a pas tenu compte, car on voulait infliger aussi dans ce second cas une peine criminelle.

(5) *Dig.*, 4, 2, 12, 1. 4, 2, 13 = 48, 7, 7.

partenant à son débiteur (1) ou à la femme de celui-ci (2).

Au point de vue de la procédure, il y a lieu de remarquer que la connaissance de l'action de violence n'est pas confiée à une *quaestio* spéciale, mais qu'elle reste dans la compétence du préteur urbain. La présidence du jury est donnée à un *quaesitor* nommé pour chaque cas concret et investi des pouvoirs analogues à ceux d'un magistrat (3). La procédure est rapide, et ce caractère est encore affirmé pour les deux *leges Juliae* postérieurement à Constantin (4); c'est ainsi que ces procès ne sommeillent ni pendant l'absence du préteur urbain (I p. 239 n. 3) ni pendant les vacances judiciaires (II p. 32 n. 4) et qu'ils sont examinés en dehors de l'ordre du rôle (II p. 73 n. 4).

Action
de violence.

(666)

Les peines ont été mentionnées à propos des différents délits.

(1) Paul, 5, 26, 4. *Cod.*, 9, 12, 3. Edit de Théodoric, 124.

(2) *Cod.*, 9, 12, 1.

(3) La disposition de loi sur laquelle repose cette pratique ne nous a pas été transmise, mais les différents cas particuliers que nous connaissons montrent que dans ces procès instruits par le préteur urbain la direction est transportée à un *quaesitor* qui, à l'instar des jurés, ne fonctionne que pour un seul procès (*St. R.*, 2, 584 sv. [*Dr. publ.*, 4, 290 sv.]) Ils ont dû recevoir en outre un pouvoir analogue à l'*imperium*, ainsi que l'exige la notion même de *judicium publicum* (I p. 240 n. 2).

(4) D'après la constitution de 395, *C. Th.*, 2, 1, 8 (altérée au *C. Just.*, 8, 4, 8) le préfet de la ville doit en cas de *vis publica* et de *vis privata* (et aussi en cas d'*interdictum unde vi*, lorsque celui-ci se fonde sur une *vis publica* ou *privata*) procéder immédiatement à l'examen de l'affaire, parfois même sans accusation proprement dite (*interdum etiam sine inscriptione*).

FAUX ET DOL

Le dol en droit pénal. — Nous devons traiter dans cette Section des faits punissables qui, à raison des caractères qu'ils présentent au point de vue moral, ont été en vertu d'une loi pénale ou d'une décision judiciaire traités comme délits indépendants dans la procédure publique ou privée, mais qui en même temps ne sont punis ni comme violence, ni en vertu d'une autre loi pénale. Le vieux droit pénal semble n'avoir connu que quelques cas isolés de ce genre. La loi de Sylla sur les testaments et la monnaie donne toute une liste de ces cas. En se servant du terme caractéristique de *falsum*, qui a donné le mot faux de nos langues modernes, la science postérieure du droit romain a embrassé toute la liste de ces délits et l'a à plusieurs reprises allongée. Ce mot, qui d'après son étymologie (de *fallere*) signifie tromperie et qui dans le langage courant désigne la tromperie malveillante par paroles ou par actes (1), peut s'appliquer aux délits les plus importants réprimés par cette loi et par ses extensions; mais cette appellation ne convient pas, du moins d'après l'usage du langage, à d'autres délits également visés par la même loi (2) et surtout celle-ci n'a, dans le domaine illi-

(1) Paul, *Coll.*, 8, 6, 1 : *falsum est quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur*. Justinien, *Nov.*, 73, *Praef.*, μηδὲν ἕτερον ἐστὶ παραποίησης εἰ μὴ τῶν ἀληθῶν μίμησις.

(2) La destruction d'un testament valable équivaut complètement et

mité de la tromperie dolosive, pris que quelques cas particulièrement dangereux pour la société. Il ne semble pas possible, en groupant les différents délits spéciaux punis en vertu de cette loi et de ses extensions, de dégager une notion générique du *falsum*; le « faux » du droit romain ne constitue une institution homogène qu'au point de vue de la procédure.

Le défaut que nous venons de signaler se retrouve plus accusé encore dans le droit pénal privé. L'action délictuelle de dol n'est donnée qu'autant que, d'une part, on affirme l'existence de faits d'ordre moral que le magistrat chargé d'organiser l'instance estime devoir faire l'objet d'une répression pénale et que, d'autre part, il ne soit pas possible d'assurer cette répression par un autre moyen. On a complètement renoncé à opérer en droit privé une fixation légale des cas particuliers de dol comme l'a fait le droit pénal public pour le faux; la question de savoir si l'action de dol est possible ou non est résolue dans chaque cas concret par une décision de justice. Il en résulte que le délit de dol n'est pas susceptible d'une définition positive et que la catégorie des actes qui fondent l'action de dol ne constitue pas en droit une liste limitativement arrêtée. — Par suite de la tendance du droit romain récent, déjà indiquée à propos du crime de violence (II p. 376 n. 2), et conduisant à joindre à toute action délictuelle donnée par le droit privé une action criminelle qui lui corresponde, l'action prétorienne de dol a donné naissance plus tard sur le terrain du droit pénal public au crime de stellionat.

(668)

Dol.

I. Loi des XII Tables.

Le droit du début de la République n'a pas entrepris de faire tomber sous le coup d'une prescription répressive générale le vaste domaine du faux et du dol; pendant de longs siècles, il n'y a pas eu d'autre moyen de procédure que les ac-

Cas particuliers
visés par le très
ancien droit
pénal.

naturellement à la supposition d'un testament faux et cependant elle n'est pas un faux. C'est vraisemblablement pour cela que Marcien, *Dig.*, 48, 10, 1, 13 parle de la *poena falsi vel quasi falsi*.

tions civiles non délictuelles qui étaient parfois possibles en pareille matière. Mais de même que dans le domaine des offenses commises vis-à-vis d'un particulier le droit des XII Tables a frappé de la peine capitale un des cas les plus graves, il a également, d'après l'état actuel de nos connaissances, réprimé ici par la même peine trois actes de tromperie particulièrement dangereux pour la société : le faux témoignage (1), la corruption dans la procédure judiciaire (2) et l'achat des voix pour une élection (3). De ces trois affaires capitales, la première appartient certainement à la procédure civile (4); il en est vraisemblablement de même pour les deux autres. Comme en cas de vol, ce n'est pas le magistrat qui intervient de sa propre autorité, mais le citoyen lésé (5) qui intente l'action devant le préteur; la décision appartient non pas au peuple, mais au juré; l'exécution n'est pas assurée par

(1) *Loi des XII Tables*, 8, 23, Schöll [*id.* Girard] (= Aulu-Gelle, 20, 1, 53) : *si... nunc quoque ut antea qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e suo Tarpeio deiceretur*. On rattache avec raison à cette règle le fait que la loi des XII Tables prenait les mesures les plus sévères pour sauvegarder la sainteté du serment (Cicéron, *De off.*, 3, 31, 111). Le faux témoignage est aussi un crime capital d'après le droit de la guerre (Polybe, 6, 37, 9 : *εὐλοκοπέται... ὁ μαρτυρήσας ψευδῆ*). Il faut séparer du faux témoignage dont il est ici question celui qui a lieu dans un procès capital et qui est réprimé par l'action publique de meurtre (II p. 352 n. 1. 2).

(2) *Loi des XII Tables*, 9, 3 Schöll [Girard, *id.*] (= Aulu-Gelle, 20, 1, 7) : (*lex*) *judicem arbitrumve jure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus erit, capite poenitur*.

(3) Polybe, 6, 36 : *παρὰ μὲν Καρχηδονίοις δῶρα φανερώς δίδοντας λαμβάνουσι τὰς ἀρχάς, παρὰ δὲ Ῥωμαίοις θάνατός ἐστι περὶ τοῦτο πρόστιμον*. Le renseignement donné par Plin., *H. n.*, 35, 12, 162 sans indication de temps se rapporte peut-être à cette question. *Q. Coponium invenimus ambitus damnatum, quia vini amphoram dedisset dono ei cui suffragi latio erat*. Le récit de Tite-Live, 9, 26 pour l'année 440/314 et relatif aux *coitiones honorum adipiscendorum* et au dictateur nommé « en vue d'instructions criminelles » (*quaestionibus exercendis*) peut se rattacher à des événements de ce genre, mais, tel qu'il se présente à nous, il est visiblement calqué sur la procédure des *quaestiones* de l'époque postérieure et est par conséquent sans valeur historique.

(4) Nous montrerons dans le Livre V que la peine de mort ne s'exécutait en précipitant le coupable du haut de la roche Tarpéienne qu'autant que la condamnation à mort n'émanait pas d'un magistrat.

(5) En cas d'*ambitus*, le demandeur sera le candidat auquel l'achat d'une voix a été préjudiciable.

le magistrat, mais par le demandeur qui a triomphé. Toutes ces procédures sont rapidement tombées en désuétude; la principale raison en a été sans doute la suppression, vraisemblablement opérée de bonne heure par la coutume, de la peine capitale dans l'action privée délictuelle. — Pour l'époque postérieure à la loi des XII Tables, mais antérieure au temps de Sylla, nous avons par hasard connaissance de différentes lois spéciales qui répriment certains cas de faux et de dol et que nous citerons plus loin, mais un grand nombre de lois du même genre sont disparues sans laisser aucune trace : il n'y a pas eu avant Sylla de dispositions générales promulguées en notre matière.

2. Faux en matière de testament et de monnaie et délits analogues.

De même que la loi de Sylla contre les *sicarii* et les *venefici* fut vraisemblablement provoquée par la fréquence des méfaits de gens de cette espèce à cette époque de dépravation, il est probable que des motifs analogues ont déterminé la promulgation de l'autre loi de Sylla contre les injustices en matière de testament et de maniement d'argent, c'est-à-dire de la *lex Cornelia testamentaria nummaria* (1) appelée d'habitude simplement *lex Cornelia testamentaria* (2) et désignée plus tard sous le nom de *lex Cornelia de falsis*. (3). Celle-ci est restée dans la suite l'acte fondamental en cette matière, mais différentes dispositions particulières ont allongé d'une manière importante la liste des cas qui tombent sous le coup de cette loi. (670)

(1) Cicéron, *Verr.*, I, 4, 42, 408.

(2) Cicéron, *De n. d.*, 3, 30, 74 (I p. 227 n. 2), entretien qui se place en l'année 676/78, cite parmi les *quotidianae quaestiones* la *testamentorum lege nova quaestio*. Paul, 5, 25, 4 = *Coll.*, 8, 5, 1. c. 7, 1. *Dig.*, 47, 11, 6, 1. 48, 1, 1. *Inst.*, 4, 18, 7. On emploie fréquemment l'expression *lex Cornelia* sans aucune addition (Tacite, *Ann.*, 14, 40; Suétone, *Aug.*, 33 et ailleurs).

(3) *Inst.*, 4, 18, 7 : *lex Cornelia de falsis, quae etiam testamentaria vocatur*. Ailleurs, *lex Cornelia de falsis (falso C. Th.)* : Paul, 1, 12, 1, 4, 7, 1. *C. Th.*, 9, 19 = *C. Just.*, 9, 22. *Dig.*, 48, 10.

Nous avons déjà dit que la loi n'a pas indiqué de notion générique des délits qu'elle réprime et qu'on ne peut déduire cette notion du nom de *lex Cornelia de falsis* donnée plus tard à cette loi. Celle-ci établit une procédure fixe et une peine légalement déterminée pour un certain nombre d'actes qui jusque-là, dans la mesure où une loi répressive les avait atteints, n'avaient pu être punis que par application de la notion vague de crime d'État ou bien encore ça et là en vertu d'une loi spéciale; elle élargit donc d'une manière importante et d'une façon durable le champ d'application du droit pénal ordinaire (1), sans que naturellement ces mesures nuisent à la répression de ces actes par le droit civil (2).

Ces délits n'existaient en général qu'autant que l'acte répréhensible avait été accompli; les simples préparatifs n'étaient pas réprimés par la *lex Cornelia* (3).

Nous devons maintenant réunir par groupes les actes qui ont été prohibés par la loi Cornélia ou par les élargissements qu'elle a reçus.

Faux en matière
de testament.

I. Délits relatifs aux testaments et aux titres.

1. Destruction illégale d'une disposition de dernière volonté (4).

(1) Cicéron, *Verr.*, I, 1, 42, 108 se sert de la loi comme exemple pour prouver que les actes visés par elle n'ont fait l'objet d'aucune répression criminelle jusqu'au jour où elle est entrée en vigueur (*ut quod semper malum facinus fuerit, ejus quaestio ad populum pertineat ex certo tempore*). L'action établie par la *lex Cornelia nummaria* a été précédée par une action d'amende analogue (II p. 395 n. 1); mais celle-ci n'est pas une *quaestio*.

(2) *Cod.*, 9, 22, 5. c. 9. c. 11. c. 16.

(3) En cas de crime relatif à la monnaie, on a peut-être procédé autrement, du moins pendant la dernière période; car, à cette époque, celui qui s'amende avant la complète réalisation de l'acte échappe à la peine. (*Dig.*, 48, 10, 19, pr. : *qui falsum monetam percusserint, si id [lire in] totum formare noluerunt, suffragio justae paenitentiae absolvuntur*). Mais il est probable que le fait, postérieur à la loi *Cornelia*, de traiter ce délit comme crime d'État a exercé une influence en ce sens.

(4) *Delere* (Paul, 4, 7, 1. 2. 3. 5, 25, 1. *Dig.*, 48, 10, 2) — *abolere* (*Dig.*, 48, 10, 26) — *supprimere* (Paul, 4, 7, 1. 2. 3. 5, 25, 1) — *amovere* (Paul, 4, 7, 1. 5, 25, 1. *Dig.*, 48, 10, 2. *Cod.*, 9, 22, 14) — *celare* (*Dig.*, 48, 10, 2. *Cod.*, 9, 22, 14) — *non proferre* (Paul, 4, 7, 4) — *subripere* (*Dig.*, 48, 10, 16, pr.), — *eripere* (*Dig.*, 48, 10, 2). Le testament perd également toute sa valeur, lorsqu'on l'ouvre

2. Supposition d'une disposition de dernière volonté fausse (1) (671) ou production d'une disposition de ce genre qu'on sait fausse (2).

3. Equivaut à la supposition l'apposition de sceaux sur un testament faux et la destruction illégale des sceaux d'un testament vrai (3).

4. D'après un sénatus-consulte qui date peut être de l'an 16 après J.-C. (4), celui qui dans un testament inscrit une disposition en sa faveur ou au profit du chef de sa *domus* ou d'une personne en sa puissance ou en la puissance du chef de sa *domus*, est, abstraction faite de la nullité de la disposition, puni sans aucune autre preuve de mauvaise intention comme falsificateur de testament. Cette peine ne s'applique pas, lorsque celui qui a écrit était sous la puissance du testateur ou lorsque ce dernier a confirmé l'écrit de sa propre main (5).

pendant la vie du testateur : *aperire* (Paul, 5, 25, 7. *Dig.*, 48, 10, 1, 5) — *resignare* (Paul, 4, 7, 1. 5, 25, 1. 7. *Dig.*, 48, 10, 2) — *recitare* (Paul, 5, 25, 7). La destruction d'un testament nul n'est pas punissable (*Dig.*, 48, 19, 38, 6) et bien qu'en général tout titre qu'on prétend être un testament doit être représenté par le détenteur à celui qui veut s'appuyer sur cet acte pour faire valoir des droits (*Dig.*, 43, 5, 1, *pr.*), le divertissement d'un testament ne peut donner lieu à une répression d'après la loi Cornélia contre celui qui est en état de prouver que cet acte a eu lieu de bonne foi.

(1) *Subicere* (Paul, 4, 7, 1. 2. 5, 25, 1. *Dig.*, 48, 10, 2. *Inst.*, 4, 18, 7) — *scribere* (Paul, 4, 7, 1. 5, 25, 1. *Dig.*, 47, 11, 6, 1. *Inst.*, 4, 18, 7) — *interlinere* (*Dig.*, 48, 10, 2).

(2) *Recitare* (Paul, 4, 7, 1. 5, 25, 1. 9. *Dig.*, 47, 11, 6, 1. 48, 10, 2. *Inst.*, 4, 18, 7. Edit de Théodoric, 29, 30). Quiconque a fait usage d'un testament falsifié par un autre échappe à toute peine s'il renonce ensuite à se prévaloir de l'acte faux. (*Cod.*, 9, 22, 8).

(3) Paul, 5, 25, 1 : *qui... signum adulterinum sculperit fecerit expresserit amoverit reseraverit* — *signare* : Paul, 4, 7, 1. *Dig.*, 47, 11, 6, 1. 48, 10, 30. *pr. Inst.*, 4, 18, 7. Suétone, *Aug.*, 33.

(4) Le consul Libo, sous lequel ce sénatus-consulte fut rendu, est peut-être celui de l'an 16 après J.-C. La procédure fut réglementée par un édit de Claude (*Dig.*, 48, 10, 14, 2. 1. 15, *pr.*), et d'autres dispositions furent encore promulguées à cet égard sous Néron (Suétone, *Ner.*, 17, où ces dernières mesures sont indiquées comme étant le début des réformes à cet égard).

(5) *Dig.*, 26, 2, 29, 34, 8, 1. 5. 48, 10, 1, 7, 8. 1. 4-6. 1. 10. 1. 11. 1. 14. 1. 15. 1. 17. 1. 18. *Cod.*, 9, 23. *Cpr. Cod.*, 6, 23, 22. Quant à la question de savoir si la peine s'applique ou non, lorsque la disposition testamentaire est nulle pour une autre raison, elle est résolue en sens différents par les jurisconsultes (*Dig.*, 48, 10, 6, *pr.* 1. 22, 4).

La peine ne peut être remise que par voie de grâce (1).

(672) 5. Un sénatus-consulte du début de l'époque impériale (2) a étendu (3) à la destruction des titres vrais (4), à la supposition de titres faux (5) ainsi qu'à la confirmation par témoins de titres faux (6) les règles posées pour les testaments. Cette extension a eu lieu pour les titres privés et publics de toute sorte, notamment pour la production de faux ordres des autorités (7). Ces faux sont toutefois moins sévèrement punis que ceux relatifs aux testaments (8).

Faux en matière
de titres.

(1) *Dig.*, 48, 10, 15 *pr.* : *ne vel iis venia daretur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant. Cod.*, 9, 23, 3 : *veniam deprecantibus... raro amplissimus ordo vel divi principes veniam dederunt*. On présume donc ici qu'il y a eu dol. Il est naturel par contre que des demandes de grâce aient été fréquemment présentées (*Dig.*, 48, 10, 5. 1. 6, 3. 1. 15, 1. 5. *Cod.*, 9, 23, 2. 1. c. 4. c. 5. c. 6).

(2) Ulpian, *Coll.*, 8, 7, 1.

(3) Paul, 3, 25, 1, 5. *Dig.*, 48, 10, 9, 3. 1. 16, 2. *Cod.*, 4, 21, 2. *Inst.*, 4, 18, 7. La modification après coup d'un acte reçu par le magistrat auquel il a été remis est une falsification de titre (*Dig.*, 48, 10, 1, 4).

(4) *Delere* (Paul, 3, 23, 5. *Cpr.* Edit de Théodoric 90. *Dig.*, 48, 10, 16, 2) — *intercidere* (*Dig.*, 48, 10, 23) — *celare* (*Dig.*, 48, 10, 16, 2) — *subripere* (*Dig.*, 48, 10, 16, *pr.* 2). Le fait d'ouvrir (*resignare* *Dig.*, 48, 10, 16, 2) ou de copier un acte (*describere* *Dig.*, 48, 10, 23) peut, dans certains cas, donner lieu à l'application de cette loi.

(5) *Subicere* (Paul, 3, 23, 5. *Dig.*, 48, 10, 16, 2) — *subscribere* (Paul, 3, 23, 5) c'est-à-dire déclarer faussement dans la formule finale qu'on a écrit l'acte de sa propre main — *Mutare* (Paul, 3, 23, 5).

(6) Ulpian, *Coll.*, 8, 7, 1 = *Dig.*, 48, 10, 9, 3 : *qui quid aliud quam testamentum sciens dolo malo signaverit signarive curaverit. Dig.*, 48, 10, 16, 1.

(7) Constitutions impériales : *Dig.*, 48, 10, 33. *Cod.*, 9, 22, 3. La constitution du *Cod. Th.*, 9, 19, 3, interdisait aux autorités inférieures de se servir de l'écriture spéciale aux actes impériaux pour rendre plus difficiles les falsifications. Ordres d'autres autorités : Paul, 3, 23, 9. *Dig.*, 48, 10, 25, 1. 32 *pr.* — Plus ancienne que cette action criminelle est l'action populaire d'amende qui protège l'album du préteur (*Dig.*, 2, 1, 7) et à côté de laquelle on voit aussi s'appliquer une peine criminelle extraordinaire (Paul, 1, 13 A, 3). L'*actio in factum poenalis*, qui est donnée dans certains cas (*ex causa*) à côté de l'action criminelle de faux pour supposition d'ordres de magistrat (*Dig.*, 48, 10, 25), est analogue à cette action populaire.

(8) *Dig.*, 48, 10, 16, *pr.* : *instrumentorum subreptorum crimen non esse publici iudicii, nisi testamentum alicujus subreptum arguatur*. Le simple usage de faux titres ne fait pas par lui-même et à lui seul encourir une peine criminelle (Paul, 1, 12, 3; *Dig.*, 48, 10, 31). Celui qui par dol lit un faux document dans une assemblée municipale est légèrement puni (*Dig.*, 48, 10, 13, 1); toutefois Paul n'admet pas cette bénignité, 3, 23, 9 : *qui falsis*

II. Délits relatifs aux métaux précieux et à la monnaie.

Falsification
de métaux
et de monnaies.

Les actes malhonnêtes accomplis dans les affaires d'argent n'ont fait pour la première fois, à notre connaissance, l'objet de prescriptions spéciales qu'à l'époque de Marius à la suite des troubles monétaires de cette période; nous ne savons même à cet égard qu'une seule chose, c'est qu'un édit du préteur Marius Gratidianus établit une action pénale pour réprimer cette catégorie d'injustices (1). La loi *Cornelia* et les lois postérieures visent les cas suivants :

(673)

1. Introduction par alliage d'une masse de métal de moindre valeur dans un lingot d'or servant comme valeur d'échange (2) de même que toute manipulation analogue relative à des métaux précieux (3);

2. Dépréciation de la monnaie du pays par rognure ou toute autre manipulation semblable (4);

instrumentis actis epistulis rescriptis sciens dolo malo usus fuerit, poena falsi coercetur.

(1) *Judicium cum poena* : Cicéron, *De off.*, 3, 20, 80. Pline, *H. n.*, 33, 46, 132 se trompe, lorsqu'il fait de cette mesure une loi. Sur les désordres qui régnèrent alors dans la circulation de la monnaie (Cicéron, *loc. cit.* : *jacitabatur illis temporibus nummus sic ut nemo posset scire quid haberet*) et qui furent vraisemblablement provoqués par la mise en circulation de la part de l'État de deniers simplement plaqués d'argent à côté de deniers réellement d'argent, cpr., mon *Röm. Münzwesen*, p. 388. [*Hist. Mon. Rom.*, trad. de Blacas, t. 2, p. 81 et sv.] Une réforme pratiquement plus importante que la création de cette action pénale fut sans aucun doute l'établissement à Rome d'essayeries pour faciliter au public la recherche de la pureté ou de la fausseté de chaque pièce de monnaie.

(2) Loi Cornélia : *Dig.*, 48, 10, 5, *pr.* : *qui in aurum vitii quid addiderit*. Dans les derniers siècles de la République, on se sert principalement comme instrument d'échange de l'or au poids; la monnaie d'or n'est usitée que dans une mesure insignifiante. La disposition de la loi Cornélia dont il est ici question vise en première ligne cet or qui circule en lingots ou sous la forme d'ustensiles. Mais il faut certainement restreindre la portée de cette loi en ce sens qu'elle n'embrace pas tout alliage de l'or, mais seulement l'alliage de celui qui est destiné à circuler comme or fin à peser. Il semble que cette loi ne se soit pas préoccupée de l'alliage de l'argent, étant donné que ce métal ne circulait guère que monnayé. Pour plus de détails v. mon *Röm. Münzwesen*, p. 402 [*Hist. Mon. Rom.*, t. 2, p. 110.]

(3) Paul, 5, 25, 5 : *qui cum argentum aurum operteret (poneret : manuscrit) ac stannumve subjecerit*. Les mots *qui inauraverit argentaverit* qui précèdent paraissent être une glose. Edit de Théodoric, 90.

(4) Paul, 5, 25, 1 : *qui nummos aureos argenteos... raserit corruperit vitia-*

3. Fabrication à titre privé de pièces de monnaie imitant celles de la monnaie du pays (1), même si elles ont la même valeur intrinsèque que ces dernières (2);
- (674) 4. Emploi conscient de fausse monnaie (3);
5. Refus de pièces de monnaie d'empire qu'on sait bonnes (4);
6. Pour remédier à l'agiotage provoqué à l'époque postérieure par la différence de cours entre la valeur fiduciaire et la valeur réelle, on a plus tard fixé une mesure aux envois de menue monnaie et menacé d'une peine tout contrevenant (5).

Des statuts locaux, tels que celui de la ville de Mylasa en Carie datant de l'époque de Septime Sévère, réglementent les opérations de change, souvent traitées comme un monopole, et frappent tous ceux qui contreviennent à leurs dispositions de

verit. Dig., 48, 10, 8 : quicumque nummos aureos... raserint. C. Th., 9, 22, 1. Edit de Théodoric 90.

(1) Loi Cornélia, *Dig., 48, 10, 9, pr. : qui argenteos nummos adullerinos flaverit. Paul, 5, 25, 1 : qui nummos aureos argenteos adulteraverit laverit conflaverit. Dig., 48, 10, 8 : quicumque nummos aureos... tinxerint vel finxerint.* Le procédé ordinaire de faux monnayage n'est pas la contrefaçon dans la frappe (*falsam monetam percutere* : Paul, *Dig., 48, 10, 19*), mais dans le coulage (*nummum falsa fusione formare* : *C. Th., 9, 21, 3*; cpr. *Röm. Münzwesen*, p. 748 [*Hist. Mon. Rom.*, t. 3, p. 15.]) et c'est ce que visent les mots *conflare* et *fingerere*. Par contre, le sens des mots *lavere* et *fingerere* n'est pas clair; la fabrication de fausses monnaies anciennes par l'application de feuilles d'or ou par la dorure est un fait qui n'arrive pour ainsi dire jamais.

(2) C'est à la contrefaçon, réalisée par coulage, de la menue monnaie postérieure sans valeur de métal, qu'on appelle dans le langage technique du nom de *pecuniae*, que se rapportent le passage de Firmicus, *Math.*, 6, 31 (p. 180, éd. Basil. 1551) : *qui pecunias publicas constaturarum adulterinis artificibus imitentur*, ainsi que le *conflare pecunias* de la constitution de 356 (*C. Th., 9, 23, 1*) et le *constatores figurati aeris* de la constitution de 374 (*C. Th., 11, 21, 1*).

(3) *Dig., 48, 10, 9, 2 : ne quis nummos stagneos plumbeos emere vendere dolo malo vellet.*

(4) Paul, 5, 25, 1 : *qui vultu principum signalam monetam praeter adulterinam reprobaverit.* Arrien, *Epiet.*, 3, 3, 3 : τὸ τοῦ Καίσαρος νόμισμα οὐκ ἔξεστιν ἀποδοκιμάσαι τῷ τραπεζίτῃ οὐδὲ τῷ λαχανοπώλῃ, ἀλλ' ἐὰν δεῖξῃς, θέλει οὐ θέλει προέσθαι αὐτὸν θεῖ τὸ ἀντ' αὐτοῦ πωλούμενον. On défend de faire des différences de valeur entre les monnaies d'or légalement équivalentes (*C. Th., 9, 22, 1*). Les papyrus égyptiens montrent qu'il n'était pas rare de prescrire pour le remboursement l'emploi de monnaies du souverain régnant, ce qui était vraisemblablement inadmissible en droit.

(5) *C. Th., 9, 23, 1* de 356.

peines, qui sont ordinairement pécuniaires, mais qui peuvent être des peines corporelles et des peines privatives de liberté lorsqu'elles frappent des esclaves (I p. 133, n. 1. I p. 136, n. 4); toutefois cette réglementation ne peut pas en droit être réunie à la matière des crimes relatifs à la monnaie.

Le crime de fabrication de fausse monnaie est, postérieurement à Constantin, considéré comme une usurpation de pouvoirs réservés aux magistrats et en conséquence il est traité comme crime de lèse-majesté et frappé d'une peine capitale rigoureuse (1).

III. Délits commis dans un procès et délits d'avocats.

1. Reddition d'une sentence en violation consciente de lois claires (2).

2. Lorsqu'une personne corrompt un juge ou que le juge se laisse corrompre pour rendre ou ne pas rendre un jugement (3).

3. Lorsqu'une personne corrompt ou se laisse corrompre pour déterminer le juge à rendre ou à ne pas rendre une sentence (4).

4. Lorsqu'une personne corrompt ou se laisse corrompre pour qu'une action criminelle soit intentée ou non, ou pour

Corrupteur
de juges
et délits
analogues.

(675)

(1) Telle est la règle posée par Constance II (*C. Th.*, 9, 21, 5. tit. 23, 1) et maintenue après lui (*C. Th.*, 9, 21, 9 = *C. Just.*, 9, 21, 2), tandis que Paul (3, 12, 2) prescrit la confiscation du patrimoine et que Constantin I laisse encore subsister les anciennes peines (*C. Th.*, 9, 21, 1). *Dig.*, 48, 10, 8 est interpolé. Exclusion des faux monnayeurs dans les amnisties : *C. Th.*, 9, 38, 6 = *C. Just.*, 1, 4, 3, 4.

(2) Paul, 5, 25, 4. *Dig.*, 48, 10, 1, 3. *Cpr. Cod.*, 9, 8, 1.

(3) Paul, 5, 25, 2 = *Coll.*, 8, 5, 1 = Edit de Théodoric, 91. *Dig.*, 43, 10, 1, 2. Il est surprenant que d'après la pratique judiciaire on ne condamne pas à la peine complète (*Dig.*, 48, 10, 21). *Cpr. Dig.*, 3, 6, 1, 3. *Cod.*, 7, 49, 1. — Celui qui se laisse corrompre dans un procès capital est puni comme meurtrier (II p. 350 n. 2) Théodoric, dans son édit c. 1, 2, prescrit la peine de mort pour le procès capital et une peine du quadruple pour les autres procès.

(4) Paul, 5, 25, 13. *Dig.*, 47, 10, 15, 30. Si une partie pénètre dans la maison d'un juré pendant le cours de l'instance, elle est, en vertu de la loi Julia, frappée de la peine de l'*ambitus*, c'est-à-dire d'une amende de 10,000 sesterces (*Dig.*, 48, 14, 1, 4). Le juge est exposé à l'action de *repetundae* (v. ci-dessous),

qu'un témoignage soit fourni ou non dans une action du même genre (1).

5. Lorsqu'une personne corrompt un témoin ou se laisse corrompre pour la prestation d'un faux témoignage ou pour la non prestation d'un témoignage sincère (2). Plus tard, on a fait rentrer dans le champ d'application de la loi *Cornelia* tout faux témoignage fourni par le déposant à l'encontre de sa propre conviction (3).

6. Entente pour faire condamner judiciairement un innocent (4).

7. Livraison à la partie adverse des titres confiés au représentant de l'une des parties (5).

8. Transaction avec l'accusateur dans un procès d'adultère ou dans un procès pénal non capital (6).

(676) 9. Restitution à l'une des parties, en l'absence de l'autre, des titres que deux parties avaient déposés ensemble (7).

On désapprouve d'appliquer la loi *Cornelia* aux allégations fausses d'une partie (8).

Faux
en matière
de parenté
ou de rang.

IV. Faux en matière de parenté ou de rang.

1. La supposition d'enfant (9), pour laquelle le droit d'accusation est par dérogation aux règles ordinaires restreint à

(1) *Dig.*, 47, 13, 2, 43, 10, 1, 1.

(2) Paul, 5, 23, 2. *Dig.*, 47, 13, 2, 43, 10, 1, 2. L'action de *repelundae* est également admissible ici.

(3) Paul, *Coll.*, 8, 2 : *qui falsum testimonium dixerit, proinde tenebitur, quasi lege Cornelia testamentaria damnatus esset*. Paul, 5, 13, 5 = *Coll.*, 8, 3 = *Dig.*, 22, 5, 16 = Edit de Théodorice, 42 : *hi qui falso vel varie testimonium dixerunt vel utrique parti prodiderunt, aut in exilium aguntur aut in insulam relegantur aut curia submoventur*. *Cod.*, 4, 20, 13.

(4) *Dig.*, 48, 10, 1, 1. 9, 3, 1. 20.

(5) Paul, 5, 23, 8. *Dig.*, 48, 10, 1, 6. tit. 19, 33, 8. Peine extraordinaire : *Dig.*, 47, 11, 8.

(6) Dioclétien, *Cod.*, 2, 4, 18 : *transigere vel pacisci de crimine capitali excepto adulterio (qui était autrefois un crime capital) non prohibitum est. In aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem*. Alexandre, *Cod.*, 9, 9, 10 : *de crimine adulterii pacisci non licet*. *Cpr.*, *Dig.*, 48, 5, 12, *pr.*

(7) Paul, 5, 23, 10.

(8) *Dig.*, 48, 10, 29, 1, 31.

(9) Tacite, *Ann.*, 3, 22. *Dig.*, 23, 3, 1, *pr.* 48, 2, 11, 1. tit. 18, 17, 2. *Cod.*, 9, 22, 1, c. 10.

ceux qui ont un intérêt personnel à la former (1) et pour laquelle la prescription est écartée (2).

2. Affirmation d'une fausse parenté pour réaliser un enrichissement injuste (3).

3. Affirmation d'une charge publique et d'un rang qu'on n'a pas (4).

Nous renvoyons à la dernière Section l'examen des cas dans lesquels on s'attribue faussement la qualité d'ingénu ou de citoyen ; car, au moins dans la dernière hypothèse, on n'appliquait certainement pas sous la République la loi *Cornelia*.

V. Faux poids et fausses mesures.

Si, à l'époque républicaine, le magistrat ou le mandataire de la communauté qui établissait de faux poids et de fausses mesures était exposé à une action comitiale d'amende dont le montant pouvait s'élever jusqu'à la moitié de son patrimoine (5), le même délit a été soumis par une constitution de Trajan à la répression de la loi Cornélia (6). La même peine atteint celui qui fausse des poids et des mesures officiels (7). L'action pénale ne s'étend pas au simple emploi de fausses mesures.

En dehors de ces cas d'application fixés par le droit pénal, il n'a pas été rare, à l'époque impériale, qu'en cas de déloyauté grave l'empereur, renseigné par le tribunal saisi, se soit servi de son droit d'aggraver les peines pour ordonner l'application de la loi Cornélia (8). Il faut ajouter en outre que, dans le domaine du délit de faux, les tribunaux compétents ont généralement exercé un certain pouvoir discrétionnaire qui leur permettait de réprimer toute conduite déloyale (9).

Faux poids
et fausses
mesures.

(677)

(1) *Dig.*, 48, 10, 30, 1.

(2) II p. 36. *Dig.*, 48, 10, 19, 1.

(3) Paul, 5, 25, 11. *Dig.*, 48, 10, 13, *pr.*

(4) Paul, 5, 25, 12. *Dig.*, 48, 10, 27, 2.

(5) *Lex Silia*, chez Festus p. 216 v. *publica pondora* = Bruns, *Fontes* 6, p. 46.

(6) *Dig.*, 47, 11, 6, 1. *C. Th.*, 11, 8, 3 = *C. Just.*, 1, 35, 9.

(7) *Dig.*, 48, 10, 32, 1.

(8) *Dig.*, 48, 10, 31.

(9) Vente d'une même chose à plusieurs personnes : *Dig.*, 48, 10, 21. — Vente d'une chose donnée en gage faite avec la collusion du débiteur

Procès.

Parmi les six *quaestiones* prétoriennes conservées ou établies par Sylla, il y en a eu une selon toute vraisemblance pour les faux en matière de testament et de monnaie (1). Du reste, il n'y a aucune particularité de procédure à signaler pour cette *quaestio*.

Peine.

La peine établie par la loi Cornélia elle-même pour réprimer les délits auxquels elle s'applique en matière de testament, de monnaie et autres matières est celle du bannissement hors de l'Italie (2). A sa place apparut plus tard la déportation avec confiscation du patrimoine pour les personnes de condition élevée (3). Dans les cas les moins graves, on prononça la relégation à perpétuité avec confiscation de la moitié du patrimoine (4) ou des peines infamantes (5). Aux gens de condition inférieure, on appliqua les travaux forcés ou dans certains cas la peine capitale (6). Pour les esclaves, la mort est la peine normale (7).

3. Corruption en matière de Procès.

Corruption en matière de procès.

La corruption en matière de procès, la *calumnia* (8), est un délit privé prétorien. On comprend sous ce nom l'acceptation d'une somme d'argent ou d'une valeur appréciable en argent en

par un créancier gagiste qui n'a pas ce pouvoir : *Cod.*, 9, 22, 15. — Mise d'une fausse date sur un titre hypothécaire au préjudice d'un créancier hypothécaire plus ancien : *Dig.*, 48, 10, 28. — Attestation d'un fait mensonger : *Cod.*, 9, 22, 13. — Le fait de susciter un procès fiscal : *Dig.*, 48, 10, 9, 4. — Conclusion d'un contrat par le tuteur ou le curateur avec le fisc avant la reddition des comptes de tutelle ou de curatelle : *Dig.*, 48, 10, 1, 9-12.

(1) I p. 235 n. 1. *St. R.*, 2, 201, n. 6 [*Dr. Publ.*, 3, 231, n. 1].

(2) *Dig.*, 48, 10, 33.

(3) Paul, 4, 7, 1. 5, 23, 1. 2. 7. 9. 10. *Dig.*, 48, 10, 1, 13. 1. 32. *C. Th.*, 9, 49, 2 *pr.* (= *C. Just.*, 9, 23, 22). Le procès est donc capital. (*Cod.*, 9, 22, 1. c. 5).

(4) Paul, 5, 23, 8. *Dig.*, 48, 10, 21.

(5) Exclusion temporaire de l'assemblée municipale : *Dig.*, 48, 10, 13, 1.

(6) Pline, *Ad Traj.*, 58 : *recitata est sententia... proconsulis, qua probabatur Archippus crimine falsi damnatus in metallum*. Paul, 5, 23, 1. 2. 7. 8. 9. 10. 13.

(7) Paul, 5, 23, 1 : *servi postea* (on doit vraisemblablement lire ainsi) *admissum manumissi capite puniuntur*. *Dig.*, 48, 10, 1, 13. *Insl.*, 4, 48, 7.

(8) *Dig.*, 3, 6 Cette action de l'édit n'a rien de commun avec l'action récursoire du même nom qu'on trouve dans la procédure criminelle.

retour de la promesse d'intenter contre quelqu'un une action publique, privée ou fiscale (1), ou d'influer au préjudice de cette personne sur un procès déjà intenté (2); dans ce cas la poursuite est exercée par celui auquel cet acte cause un dommage et est dirigée contre celui qui s'est laissé corrompre. On comprend aussi sous ce nom l'acceptation d'une somme d'argent ou d'une valeur appréciable en argent comme prix d'une renonciation à l'exercice d'une action d'un des genres indiqués; dans ce cas la poursuite est intentée par celui qui achète l'inaction d'une partie et est dirigée contre celui qui s'est laissé corrompre. Le fait que l'acheteur en agissant ainsi a commis un acte honteux ne fait pas obstacle à l'exercice de la poursuite. Celui qui se laisse corrompre est traité comme le *fur manifestus* et est frappé de la peine du quadruple; mais, comme pour tous les délits prétoriens, l'action se réduit au simple après l'écoulement d'une année. A côté de cette action délictuelle, il y a une action en répétition qui appartient au corrupteur, elle ne compète donc pas nécessairement à celui qui est qualifié pour intenter l'action de *calumnia*. Cette action en répétition n'est pas traitée comme action délictuelle et n'a pas lieu lorsque le corrupteur a lui-même agi malhonnêtement (3). En sa qualité d'action délictuelle, l'action de *calumnia* ne passe contre les héritiers que jusqu'à concurrence de leur enrichissement (4).

4. Actions complémentaires pour cause d'injustice

(*Dolus, stellionatus*).

Réprimer la violence et le dol rentre dans la tâche du droit civil, mais celui-ci n'offre dans toute son organisation ni action

Action privée
extraordinaire
pour cause
de dol.

(1) *Dig.*, 3, 6, 1, 1.

(2) Les délits analogues de la loi Cornélia se rapportent en général au fait de provoquer une décision injuste; l'édit du préteur atteint au contraire toute molestation par un acte de procédure fait dans un esprit de chicane.

(3) L'opposition de l'action de *calumnia* et de la *condictio* est relevée par *Dig.*, 3, 6, 5, 1.

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

de violence, ni action de dol. Dans les deux cas, l'intervention de la justice n'a lieu que par les actions spéciales, ayant un caractère principalement délictuel, ou dans les actions non délictuelles par voie de modification de la formule (I p. 102 n. 1). Lorsqu'une personne n'a pas été volée ou injuriée, lorsqu'elle n'a pas été trompée à l'occasion d'un contrat de vente ou de société ou lorsqu'elle ne peut pas réclamer une action spéciale promise par l'édit, le préteur n'est pas tenu de lui procurer un moyen de procédure à raison de la violence ou de la tromperie dont elle a été victime.

(679) Mais les droits du préteur romain chargé de la juridiction civile sont plus étendus que ses devoirs; s'il ne peut pas refuser à ceux qui les lui demandent les actions promises dans son édit, rien ne l'empêche d'aller plus loin et d'intervenir dans des cas concrets contre la violence ou le dol, soit en cassant des actes juridiques conclus sous la pression de la contrainte, c'est-à-dire par voie de *restitutio in integrum*, soit en accordant une action particulière (1). Le premier moyen de procédure a un caractère extraordinaire et est si étroitement uni à la partie non délictuelle du droit privé qu'il ne semble pas opportun d'en traiter à propos du droit pénal; par contre, on ne peut négliger de parler ici du second moyen de procédure.

Lorsque les actions délictuelles ou non délictuelles proposées par l'édit ne sont pas possibles et lorsqu'elles ne sont même pas applicables par voie d'interprétation extensive, mais que cependant il paraît équitable de donner une protection judiciaire, le préteur a, déjà dès l'ancien temps, donné exceptionnellement l'ordre aux jurés de prononcer une condamnation, s'ils reconnaissent l'exactitude des faits avancés. L'introduction de l'action complémentaire extraordinaire dont

(1) Tout développement sur l'activité créatrice du préteur est ici superflue. Les exceptions, les *actiones utiles*, les actions *praescriptis verbis* sont dues à cette activité et toutes ces institutions, après avoir été des moyens de procédure extraordinaires donnés dans chaque cas concret, sont devenus des moyens de procédure ordinaires.

il est ici question, faite à la fin de la République par le jurisconsulte C. Aquilius Gallus (1) dans la liste générale des actions, fut vraisemblablement plutôt une innovation de forme qu'une innovation de fond. Cette action emprunte son nom au *dolus*, tel que nous l'avons défini dans le Livre I (I p. 99 sv.) (2), c'est-à-dire à toute injustice, à l'exclusion de celle qui est commise par violence; il y a pour cette dernière d'autres remèdes provenant de la *restitutio in integrum* et des règles qui en sont issues. Les conditions requises pour l'action de dol sont, d'une part, qu'aucun autre moyen de procédure délictuel ou non délictuel ne soit possible (3), d'autre part, que la situation concrète réclame, de l'avis du magistrat compétent, une intervention de justice (4); de cette façon la question de droit est tranchée par ce magistrat et il ne reste au juré qu'à vérifier les faits affirmés par le demandeur. A vrai dire, ce qui a eu communément lieu pour tous les moyens de procédure originairement extraordinaires s'est également produit ici : la succession des précédents judiciaires a amené la formation de certaines règles et les moyens de procédure, extraordinaires dans la forme, sont devenus au fond des moyens ordinaires, dont l'exercice était assuré pourvu que certaines conditions fussent réunies, comme par

(680)

(1) Il fut préteur avec Cicéron en 688/66; mais comme il présidait la *quaestio ambitus* (Cicéron, *Pro Cluentio*, 53, 147), il n'a pas introduit l'action de *dolo* dans l'édit en qualité de préteur, mais il l'a fait, ainsi que l'indiquent d'autres traces (Cicéron, *De off.*, 3, 14, 60; *De n. d.*, 3, 30, 74; *Top.*, 7, 32), par les *responsa* qu'il donna.

(2) La définition donnée par Aquilius lui-même (Cicéron, *De off.*, 3, 14, 60 : *cum ex eo quaeretur, quid esset dolus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum*; de même, *Top.*, 9, 40; Paul, 1, 8, 1; *Dig.*, 2, 14, 7, 9) est tout au plus une explication de mot.

(3) Edit du préteur, *Dig.*, 4, 3, 1, 1 : *si de his rebus alia actio non erit*. Cette disposition ne peut faire en droit pénal l'objet d'une exposition plus détaillée.

(4) Edit du préteur, *loc. cit.* : *si justa causa esse videbitur*. L'action ne doit pas être donnée *passim* (*Dig.*, 4, 3, 9, 5), mais seulement *ex magna et evidenti calliditate* (*Dig.*, 4, 3, 7, 10). Un exemple nous est donné aux *Dig.*, 48, 10, 25 : *qui nomine praetoris litteras falsas reddidisse edictumve falsum proposuisse dicitur, ex causa actione in factum poenali tenetur, quamquam lege Cornelia reus sit*.

exemple un préjudice patrimonial résultant d'un conseil dolosif. (1) — Le délit sanctionné par l'action prétorienne de dol est à mettre sur la même ligne que les délits privés du droit civil. Cette action tend à faire obtenir le simple du préjudice subi, mais entraîne l'infamie comme les actions délictuelles civiles (2) et n'est pas transmissible contre les héritiers (3).

Action
criminelle
à raison
du stellionat.

La répression, sous forme d'action criminelle pour cause de fourberie (*stellionatus*) (4), du dol punissable, déjà atteint par l'action privée dont nous venons de parler, n'a pas été réalisée par une loi (5), mais est résultée de la corrélation du délit civil et du délit criminel, telle que nous l'avons vue apparaître notamment en matière de violence (II p. 376); elle a donc été opérée par la science du droit et la pratique judiciaire. A l'instar de l'action de dol du droit privé, l'action de stellionat sert de moyen subsidiaire et complémentaire dans la procédure d'accusation (6). Parmi les différents cas qui rentrent dans le stellionat (7), il y a lieu de mention-

(1) *Dig.*, 4, 3, 8. 1. 9. 4. 1. 23. 1. 40. 50, 17, 47 pr.

(2) Par considération pour le défendeur (*Dig.*, 4, 3, 11, 1) ou parce que l'acte est plutôt réprouvé par le droit que par la morale (*Dig.*, 4, 3, 7, 7), on peut faire disparaître la mention du dol de la formule et l'action n'est plus infamante; mais au fond cette action n'en continue pas moins d'être délictuelle.

(3) *Dig.*, 4, 3, 17, 1.

(4) *Stellio*, à proprement parler une sorte de scorpion (Columelle, 9, 7, 3 : *venenatus stellio*; Festus, p. 313) est le fourbe (Pline, *H. n.*, 30, 10, 89 : *nullum animal fraudulentius invidere homini tradunt, inde stellionum nomine in maledictum translato*).

(5) Le stellionat est réprimé dans les formes de la procédure d'accusation (*Dig.*, 47, 11, 3 : *stellionatus vel expilatae hereditatis judicia accusationem quidem habent, sed non sunt publica*); mais étant donné qu'il n'a pas de fondement légal, il n'est ni un *crimen legitimum* (*Dig.*, 47, 20, 3, 2), ni un *judicium publicum* (*Dig.*, 3, 2, 13, 8. 47, 11, 3. tit. 20, 1. *Cod.*, 9, 34, 3).

(6) Ulpien, *Dig.*, 47, 20, 3, 1 : *stellionatum obici posse his, qui dolo quid fecerunt; sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur; quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus... nec est opus species enumerare*. Ainsi le magistrat auquel l'action est portée a également ici à procéder tout d'abord à une *cognitio causae* et à refuser ou à permettre l'exercice de l'action. (*Dig.*, 47, 20, 3, pr. : *stellionatus accusatio ad praesidis cognitionem spectat*).

(7) Par exemple, *Dig.*, 13, 7, 36, pr.

ner l'enrichissement par faux serment (1). La peine n'est pas (684) fixe, elle est déterminée arbitrairement dans chaque cas particulier, mais ne va jamais au-delà des travaux forcés (2); l'infamie est également encourue ici à titre de peine accessoire (3).

(1) Le droit pénal romain ne punit pas (Cicéron, *De leg.*, 2, 9, 22 : *perjurii poena divina exitium, humana dedecus*, texte où il est fait allusion à la *nota censoriale*; cpr. *St. R.*, 2, 330 [*Dr. publ.*, 4, 58]) le faux serment comme tel (sur le serment des témoins cpr. II p. 390 n. 1; sur le serment par le nom de l'empereur II p. 292); mais si le faux serment a lieu en vue de réaliser un enrichissement, il constitue un stellionat (*Dig.*, 47, 20, 4) et est réprimé comme tel. Cette répression constitue aussi la *poena perjurii* (*Dig.*, 4, 3, 22).

(*Dig.*, 4, 3, 22).

(2) *Dig.*, 47, 20, 2 : *stellionatus judicium... coercionem extraordinariam habet. Dig.*, 47, 20, 3, 2. 1. 4.

(3) *Lex Julia municipalis*, l. 114. *Dig.*, 3, 2, 43, 8, d'après lequel il faut corriger *Dig.*, 47, 20, 2.

LES DÉLITS SEXUELS

Nous traitons dans la présente Section des différents délits sexuels.

1. Relations sexuelles avec des proches (inceste) et infraction aux prohibitions de mariage.
2. Atteinte à la chasteté des femmes (*adulterium, stuprum*).
3. Proxénétisme (*lenocinium*).
4. Mariage déshonorant.
5. Bigamie.
6. Rapt.
7. Pédérastie.

Quelles que soient les différences existantes entre ces délits, soit pour les motifs, soit pour le temps et le mode de leur répression, il nous a cependant paru convenable de les réunir dans une même Section. Nous avons déjà traité de l'inceste de la Vestale dans le Livre I à propos du tribunal domestique (I p. 19 sv.) et du viol dans le Livre IV à propos de la violence (II p. 385).

1. Relations sexuelles avec des proches (inceste) et infraction aux prohibitions de mariage.

Prohibition
du mariage
entre parents
dans le droit
primitif.

Les lois religieuses ont fait rentrer dans la notion religieuse d'impureté (*incestus*), dont on trouve d'ailleurs d'autres applications, les relations sexuelles des personnes auxquelles la

proximité de la parenté interdit l'union matrimoniale (1). Sous l'empire de ces conceptions, le droit civil a, malgré la reconnaissance précoce de l'égalité des droits successoraux au profit des femmes et malgré la tendance à assurer le maintien des patrimoines des *gentes*, interdit jusqu'à l'époque de la première guerre punique les unions sexuelles en deça des limites juridiquement reconnues de la cognation, c'est-à-dire jusqu'au sixième degré (2) inclusivement (3). Dans la suite, le quatrième degré servit de limite pendant un certain temps (4); plus tard, on donna aux parents de ce degré la faculté de se marier entre eux (5) et le droit romain se maintint en cet état pendant l'époque républicaine. Quant à la question de savoir si

(683)

(1) *Incestus* ou *incestum* (*castus* = pur, apparenté avec *καθαρός*) désigne sans doute au début l'atteinte à la chasteté contraire aux lois religieuses, en se restreignant vraisemblablement aux cas les plus graves pour lesquels aucune expiation n'est admise; ce mot embrasse donc toute profanation des liens du sang (*Blutschande*), c'est-à-dire toute relation sexuelle entre personnes qui ne peuvent pas se marier entre elles, le *stuprum* commis en violation des devoirs religieux de la prêtresse de Vesta, la participation d'un homme à un acte religieux réservé aux femmes. La notion d'inceste, étrangère au droit civil, y a causé quelque désordre lorsqu'on a voulu faire rentrer en elle l'infraction à la prohibition de mariage prononcée par l'État seul pour cause de parenté. Paul (*Dig.*, 23, 2, 39, 1) restreint avec raison l'inceste aux rapports de parenté qui d'après la loi morale (*moribus*) rendent le mariage impossible; mais il manque alors à vrai dire un terme correct pour désigner les prohibitions de mariage faites par l'État seulement et leur appellation du nom d'*adulterium* (*Dig.*, 48, 5, 7. 1. 12, 1) ou de *stuprum* (*Cod.*, 5, 4, 4) déroutent tout d'abord. L'expression que j'ai choisie rend parfaitement la notion fondamentale; la terminologie traditionnelle, à consulter les sources, n'est pas ferme et je n'ai pas pu me résoudre à traiter le mariage prohibé du tuteur et de sa pupille comme *incestus juris civilis*.

(2) Ce degré est comme on sait la limite de la cognation et de sa principale manifestation: le droit d'embrasser les femmes (Polybe, 6, 41 a, 4); là où la cognation cesse, le mariage est permis (Plutarque, *Q. R.*, 6).

(3) Tite-Live au livre 20 (*Hermès*, 4, 372): *P. Cloelius* [?] *primus adversus veterem morem inter septimum cognationis gradum duxit uxorem*. Tacite, *Ann.*, 12, 6: (*conjugia*) *sobrinarum* (c'est-à-dire des cousins issus de germains) *diu ignorata... percubuisse*. L'histoire légendaire ne se préoccupe pas de cette limite; les fils de Tarquin l'Ancien (Tite-Live 1, 42) ou, d'après la correction historique postérieure, ses petits fils (Denys, 4, 28) épousent les filles de leur sœur ou de la sœur de leur père.

(4) Ulpien, 5, 6.

(5) Plutarque, *loc. cit.*

l'alliance produit des effets juridiques analogues, on ne peut la trancher avec certitude (1).

Les prohibitions
de mariage
dans le droit
postérieur.

(684)

La question de la nullité juridique des unions sexuelles entre proches revêtant la forme du mariage rentre dans le domaine du droit civil; ici, nous avons à nous demander, faisant abstraction de ce fait grave que les personnes unies sont privées de tous les effets juridiques du mariage, dans quelle mesure les relations sexuelles quelconques de ces personnes donnent lieu à une répression criminelle. D'après une tradition remontant à l'époque républicaine, les mariages entre cousins auraient été permis à la suite d'une action criminelle intentée à l'occasion d'un mariage de ce genre; le procès serait venu devant le peuple à la suite de la *provocatio* formée par le condamné; celui-ci aurait été gracié et la loi modifiée (2). Il est certain qu'antérieurement à loi d'Auguste sur le mariage il y a eu une répression criminelle des unions entre parents (3). Il est vraisemblable que cette répression, étant donné surtout qu'aucune loi spéciale en cette matière ne nous est signalée, remonte aux origines du droit pénal et peut être comptée au nombre des mesures prises contre la violation des devoirs religieux incombant aux citoyens. Abstraction faite de l'expiation religieuse qui est encore exigée plus tard (4), cette union entre proches a dû tomber sous le coup de la procédure pénale publique. Toutefois, il est difficile qu'on ait fait à l'époque historique un usage sérieux de cette procédure (5).

(1) D'après Cicéron (*Pro Cluentio*, 5), la belle-mère qui épouse le mari de sa fille après le divorce de celle-ci commet un acte honteux à tous égards, mais l'orateur romain ne dit pas que cet acte soit nul et encore moins qu'il soit punissable.

(2) Plutarque, *loc. cit.*

(3) L'inceste ne tombe pas sous le coup de la loi Julia dont les dispositions spéciales ne s'appliquent pas (*Dig.*, *loc. cit.*, et l. 40, 7; *Dig.*, 48, 18, 4 : *in incesto... lex Julia cessat de adulteriis*; *Dig.*, 48, 18, 5) à ce *commune crimen* (*Dig.*, 48, 5, 8); il était donc réprimé auparavant.

(4) Tacite, *Ann.*, 12, 8 : *sacra ex legibus Tulli regis piaculæque apud lucam Dianæ per pontifices danda, irridentibus cunctis, quod poenæ procurationesque incesti id tempus exquirerentur.*

(5) Le procès d'inceste qui eut lieu au temps des Gracques et dans le-

Dans le droit pénal plus rigoureux de l'époque impériale, on a repris, précisé et même étendu la répression criminelle des relations sexuelles entre proches. Nous devons grouper les prohibitions d'union matrimoniale ou même d'union sexuelle quelconque, posées par le droit pénal et mentionnées dans nos sources juridiques (1). La plus grande partie de ces défenses se fondent sur la parenté et même dans des conditions telles qu'abstraction faite de toute limitation de degré la filiation ou la parenté fraternelle et celle qui lui est assimilée font un délit des rapports sexuels qui surviennent entre parents unis par ces liens (2). D'ailleurs, l'arbitraire se fait maintes fois sentir à cet égard et les prescriptions législatives changent. A cette première catégorie de prohibitions s'en ajoute une autre qui repose sur des motifs divers.

Les prohibitions
de mariage
à l'époque
impériale.

(685)

Est punissable l'union sexuelle :

1. Entre ascendants et descendants (3). Cette règle s'étend à la parenté adoptive, même lorsqu'elle est dissoute par l'émancipation (4). En outre, vis-à-vis des affranchis, bien que la notion juridique de parenté ne s'applique pas aux esclaves, la filiation de fait qui s'est produite pendant le temps de l'esclavage est assimilée à la filiation juridiquement reconnue (5).

2. Entre frères et sœurs. Cette règle s'étend, d'une part, à la parenté adoptive, aussi longtemps du moins que cette parenté

quel C. Curio prit la parole (*Rhet. ad Her.*, 2, 20, 33; Cicéron, *De inv.*, 1, 43, 80, *Brutus* 32, 122) se rapportait sans doute au crime d'une vestale.

(1) Pour la mésalliance, cpr. § 2 de la présente sect. ; elle ne peut pas être rangée dans la présente catégorie, car elle ne donne pas lieu à l'application d'une peine proprement dite.

(2) On peut se demander quand et comment est apparu ce système essentiellement différent des anciennes prohibitions de mariage — déterminées uniquement, semble-t-il, d'après les degrés de parenté ; — on peut également rechercher, si réellement l'alliance n'était pas encore un empêchement de mariage à l'époque de Cicéron (II p. 403 n. 1), et quand elle a revêtu ce caractère. Mais ces questions restent sans réponse comme beaucoup d'autres du même genre en droit pénal.

(3) Gaius, 1, 59 et ailleurs.

(4) Gaius, 1, 59. *Dig.*, 23, 2, 14, pr.

(5) *Dig.*, 23, 2, 8. l. 14, 2. *Inst.*, 1, 10, 10.

n'est pas dissoute par une émancipation (1); elle s'applique, d'autre part, en ce qui concerne les affranchis, à la parenté fraternelle de fait établie pendant la durée de l'esclavage (2).

3. Entre la femme et le frère de son père ou de sa mère ou le frère d'un ascendant plus éloigné, sans égard à la proximité de degré, parce que l'oncle et le grand-oncle occupent pour ainsi dire la place du père (3). Sous l'empereur Claude, le mariage de la nièce avec le frère de son père — mais non avec le frère de sa mère — fut légalement permis (4); l'empereur Constance II rétablit à cet égard la vieille prohibition (5).

4. Entre le mari et la sœur de son père ou de sa mère ou la sœur d'un ascendant plus éloigné, parce que cette sœur occupe la place de la mère (6);

(686) 5. L'empereur Théodose I a défendu le mariage entre cousins germains (7); mais cette défense fut bientôt retirée et n'a pas passé dans la législation de Justinien (8).

6. La parenté voisine de la filiation que le mariage crée entre beaux-parents et beaux-enfants, qu'on désigne sous ces noms la parenté résultant d'un mariage entre l'un des conjoints et les ascendants de l'autre ou la parenté existant en cas de second mariage entre les enfants du premier lit et l'époux dont ils ne sont pas issus, entraîne, en cas de relation sexuelle pendant la durée du mariage qui fonde la parenté,

(1) Gaius, 1, 61. Paul, *Coll.*, 6, 3, 2. *Dig.*, 45, 1, 35, 1. *Inst.*, 1, 10, 2. L'extinction de la puissance par la mort ne suffit donc pas.

(2) *Dig.*, 23, 2, 8. *Inst.*, 1, 10, 10.

(3) Paul, *Dig.*, 23, 2, 39, *pr.* : *sororis proneptem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum.* *Coll.*, 6, 3, 1. Dioclétien, *Coll.*, 6, 4, 5 = *Cod. Just.*, 5, 4, 17. *Inst.*, 1, 10, 3.

(4) Tacite, *Ann.*, 12, 5-7; Suétone, *Claud.*, 26. *Dom.*, 22; Dion, 71, 1; Gaius, 1, 62; Ulpien, 5, 6 et encore Dioclétien dans la constitution citée n. 3. Si Nerva a modifié cette règle, (Dion, 68, 2), ce changement a été rapidement supprimé.

(5) *Cod. Th.*, 3, 12, 1. *Cod. Just.*, 5, 8, 2. La constitution de Dioclétien (n. 3) a été, au Code de Justinien, interpolée dans le même sens.

(6) Gaius, 1, 62 et ailleurs. *Inst.*, 1, 10, 5 : *item amitam licet adoptivam uxorem ducere non licet, item materteram, quia parentum loco habentur.*

(7) Sur cette constitution mentionnée *C. Th.*, 3, 10, 1, Ambroise, *Ep.*, 60 et ailleurs, cpr. Godefroy sur *C. Th.*, *loc. cit.*

(8) *Inst.*, 1, 10, 4.

une aggravation de peine en ajoutant l'inceste à l'adultère et laisse aux relations sexuelles le caractère d'inceste, même si elles se produisent après la dissolution du mariage (1).

7. Le rapport voisin de la parenté fraternelle que le mariage crée entre l'un des époux et les frères et sœurs de l'autre a été traité par Constance II comme empêchement au mariage au même titre que la parenté fraternelle et les relations sexuelles entre personnes unies par ce lien ont été frappées par cet empereur d'une peine (2).

8. Entre le tuteur ou le curateur et sa pupille le mariage est nul et l'union sexuelle est ordinairement réprimée par la peine de l'adultère (3).

9. On interdit en outre le mariage du gouverneur de province ou d'un des siens avec une femme de sa province (4).

10. Quant à la défense générale de se marier, qui frappe la femme adultère condamnée, nous en traiterons dans le § 3 de la présente Section suivante (p. n.).

11. Quant à la prohibition de mariage entre juifs et chrétiens, nous en avons parlé dans la Section II du Livre IV (II p. 522 n. 5).

12. Aucune peine ne réprime en général les relations sexuelles entre personnes libres et esclaves; toutefois Constantin range parmi les crimes capitaux le fait pour la femme libre d'avoir de telles relations avec son propre esclave. Comme pour tous les crimes publics, l'accusation peut être ici formée par toute personne; la peine est la mort pour les deux parties et, en outre, pour la femme l'intestabilité (5).

(1) Gaius, 1, 63, et ailleurs. Cette règle s'étend aussi aux enfants issus d'un mariage postérieur de l'époux séparé (*Inst.*, 1, 10, 9) et au concubinat analogue au mariage (*Cod.*, 5, 4, 4).

(2) *C. Th.*, 3, 12, 2. c. 3. *C. Just.*, 5, 5, 5. c. 9.

(3) *Dig.*, 23, 2, 63, 25, 2, 17, 48, 5, 7.

(4) *Dig.*, 23, 2, 38 cpr. 1. 63. *Cod.*, 5, 4, 6. D'après l'ancien droit, ce mariage est seulement nul; mais plus tard on menace en outre le magistrat d'une peine spéciale pour le cas où cette union aurait été obtenue par contrainte (*C. Th.*, 3, 11, 1 = *C. Just.*, 5, 7, 1).

(5) *C. Th.*, 9, 9, 1 = *C. Just.*, 9, 11, 1 de l'an 326. — Une loi de 319 (*C. Th.*,

(687)
Éléments
de l'inceste.

Pour déterminer les éléments du crime, on ne tient pas compte, dans les prohibitions fondées sur la parenté, de la question de savoir si l'union sexuelle a revêtu ou non la forme du mariage (1), tandis que dans les prohibitions arbitrairement établies par l'Etat la peine n'est encourue que s'il y a eu mariage. — On exige comme élément du crime la conscience qu'on a violé la loi, c'est-à-dire, d'une part, la connaissance de la situation de fait, d'autre part, celle de la prohibition légale. A ce dernier égard, on distingue les relations sexuelles entre proches défendues par la loi morale (2) et celles qui ne le sont que par l'Etat: l'erreur de droit ne peut pas être invoquée dans la première catégorie; dans la seconde, elle constitue dans une certaine mesure une excuse pour l'homme à la condition d'être prouvée et elle excuse pleinement la femme avant toute preuve, car elle est ici présumée jusqu'à preuve contraire. Il en résulte que fréquemment dans ce cas la peine est atténuée pour l'homme (3) et disparaît pour la femme (4). De même, le droit de dispense de l'empereur n'a dû se manifester que pour la seconde catégorie (5). Il est d'ailleurs peu probable qu'il y ait eu pour la première différence une ligne de démarcation aussi nette que pour le droit de dispense, entre les prohibitions de mariage naturelles et les prohibitions arbitraires (6). — Abstraction faite du cas précédemment indi-

12, 1, 6 = *C. Just.*, 5, 5, 3) a défendu sous une peine grave au décurion d'avoir communauté de vie avec une esclave.

(1) *Dig.*, 48, 5, 12, 1: *militem qui sororis filiam in contubernio habuit... adulterii* (cpr. II p. 407 n. 1) *poena teneri rectius dicetur*. Naturellement ce qui est vrai du concubinat l'est encore plus de la relation sexuelle passagère (*Dig.*, 48, 18, 5).

(2) Inceste *moribus* (Paul, *Dig.*, 23, 2, 8, 1, 39, 1) ou *jure gentium* (Papinien, *Dig.*, 12, 7, 5, 1, 48, 5, 39, 2. Paul, *Dig.*, 23, 2, 68).

(3) Papinien, *Dig.*, 48, 5, 39, 3. *Coll.*, 6, 6, 1. *Dig.*, 23, 2, 68.

(4) Paul, *Coll.*, 6, 3, 3 (défectueux au début) *qui vel cognatam contra interdictum duxerit, remisso mulieri juris errore ipse poenam adulterii lege Julia patitur*. Papinien, *Dig.*, 48, 5, 39, 1, 2. Le fait que ces relations revêtent la forme du mariage rend la bonne foi vraisemblable (*Dig.*, 48, 5, 39, 1, 3).

(5) Ambroise, *Ep.*, 60. *C. Th.*, 3, 10, 1 = *C. Just.*, 5, 8, 1.

(6) La cognation la plus proche, lorsqu'elle n'est pas simplement la conséquence d'une adoption, et l'affinité la plus proche (*Dig.*, 12, 7, 5, 1)

qué, la peine encourue à raison d'une union sexuelle défendue pour cause de parenté ou d'alliance frappe également l'homme et la femme. — Enfin, pour que les éléments du crime soient réunis, il faut que celui-ci ait été consommé; la simple tentative n'est pas ici réprimée (1).

La forme de procédure originairement usitée dans ce cas Procès d'inceste. ne peut avoir été que celle des *questeurs* et des *comices* (2); (688) et celle-ci est restée dans la suite formellement en vigueur. Quant à la procédure de la *quaestio*, il est difficile qu'elle ait été appliquée à l'époque républicaine; nulle part il n'est question ni d'une loi spéciale, ni d'une cour judiciaire particulière pour ce délit. A l'époque impériale, les procès d'inceste, lorsqu'ils ne venaient pas devant les tribunaux souverains, étaient peut-être renvoyés à la *quaestio* pour adultère (3). Mais tout témoignage fait défaut en ce sens.

Bien que nous n'ayons pas de témoignages exprès, il n'est pas douteux que le droit ancien ait puni de mort l'inceste (4). De même, à l'époque impériale, les tribunaux suprêmes, qui avaient, il est vrai, le droit d'aggraver la peine, ont prononcé la peine de mort (5); mais régulièrement l'inceste est

Peine
de l'inceste.

rentrent dans la première catégorie; le mariage entre l'oncle et la nièce appartient déjà à la seconde. (*Coll.*, 6, 6, 1).

(1) Nous n'avons pas d'indications précises, mais on n'a pas dû procéder ici autrement qu'en cas d'adultère.

(2) Plutarque n'indique pas quel magistrat et quels comices fonctionnaient dans le procès mentionné II p. 408 n. 2.

(3) Comme argument en ce sens, on peut faire valoir que le peu de règles que nous possédons à cet égard sont exposées dans la littérature juridique à propos de l'adultère.

(4) La purification de la cité après un événement de ce genre ne se conçoit pas au début sans une peine capitale et à l'origine la procédure pénale publique ordinaire ne s'appliquait qu'en cas de crime capital. Les règles du très ancien droit n'ont vraisemblablement fait leur réapparition qu'avec la sentence capitale de l'époque impériale (n. 5). Toutefois cela n'empêche pas que le procès comitial pût aussi aboutir à une condamnation à une amende.

(5) Sous Tibère, le Sénat condamna Sex. Marius et sa fille pour cause d'inceste à être précipités du haut de la roche Tarpéienne (*Tacite, Ann.*, 6, 19. *Dion*, 58, 22). Il y avait vraisemblablement des précédents de l'époque républicaine en ce sens.

alors puni de la déportation (1). Dans la dernière période, des tentatives ont été faites pour aggraver sérieusement les peines, elles n'ont jamais réussi (2) d'une manière durable (3).

2. Atteinte à la chasteté des femmes (*Adulterium, Stuprum*).

La discipline
domestique
et la femme
romaine.

(689)

La femme libre romaine est obligée par la loi morale de s'abstenir de tout commerce charnel avec un homme avant son mariage et de n'en avoir après son mariage qu'avec son mari ; par contre, l'homme n'est soumis à la même loi morale qu'autant qu'en portant atteinte à la chasteté d'une vierge ou de l'épouse d'autrui il se rend complice de celle-ci. L'observation de cette double loi morale est assurée en droit romain par la discipline de la *domus* et nous savons d'après ce qui a été précédemment dit (I p. 24) que le tribunal domestique avait en pareille matière la faculté de condamner jusqu'à la peine suprême. Mais tandis que ce tribunal est, par son organisation même, en situation de réprimer toute atteinte à la chasteté commise par une femme romaine, il ne peut atteindre que le complice mâle *in patria protestate* et encore celui-ci ne peut-il être appelé à rendre compte de son acte que devant le tribunal de sa propre *domus* (4) ; seul le tribunal domestique de l'État, plus relevé que les autres, celui du collège des pontifes, était compétent tout à la fois vis-à-vis des filles en la puissance de la cité et vis-à-vis de leurs amants. Abstraction faite de cette procédure pontificale, la rigueur originaires des tribunaux domestiques appartient à l'époque préhistorique et se laisse plutôt conjecturer que prouver. Même vis-à-vis

(1) Paul, 2, 26, 15. *Dig.*, 48, 3, 12, *pr. tit.*, 18, 5. Dioclétien, *Coll.*, 6, 4, 3 désigne aussi ce crime comme capital. En cas de délit moindre, la peine de l'adultère suffit bien II p. 412 n. 4. A cette peine s'ajoute pour la femme, comme en cas d'adultère, la défense de se marier (*Dig.*, 48, 3, 14, 4).

(2) *C. Th.*, 3, 12, 3 = *C. Just.*, 5, 3, 6. Justinien, *Nov.*, 12.

(3) Constance prescrivait également pour ce cas la peine de mort : *C. Th.*, 3, 12, 1.

(4) Il est tout au moins douteux que la faculté reconnue dans une certaine mesure par Auguste de tuer le complice de la femme adultère remonte à une coutume de l'époque républicaine.

des filles de famille, cette juridiction paraît avoir perdu rapidement du terrain ; l'impossibilité d'appliquer la même mesure aux deux coupables a dû contribuer à ce recul. On conçoit par suite que souvent l'offensé se soit ici, notamment en cas d'adultère, fait justice à lui même (1) ; la seule importance de cette vengeance pour le droit pénal fut que, dans les cas où l'homme coupable d'adultère était maltraité ou tué, la procédure d'injure ou de meurtre, possible en droit strict, restait fréquemment inefficace. La discipline domestique ne rentrant pas dans le domaine des institutions organisées par l'État, l'autorité publique n'avait pas à rechercher si cette répression domestique avait été exercée ou non.

Le droit de l'époque républicaine ne s'est pour ainsi dire pas occupé des atteintes à la chasteté des femmes (2). S'il est vrai, ce qui d'ailleurs ne peut pas être prouvé, que dans l'ancien mariage religieux le divorce (3) n'était juridiquement possible que pour un juste motif, ce caractère a dû appartenir en première ligne à l'adultère. Le droit matrimonial tel que nous le connaissons et tel qu'il existait certainement déjà dans les derniers siècles de la République donne à chaque partie la faculté de divorcer et n'exige pour cela aucune raison. A vrai dire, la femme divorcée peut, lors de la demande en restitution de la dot, subir, si elle s'est rendue coupable d'adultère, une retenue d'un sixième de sa dot, tandis que pour tout autre acte de mauvaise conduite elle ne perd qu'un huitième (4) ; mais ces règles montrent seulement que, déjà vers le milieu de la République, on se montrait peu sévère pour

La procédure
privée
et publique
de l'époque
républicaine
en matière
d'impudicité.

(690)

(1) Val. Max., 6, 1, 43.

(2) La déchéance des droits politiques (notation censoriale) et de la capacité d'être représentant dans une action privée (infamie prétorienne), qui s'attache à ces actes immoraux, comme à d'autres que le droit ne punit pas, n'appartient pas au droit pénal.

(3) La loi de Romulus d'après laquelle en cas de divorce injuste la moitié du patrimoine du mari doit échoir à la femme et l'autre moitié à l'État (Plutarque, *Rom.*, 22) peut tout au plus avoir été un pieux souhait des pontifes.

(4) Caton, chez Aulu-Gelle, 10, 23. Ulpien, 6, 12.

l'impudicité. — Dans le droit pénal de l'époque républicaine, les atteintes à la chasteté des femmes, si nous faisons abstraction du viol dont il a été parlé à un autre endroit (II p. 383), ne jouent qu'un rôle aussi secondaire que dans la partie non délictuelle du droit civil. L'action privée d'*injuria* s'est difficilement étendue à cette matière, étant donné le champ d'application restreint du droit des XII Tables (1). Dans son développement postérieur, cette action n'appartient ni à la femme ni à la jeune fille séduite; celles-ci en sont privées à raison du consentement qu'elles ont donné à la faute et à raison de leur complicité. Elle ne peut être refusée aux proches que cet acte a offensés, c'est-à-dire au père ou au mari; mais l'amende, qui est ici seule possible, n'est pas adéquate à la faute morale. — La République a sans doute appliqué à la tenue des maisons publiques, comme aux jeux de hasard, la répression par voie de procédure pénale publique; Plaute connaît, en effet, une loi contre le proxénétisme (2) et la tenue d'une liste officielle des prostituées de profession (I p. 183 n. 2) ne peut avoir eu d'utilité que pour le droit pénal; nous connaissons aussi, abstraction faite de la juridiction répressive des magistrats sur les femmes qui pouvait également fonctionner indirectement ici (3), des actions pénales édiliciennes contre des femmes mal famées (4). Mais ce furent sans doute des mesures exception-

(1) Quant aux manquements à la chasteté qui constituent une *injuria*, il en sera traité dans la Section relative à ce dernier délit. En pratique, il faut tenir compte à cet égard que la tentative, qui n'est pas punissable dans la matière des crimes contre la chasteté, l'est au contraire dans celle de l'*injuria*.

(2) Plaute, chez Festus, *Ep.*, p. 143 : *neque muneralem legem lege lenoniam, rogata fuerit necne, flocci aestimo*. La première loi est, comme l'a ajouté Festus, la loi Cincia de 550/204, la seconde est donc certainement aussi une loi romaine.

(3) I p. 183 n. 3. L'affirmation de Caton que l'adultère et le *veneficium* vont de pair montre le procédé suivi par les magistrats qui évidemment ne pouvaient intervenir contre l'impudicité sans une loi pénale qui les y autorisât directement.

(4) *St. R.*, I, 166. 2, 493, n. 3. [*Dr. publ.*, I, 190. 4, 187, n. 2]. Une telle action fut également intentée contre un homme en 426/328 pour cause de séduction d'une femme mariée (Tit-Live, 8, 22, 3). Cpr. la dernière Section du présent Livre.

nelles pour des cas graves de scandale public, elles ne réagirent certainement que dans une faible mesure contre les crimes d'impureté et cette molle attitude de la République en la matière est en partie cause de la décadence générale des mœurs et de l'audacieux étalage du vice qui se produisirent alors.

Même lors de la grande réforme du droit criminel opérée au cours du dernier siècle de la République, le législateur ne réprime pas les atteintes à la chasteté. Mais la législation d'Auguste sur le mariage de 736/18 comprend une *lex Julia de adulteriis* (1), qui applique aux atteintes à la chasteté la procédure d'accusation et les frappe d'une peine criminelle. Cette loi est l'une des innovations les plus énergiques et les plus durables qu'enregistre l'histoire du droit pénal. Elle est restée jusqu'à la fin du droit romain la loi fondamentale pour ces délits (2).

Le droit ne tient compte des manquements à la chasteté que s'ils sont commis par une femme libre soumise au devoir de

La loi d'Auguste sur l'adultère.

Femmes qui ne sont pas soumises au précepta de la chasteté.

(1) La *lex edicta* et ensuite *sublata* dont parle Properce, 2, 7, quelques années auparavant, ne semble pas, ainsi que l'admet Jörss dans un écrit jubilaire qu'il m'a dédié (1893), être une loi promulguée puis supprimée, mais un projet de loi qui fut retiré. La *lex Julia de adulteriis*, d'après la remarque exacte de Jörss *loc. cit.*, p. 36, est celle par laquelle Auguste, d'après Suétone (*Aug.*, 34. *Cpr.*, *Dig.*, 38, 11, 1 *in fine*), rendait les divorces plus difficiles; elle se place donc à une époque postérieure à la *lex Julia de marilandis ordinibus* de 736/18. Parmi les historiens, il n'y a que Suétone *loc. cit.*, et Tacite, *Ann.*, 3, 24, qui mentionnent au nombre des lois d'Auguste celle de *adulteriis et de pudicitia*, encore Tacite ne le fait-il qu'incidemment; lorsque Dion 34, 6, traite de la législation d'Auguste, son exposé exclut plutôt qu'il n'embrasse la *lex de adulteriis*, mais celle-ci est nettement visée dans une poésie d'Horace († 746) qui n'est postérieure que de peu d'années à cette loi, *Carm.*, 4, 5, 21 : *nullis pollutur casta domus stupris; mos et lex maculosum edomuit nefas; laudantur simili prole puerperae; culpam poena premit comes* (de même, Ovide, *Fast.*, 2, 139 et sv.). — La loi s'appelle *lex Julia de adulteriis coerendis* (Paul, *Coll.*, 4, 2, 1 et dans la rubrique des *Dig.*, 48, 5, également aux *Dig.*, 4, 4, 37, 1. *Cod.*, 9, 9, 3. *É. 17. Inst.*, 4, 18, 4; en outre, Martial, 6, 7, 22); le *stuprum* est incorrectement ajouté dans la rubrique du *C. Just.*, 9, 9, contrairement à celle du *C. Th.*, 9, 7.

(2) La constitution de Domitien — sans doute un édit — n'a manifestement eu pour but que de recommander l'application de la loi. Cette constitution est fréquemment mentionnée dans le livre 6 de Martial (*Ep.*, 2, 4, 7, 22, 45, 91).

(692) l'honnêteté (*matrona, materfamilias*) (1), mais ici la répression s'étend toujours au complice mâle. Les esclaves du sexe féminin ne tombent pas sous le coup de cette loi (2); il en est de même des femmes mariées ou non mariées dont on n'exige pas l'honnêteté à raison de leur condition de vie: ce sont les filles publiques, aussi longtemps qu'elles persistent dans leur profession (3), les tenancières de maisons publiques (4), les actrices (5), les tenancières de locaux ouverts au public (6), les femmes vivant dans un concubinage indécent (7). Mais le simple fait de mener une vie dissolue ne soustrait pas la femme romaine libre aux conséquences juridiques de ses manquements à la chasteté (8) et son amant n'y échappe pas da-

(1) *Dig.*, 47, 10, 15, 13. 48, 5, 14, *pr.* *Cod.*, 9, 9, 28. Dans cet ordre d'idées, ces termes sont également employés pour désigner la femme non mariée.

(2) *Paul.*, 2, 26, 16. *Cod.*, 9, 9, 24 et ailleurs. Le commerce charnel avec une esclave peut être punissable comme dommage causé au bien d'autrui, mais il ne rentre pas dans l'*injuria* et ne tombe pas sous le coup de la loi Julia. Les femmes affranchies sont soumises à la loi, car déjà sous la République on considère l'affranchissement comme procurant la pleine liberté.

(3) *Dig.*, 48, 5, 14, 2 : *et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerit, quamvis, si vidua esset, impune stuprum in ea committeretur*; édit de Théodoric, 62.

(4) *Dig.*, 48, 5, 11, 2.

(5) *Dig.*, 48, 5, 11, 2.

(6) *Paul.*, 2, 26, 11 : *cum his quae publice mercibus vel tabernis exercendis procurant, adulterium fieri non placuit*. Constantin, *Cod. Th.*, 9, 71 = *C. Just.*, 9, 9, 23, soustrait à l'action d'adultère les *ministra dominae*, mais non la *domina cauponae*. — Ces exemples suffisent; il n'est pas nécessaire en droit pénal de chercher à délimiter d'une manière plus précise cette catégorie de personnes.

(7) Si l'on fait abstraction du concubinat du patron avec son affranchie qu'on considère comme ne choquant pas les convenances (*Dig.*, 23, 2, 41, 4), une telle union, bien que permise d'une manière générale par le droit (*Dig.*, 25, 7, 3, *pr.*), n'est sans danger que si elle a lieu avec une femme non soumise au précepte de chasteté (Ulpian, *Dig.*, 25, 7, 1, 1 : *puto solas eas in concubinato haberi posse sine metu criminis* — de l'accusation pour cause de *stuprum* — *in quas stuprum non committitur*). Avec une autre personne le concubinat n'est permis qu'à la condition de déclarer devant témoins qu'on la prend pour concubine (*Dig.*, 25, 7, 3, *pr.*), et du même coup cette femme perd la qualité de *matrona* (*Dig.*, 48, 5, 14, *pr.*).

(8) L'impunité n'est assurée que par l'inscription sur la liste des filles publiques ou par le fait d'embrasser une profession qui donne la même liberté (*Dig.*, 48, 5, 11, 2).

vantage, à moins qu'il n'ait pu se tromper sur la condition de cette femme (1). — La condition de l'homme coupable n'a aucune importance, le crime contre la chasteté peut être commis même avec un esclave (2).

La loi n'autorise donc la femme tenue du devoir de chasteté à avoir des relations sexuelles que dans le mariage ou dans une union équivalente. La notion du mariage embrasse en droit pénal, non seulement les « justes noces » (*justae nuptiae*), qu'elles soient romaines ou pérégrines, mais même toute communauté de vie dans laquelle les personnes unies se comportent comme gens mariés et observent la monogamie, bien qu'il n'y ait pas de *justae nuptiae*. Sous le nom de *justae nuptiae*, les Romains entendent le mariage fondé sur le *conubium* des deux parties, c'est-à-dire sur le droit reconnu par l'État aux deux parties de conclure une union matrimoniale, et produisant les effets civils du mariage, notamment le transfert du droit personnel du père aux enfants conçus dans le mariage et, lorsque le père est citoyen romain, la subordination des enfants à la puissance du *paterfamilias* (3).

(693)

Notion
du mariage
permis
et protégé.

(1) *Cod.*, 9, 9, 22 : *si ea quae tibi stupro cognita est passim venalem formam exhibuit ac prostituta meretricio more vulgo se praebuit, adulterii crimen in ea cessat*. La disposition relative à l'*injuria* pour le cas où des femmes libres se montrent publiquement en tenue d'esclaves ou même de filles publiques (*Dig.*, 47, 10, 15, 15) s'applique également ici dans la mesure où l'homme a pu être trompé par ce costume. Cette règle donne aussi la solution de la controverse des rhéteurs sur le point de savoir si un adultère peut être commis dans une maison publique (Quintilien, *Inst.*, 7, 3, 6).

(2) Les conséquences de l'adultère commis avec l'esclave, abstraction faite du droit de mise à mort (*Coll.*, 4, 3, 2), ne font l'objet que de mentions étonnamment rares (*Dig.*, 48, 3, 34, *pr. Cod.*, 9, 9, 25). Ce n'est pas sans hésitation que les jurisconsultes ont admis l'action d'adultère contre l'épouse coupable, lorsque cette action ne pouvait pas être intentée contre son complice, par exemple parce que celui-ci était mort. En cas d'adultère commis avec un esclave, la procédure contre ce dernier est rendue plus difficile, notamment lorsqu'il est la propriété de la femme coupable ou de l'accusateur. Peut-être les documents contiennent-ils une lacune à cet égard; tels qu'ils se présentent à nous, on doit passer outre à cette hésitation, car sans cela, il n'y aurait pas de protection juridique contre un tel adultère.

(3) La notion romaine de *justae nuptiae* ne se restreint pas au mariage romain; le mariage contracté d'après le droit athénien est aussi pleine-

Mais il n'y a également aucune peine pour le *matrimonium injustum*, c'est-à-dire pour l'union sexuelle à tous égards identique aux *justae nuptiae* sauf cette double différence que les contractants n'ont pas le *jus conubi* et que les enfants suivent la condition de la mère. De même, la loi d'Auguste sur le mariage ne s'applique pas non plus à cette union sexuelle dans laquelle, malgré l'identité de droit de cité, les conséquences juridiques du mariage sont écartées, soit par une prohibition de mariage de la part de l'État, soit à raison d'un accord des parties, c'est-à-dire d'après le langage romain au concubinat, qui n'est apparu comme institution juridique qu'à la suite de la législation d'Auguste sur le mariage (1).

(694)

Stuprum
et
adulterium.

Toute union sexuelle qui ne rentre pas dans les limites que nous venons d'indiquer tombe sous le coup de la loi pénale. Celle-ci réprime le commerce sexuel (2) avec la femme non

ment valable que celui qui est conclu conformément au droit romain. Le *matrimonium juris gentium* dont parlent les modernes est une contradiction *in adjecto*. La complète validité du mariage se rattache comme tous les droits personnels à une communauté juridiquement reconnue.

(1) Le fait de mener une vie commune, analogue à celle du mariage, avec une femme qu'on ne traitait pas comme épouse n'a pas, à l'époque républicaine, paru répréhensible au point de vue moral, quand il a eu lieu de la part d'hommes non mariés, notamment lorsque la femme était de condition inférieure et surtout quand il se produisait entre un patron et son affranchi; le droit romain n'a certainement pas traité alors ces relations autrement que toute union sexuelle en dehors du mariage. Lorsque la législation d'Auguste a rangé le *stuprum* parmi les délits, ces femmes quasi-épouses ne pouvaient être ni frappées par la loi pénale, ni assimilées à des filles publiques; et c'est ainsi que cette loi créa l'institution juridique du concubinat (*Dig.*, 25, 7, 3, 1). En particulier, les personnes auxquelles la loi imposait l'obligation de faire un mariage en rapport avec leur rang pouvaient sans contrevenir au droit pénal contracter avec une femme de condition inférieure une union analogue au mariage; cette faculté appartenait notamment à l'homme de rang sénatorial vis-à-vis des affranchies. En général, lorsqu'une union de ce genre était établie, on présuait que l'on avait eu l'intention de contracter un mariage (*Dig.*, 23, 2, 24), mais on autorisait la déclaration expresse qu'on avait simplement voulu conclure un concubinat (*Dig.*, 25, 7, 3, *pr.*), et celle-ci suffisait à exclure le *stuprum*. Le principe de la monogamie était ici maintenu (Paul, 2, 20, 1 : *eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest.*)

(2) La puberté n'est requise que parce que le délit suppose des deux côtés une faute consciente. Si l'action d'adultère n'est possible qu'autant

mariée, c'est-à-dire le *stuprum* au sens restreint du mot (1), et le commerce sexuel de la femme mariée avec un autre que son mari, c'est-à-dire l'*adulterium* (2). — La notion de mariage, sur laquelle repose celle d'*adulterium*, doit de nouveau être prise dans le sens large précédemment indiqué ; il y a adultère même au cas de violation d'un *matrimonium injustum* (3) ou du concubinat (4). — Dans une même conception large, on décide qu'il n'y a pas adultère, lorsque les relations sexuelles ont lieu avec une femme dont le divorce est nul en droit strict (5). — La *lex Julia* ne s'applique pas aux fiancés ; par contre, le droit postérieur met le commerce charnel avec la fiancée d'autrui sur la même ligne que l'adultère (6). Les

(695)

qu'on a atteint l'âge requis pour le mariage (*Dig.*, 48, 5, 14, 8. l. 37), elle a toutefois été permise même avant cet âge dans la mesure où elle a été étendue aux simples fiancés (*Dig.*, 48, 5, 14, 8) et c'est ainsi qu'on a statué sur le *stuprum* commis avec une jeune fille libre non encore nubile. Lorsque le *stuprum* a été commis avec des enfants proprement dits, c'est par l'action d'injure que la répression peut en être poursuivie.

(1) *Stuprum*, au point de vue philologique, désigne purement et simplement l'impudicité, qu'elle soit commise avec des femmes mariées ou non mariées ou avec des hommes ; c'est pourquoi la *lex Julia de adulteriis* emploie cette expression même pour désigner l'adultère (Papinien, *Dig.*, 48, 5, 6, 1. Modestin, 48, 5, 35, 1. 50, 16, 101). Dans le langage postérieur des juriconsultes, le mot est le plus souvent employé par opposition à *adulterium*. — Quant à la pédérastie, également désignée sous le nom de *stuprum*, nous en traitons spécialement (II p. 431). — Nous avons déjà fait remarquer précédemment (II p. 407 n. 1) que *stuprum* et *adulterium* sont parfois employés pour désigner le mariage prohibé ; cet abus de terminologie n'a pas obscurci la distinction des notions juridiques.

(2) Le mot se rattache sans doute à *adulteri* et embrasse l'adultère et celui qui dit de fausses flatteries. Les anciens (Festus, p. 21 ; de même Papinien, *Dig.*, 48, 3, 6, 1 et Isidore, 5, 26, 13) pensent que l'*adulter* et l'*adultera* sont ainsi nommés, *quod et ille ad alteram et haec ad alterum se conferunt*.

(3) L'action d'adultère est admise contre l'épouse qui ne vit pas en *justae nuptiae*. Ulpien, *Dig.*, 48, 5, 14, 1 : *sive justa uxor fuit sive injusta, accusationem instituere vir poterit*. De même, Papinien, *Coll.*, 4, 3, 1, la permet, si un *civis Romanus sine conubio peregrinam in matrimonio habuit*.

(4) Ulpien, (*Dig.*, 48, 5, 14, 4) admet l'action d'adultère non seulement en cas de concubinat (*Dig.*, 48, 6, 14, *pr.*), mais même, *si ea sit mulier, cum qua incestum commissum est, vel ea quae, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest*. En conséquence, l'union de même nature que le mariage, conclue contrairement à une prohibition de mariage, doit être punie comme inceste et protégée contre l'adultère.

(5) *Dig.*, 48, 3, 44.

(6) *Dig.*, 48, 5, 14, 3. *Cod.*, 9, 9, 7.

relations sexuelles entre fiancés paraissent avoir toujours été traitées comme *stuprum*.

Eléments
des délits.

Dans le *stuprum* comme dans l'adultère, il fallait pour que la peine fut applicable, que les personnes qui avaient eu commerce entre elles aient eu conscience de commettre un délit, c'est-à-dire, étant donné que la connaissance de la loi morale réprimant ces actes était une chose qui allait de soi, qu'elles aient connu les circonstances de fait qui fondaient l'un ou l'autre délit (1). On exigeait en outre la consommation de l'acte (2), la simple tentative n'était traitée que comme *injuria*. Toutefois la peine a été, dans ce dernier cas, notablement aggravée par le droit postérieur (3). Comme cela a lieu en général dans le droit pénal romain, l'aide donnée aux coupables est assimilée au crime lui-même (4). Pour les actes d'assistance punis comme proxénétisme, il faut consulter le paragraphe suivant.

(696)

Procès
d'adultères

Le procès d'adultère présente de nombreuses et importantes particularités de procédure. Pour le délit nouvellement introduit parmi les *judicia publica*, on établit une *quaestio* spéciale sous la présidence d'un préteur (5) ; mais on doit laisser indécis le point de savoir si le ressort de cette cour judiciaire se restreignait à Rome ou s'étendait à toute l'Italie. Cette *quaestio*

(1) La femme, qui par suite d'une erreur de fait considère son mariage encore existant comme dissous, ne commet pas d'adultère, lorsqu'elle entretient des relations sexuelles avec un autre homme (*Dig.*, 48, 5, 12, 12). L'union sexuelle d'un homme avec une femme mariée qu'il tient pour célibataire est bien un adultère pour la femme, mais non pour lui. Du reste, ces distinctions ont peu d'importance : un tel commerce est ordinairement un *stuprum*, lorsqu'il n'est pas un adultère ; en outre, ces deux délits donnent lieu à une répression peu différente.

(2) Plus nettement encore que des termes de la loi (*Dig.*, 48, 5, 13 : *ne quis posthac stuprum adulterium facito* ; d'après l'explication d'Ulpien *stuprum vel adulterium inferre*) cette règle ressort de ce que ce crime est toujours considéré comme bilatéral et de ce qu'il n'est nullement question à son occasion des actes de tentative, tandis qu'il est traité de ces derniers en détail à propos de l'*injuria*.

(3) Cpr. la Section de l'*injuria*.

(4) La peine frappe aussi celui qui *suasit* (*Dig.*, 48, 5, 13). Toutefois, il faut ajouter que cette action ne pourra être intentée que lorsque les auteurs mêmes du crime auront été condamnés.

(5) Dion, 54, 30.

subsistait certainement encore sous Septime Sévère (1). Dans les provinces, les procès venaient devant le gouverneur (2) ; toutefois Caracalla les a confiés au *procurator* des finances, sans doute à raison des confiscations particulièrement importantes dans ces procès, mais ce ne fut là qu'une réforme éphémère (3). Il n'est pas vraisemblable que les tribunaux romains n'aient été compétents que pour les procès d'adultère dans lesquels au moins l'un des deux défendeurs était citoyen romain ; il est probable qu'on a utilisé la notion large de mariage pour déterminer à cet égard la compétence du tribunal (4).

La faculté d'exercer l'action en cas de manquement à la chasteté a en principe, d'après la loi d'Auguste, la même étendue que dans toute procédure de *quaestio*. Mais le droit général de préférence des personnes qui élèvent l'accusation dans leur propre intérêt a fait ici l'objet d'une réglementation légale pour le cas où l'accusation a été précédée du divorce pour cause d'adultère. En pareil cas, pendant les soixante

(697)

(1) I p. 256. La remarque faite par Papinien, *Dig.*, 1, 21, 1, *pr.*, sur le *iudicium publicum* pour cause d'adultère prouve que ce tribunal était encore en pleine activité sous Septime Sévère et que de toutes les *quaestiones* celle-ci était vraisemblablement la plus occupée. Si Dion (76, 16) dans son premier consulat, qui se place également sous Septime Sévère, trouva sur la liste des accusations 2000 procès d'adultère — dont la plus grande partie avait sans doute été abandonnée par les accusateurs, — la question se pose naturellement de savoir si ces procès venaient alors devant les consuls et le Sénat, mais il n'est pas impossible que Dion, comme consul, se soit informé de l'état des accusations pendantes devant cette *quaestio*. Du reste, l'importance donnée dans la littérature juridique à l'étude de l'adultère (II p. 229 n. 2) montre que cette *quaestio* a pris plus tard dans l'étude juridique du droit criminel une place prépondérante.

(2) Papinien, *Dig.*, 1, 21, 1, *pr* : *magistratus... cum publici iudicii habeant exercitio, in lege vel senatus consulto delegatam, veluti legis Juliae de adultério*. Le texte peut notamment être rapporté au gouverneur de province.

(3) I p. 322. *Coll.*, 14, 3, 3.

(4) On peut bien se demander si la loi *Julia* voulait atteindre les manquements à la chasteté d'une manière générale, comme cela avait eu lieu pour le meurtre et la violence, ou si, comme cela pouvait paraître naturel en matière de mariage, elle n'avait visé que les unions dans lesquelles l'une des parties au moins possédait le droit de cité romain. Mais pratiquement la répression criminelle ne pouvait pas réagir efficacement contre l'impudicité, si elle n'atteignait pas les époux nombreux, notamment dans la capitale, qui ne jouissaient pas du droit de cité.

jours qui suivent le divorce, l'accusation ne peut être formée tout d'abord que par le mari et après lui par le père de la femme (1). Pour l'exercice de ce droit de préférence, on ne tient compte que des *justae nuptiae*, tandis que partout ailleurs en droit pénal on adopte la notion large de mariage (2). Dans quelle mesure l'action récursoire fondée sur la *calumniā* est-elle exclue, lorsque le procès d'adultère est intenté par une personne privilégiée, c'est un point que nous avons exposé dans le Livre III (II p. 184 n. 1).

L'exercice de l'action est restreint vis-à-vis de la femme mariée. La violation d'un mariage existant ne permet d'intenter l'action pénale ni contre la femme, ni contre son complice (3); le divorce doit toujours précéder cette action, le mari est même parfois tenu de divorcer (II p. 428 n. 1). Si la femme divorcée vit dans un second mariage contracté avant la *denuntiatio* du mari précédent, l'action est possible, mais elle doit d'abord être dirigée contre le complice de la femme et ne peut être intentée contre celle-ci qu'autant que le complice a été condamné (4). Abstraction faite de ce cas, le demandeur a la faculté d'agir à son gré en premier lieu contre la femme ou contre le mari, mais il ne peut pas agir contre les deux en même temps (5). Si pour une raison quelconque l'accusa-

(1) Tacite, *Ann.*, 2, 85. *Dig.*, 48, 5, 2, 8. 9. 1. 3. 1. 4, *pr.* 4. 1. 12, 6. 1. 15, 2. 1. 16, *pr.* 5. 1. 27. 1. 30, 5. 1. 31, 1.

(2) Papinien, *Coll.*, 4, 5. 1 exprime cette règle pour le mariage conclu en l'absence de *conubium*. Ulpien (*Dig.*, 48, 5, 14, *pr.* 1. 4) doit aussi être compris en ce sens; il accorde bien à l'homme vis-à-vis de l'*uxor injusta* le droit d'exercer l'action, mais il ne lui donne pas le privilège dont jouit le véritable époux.

(3) *Dig.*, 48, 5, 12, 10 : *ignorare non debuisti durante eo matrimonio, in quo adulterium dicitur esse commissum, non posse mulierem ream adulterii fieri, sed nec adulterum interim accusari posse.* *Dig.*, 48, 5, 27, *pr.* *Cod.*, 9, 9, 11. Par contre *Dig.*, 48, 5, 40, 1 permet d'une manière générale aux tiers de former une accusation d'adultère même pendant la durée du mariage. La constitution contenue au *C. Th.*, 9, 7, 2 = *C. Just.*, 9, 9, 29 (ici restriction plus étendue) restreint cette faculté au mari et aux plus proches parents, et cette constitution suppose certainement l'existence du mariage. Dans la *Nov.*, 117, 8, le divorce suit aussi la condamnation.

(4) *Dig.*, 48, 5, 2, *pr.* 5. 1. 12, 11. 1. 18, 6.

(5) *Dig.*, 48, 5, 16, 9. 1. 18, 6. 1. 33, 1. 1. 40, 6. 48, 16, 1, 10. *Cod.*, 9, 9, 8.

tion devient impossible contre l'une des deux parties, cela n'empêche nullement d'agir contre l'autre (1). (698)

La procédure de la preuve est particulièrement rigoureuse dans l'action d'adultère parce qu'on écarte ici la règle générale d'après laquelle l'esclave n'est pas admis à déposer contre son maître (II p. 92 n. 2).

Enfin, contrairement à la règle générale d'après laquelle le crime ne se prescrit pas, l'action d'adultère s'éteint par prescription d'une double manière : d'une part, toutes les actions fondées sur la loi Julia s'éteignent par l'expiration d'un délai de cinq ans, à compter du jour où le délit a été commis (2) ; d'autre part, lorsqu'il y a eu divorce pour cause d'adultère, l'action doit être intentée dans un délai de six mois (3) à partir du jour où le crime a été commis, si la femme n'est pas mariée, et à partir du jour du divorce, si elle est mariée (4). Dans ce délai de six mois, les deux premiers sont, comme nous l'avons dit, réservés à l'ancien mari et au père de la femme divorcée.

Nous avons déjà exposé à propos du meurtre (II p. 339 sv.) et nous exposerons à propos de l'*injuria* dans quelle mesure la justice privée trouve encore place, même dans le droit récent, en cas de manquement à la chasteté et notamment d'adultère.

La peine, encourue en cas de manquement à la chasteté, atteint également la femme et l'homme ; quant à l'inégalité

Peine
de l'adultère.

Cela est sans doute prescrit pour diriger tout d'abord l'accusation contre celui qui est le principal coupable au point de vue moral. La nomination du complice dans l'action d'adultère dirigée contre la femme n'est pas requise par le droit (Quintilien, *Inst.*, 7, 2, 32).

(1) *Dig.*, 48, 5, 12, 4. l. 20, *pr.* 1. l. 40, 2. l. 45.

(2) *Dig.*, 48, 5, 30, 5-8, spécialement 6 : *melius est dicere omnibus admissis ex lege Julia ventientibus quinquennium esse praestitutum*. 48, 5, 12, 4. tit., 16, 1, 10. *Cod.*, 9, 9, 27. Pour ce délai, on ne se préoccupait pas de savoir si l'exercice de l'action était possible ou non (*Dig.*, 48, 5, 32, *pr.*). — Le délai de prescription posé par Auguste en 752/2 pour des procès de ce genre (Dion, 55, 10) était sans doute un délai qu'on avait abrégé par exception.

(3) *Dig.*, 48, 5, 30, 5. tit., 16, 1, 10. *Coll.*, 4, 4, 1. *Cod.*, 9, 9, 6. Ici, on ne compte que les jours pendant lesquels le demandeur était en situation d'introduire l'action.

(4) *Dig.*, 48, 5, 30, 5, où au *dies commissi criminis* il faut bien ajouter la condition que le mari ait eu connaissance du crime.

éventuelle de la faute morale, il n'en est pas tenu compte au moins dans la loi. Cette peine est en principe la même pour le *stuprum* et l'*adulterium* et consiste, d'après la *lex Julia*, pour partie dans la relégation, sauf à assigner à ceux qui sont condamnés pour un même crime des lieux de séjour différents, pour partie dans une peine patrimoniale, qui est la confiscation de la moitié du patrimoine, s'il s'agit d'un homme ou d'une femme non mariée, la confiscation du tiers du patrimoine et de la moitié de la dot, s'il s'agit d'une femme mariée (1). Pour les personnes de condition inférieure, auxquelles ces peines ne conviennent pas, on leur inflige, d'après le droit postérieur, une correction corporelle (2). A ces peines s'ajoute pour la femme condamnée la défense de contracter un nouveau mariage (II p. 428 n. 4). Plus tard, la répression fut aggravée. Déjà d'après les constitutions du III^e siècle, l'adultère était un crime capital (3) et Constantin a énergiquement ordonné d'exercer cette procédure capitale (4). Cet état de choses s'est maintenu jusqu'à la fin du droit romain et même dans les amnisties générales on a régulièrement mentionné l'adultère parmi les délits exceptés (5). Justinien a prescrit l'internement de l'épouse adultère dans un couvent (6).

(1) Paul, 2, 26, 14 pour l'adultère; *Inst.*, 4, 48, 4 pour le *stuprum*.

(2) *Inst.*, *loc. cit.*; *ep.*, *Dig.*, 48, 19, 6, 2.

(3) *Cod.*, 2, 4, 18, 9, 9, 9. Ce que Paul, 5, 4, 14 = *Dig.*, 47, 11, 1, *pr.* 2, rapporte pour des cas voisins implique aussi la peine capitale. Chez Apulée, *Met.*, 9, 32, la *juris severitas* est sans doute également la peine capitale. Toutefois, on s'est certainement souvent contenté de la déportation; Marcien, *Nov.*, 9, blâme un de ses fonctionnaires qui en matière d'adultère avait condamné à la relégation au lieu de prononcer la peine de la déportation (*Cpr. Dig.*, 48, 5, 12, *pr.*).

(4) *C. Th.*, 9, 7, 2 = *C. Just.*, 9, 9, 29, 4; de même Justinien, *Inst.*, 4, 8, 14 (où cette mesure est rattachée par voie d'interpolation à la loi *Julia*) et *Nov.*, 134, 10. Constance (*C. Th.*, 11, 36, 4) exige même la mort par submersion ou par le feu. Ammien, 28, 1, 16, nous rapporte que Valentinien fit exécuter un sénateur pour ce motif. Edit de Théodoric, 38, 39.

(5) *C. Th.*, 9, 38, tout d'abord dans la constitution de Constantin de 322. Le *stuprum* apparaît à côté de l'adultère dans la constitution de 384 (*C. Th.*, 9, 38, 7) et a été ajouté par Justinien dans la constitution au *C. Th.*, 9, 38, 8 = *C. Just.*, 1, 4, 3.

(6) *Nov.*, 117, 8.

3. Proxénétisme (*lenocinium*).

Nous réunissons ici une série d'actes qui favorisent le *stuprum* et l'adultère et qui peuvent être considérés comme une assistance prêtée à l'accomplissement de ces délits ou comme un acte accessoire qui les accompagne ; nous les groupons sous le nom de proxénétisme (*lenocinium*) donné par la *lex Julia de adulteriis* au plus grave de ces actes (1). Ceux-ci sont :

1. le fait par l'un des époux de tirer un profit du manquement à la chasteté commis par son conjoint (2) ; (700)
2. le fait de prêter sa propre maison pour des rencontres en vue d'actes sexuels punissables (3). Cette règle s'étend à la pédérastie (4) ;

(1) *Lenocinium*, proxénétisme, désigne le fait de tirer un profit de la mauvaise conduite de tierces personnes. En lui-même il est une profession honteuse, mais n'est pas défendu. Il fut d'ailleurs une source importante de revenus pour l'État, lorsque sous l'Empire on le soumit à des impôts. Les mesures de police prises pour limiter l'exercice de cette profession n'appartiennent pas au droit pénal. Abstraction faite d'interventions isolées du gouvernement en qualité d'autorité suprême dans le domaine de la police des mœurs (Suétone, *Tib.*, 35), la vente de femmes esclaves à des proxénètes n'a été permise par Hadrien que si elle est justifiée d'une manière spéciale (*Vita Hadr.*, 48), elle a été prohibée par Théodose II (*C. Th.*, 15, 8, 2 = *C. Just.*, 1, 4, 12 = 41, 41, 6 et *Nov. Théodose II*, 48). Nous trouvons des constitutions de même tendance sous les noms des empereurs Léon (*C. Just.*, 1, 4, 14 = 11, 41, 7) et de Justinien (*Nov.* 44).

(2) Tryphoninus, *Dig.*, 4, 4, 37, 1 : (si) *quaestum de adulterio uxoris fecerit*. *Dig.*, 48, 5, 2, 2. l. 9, *pr.* l. 30, 3, 4. Le proxénétisme du mari engage la responsabilité de ce dernier, mais ne soustrait pas la femme à la peine (*Dig.*, 48, 5, 2, 5. *Rescrit du Cod. greg.* l. XIV, p. 241, Krüger). À l'inverse, la femme tombe sous le coup de la peine du *lenocinium*, si elle tire un profit de l'adultère de son mari (*Dig.*, 48, 5, 34, 2). — Cette répression ne peut pas être étendue au père qui prostitue sa fille, ni à aucun autre fait de proxénétisme, bien qu'un pareil acte soit puni comme assistance donnée à un *stuprum*. Théodose II a défendu la vente de la fille faite par le père à un proxénète de profession en même temps qu'il formulait une prohibition identique pour la vente des esclaves du sexe féminin faite dans le même but (n. 1).

(3) Tryphoninus, *Dig.*, 4, 4, 37, 1 : *si domum praeberit ad stuprum adulteriumve in ea committendum*. *Dig.*, 48, 2, 3, 3. tit. 5, 9. l. 10. l. 11, 1. l. 33, 1. Le fait d'accepter de l'argent pour se taire (*Dig.*, 48, 5, 41, 1 ; *pr. Cod.*, 9, 9, 10) est également puni comme proxénétisme.

(4) *Dig.*, 48, 5, 9, *pr.*

3. le fait par le mari qui saisit le complice de sa femme en flagrant délit d'adultère de le laisser aller et de ne pas divorcer (1);

4. le fait d'accepter (2) ou de provoquer (3) un dédommagement pécuniaire pour que l'action d'adultère ne soit pas exercée;

5. la transaction sur l'abandon d'une action d'adultère déjà engagée (II p. 398 n. 6);

6. la conclusion d'un mariage avec une femme condamnée pour cause d'adultère ou de *stuprum* (4).

(701) Pour la procédure, la règle de la prescription quinquennale s'applique; quant à la peine on observe ici en principe les mêmes règles qu'en cas d'adultère.

4. Mariage déshonorant.

La législation d'Auguste sur le mariage a frappé de la peine d'une instabilité relative s'étendant aux rapports des deux personnes unies tout citoyen romain qui contracte sciemment un mariage considéré comme déshonorant, soit parce que la femme ne possède pas les droits de l'honorabilité civique, soit parce qu'il s'agit d'un sénateur qui épouse une affranchie (3).

(1) Paul, *Dig.*, 48, 2, 3, 3 : *quod adulterum deprehensum dimiserit*. Tryphoninus, *loc. cit.* : *si in adulterio deprehensam uxorem non dimiserit*. Paul, 2, 26, 8 = *Coll.*, 4, 12, 1. *Dig.*, 48, 5, 2, 2-6. I. 30, *pr.* I. 34. *Cod.*, 9, 9, 11. c. 25. La connaissance et la tolérance de ces faits ne rendent pas le mari punissable en droit (*Dig.*, 48, 5, 2, 3; constitution plus sévère : *Cod.*, 9, 9, 17). Le pouvoir censorial est naturellement plus étendu que le pouvoir répressif (par exemple, Suétone, *Dom.*, 8).

(2) Tryphoninus, *loc. cit.* : *si pretium pro comperto stupro acceperit*. *Dig.*, 4, 2, 8. 48, 2, 3, 3. *tit.* 5, 30, 2.

(3) Scaevola, *Dig.*, 48, 5, 15 *pr.* : *is cuius ope consilio dolo malo factum est, ut vir feminave in adulterio deprehensi pecunia aliave qua pactione se redimerent*. *Dig.*, 48, 5, 33, 1.

(4) Tryphoninus, *loc. cit.* : *si adulterii damnatam sciens uxorem duxerit*. *Dig.*, 23, 2, 26 (lecture incertaine). 25, 7, 1, 2. 48, 5, 12, 13. I. 30, 1. *Cod.*, 9, 9, c. 17. Il n'est pas dit qu'une peine plus étendue atteigne aussi la femme dans ce cas. *Cpr.* II p. 414 n. 1.

(5) Ulpien, 16, 2 : *aliquando (conjuges) nihil inter se capiunt, id est si contra legem Juliam Papiamque Poppaeam contraxerint matrimonium, verbi gratia si famosam quis uxorem duxerit aut libertinam senator*. *Dig.*, 23, 2, 44.

Constantin I a renouvelé cette prescription pour les personnes de condition, même pour celles des municipes (1). Au moins à l'époque postérieure, on a également aussi traité comme nul le mariage conclu contrairement à ces prohibitions. Mais le mariage déshonorant ne donne pas lieu à une répression proprement dite et il suffira de le mentionner brièvement en droit pénal, surtout parce qu'un exposé détaillé de cette question ne pourrait être fourni que dans un traité d'ensemble du droit matrimonial impérial.

5. Bigamie.

Le mariage romain ayant été de tout temps et à toutes les époques soumis à la loi de la monogamie, aucun des époux ne peut pendant la durée d'un mariage en contracter un autre et tout acte contraire à cette règle est juridiquement inefficace. Du reste, même si cet acte est accompli par une personne qui a connaissance du mariage existant, il reste impuni d'après le droit de la République et du début de l'empire, tant qu'il ne constitue pas un adultère. Dioclétien (I p. 140 n. 5) le premier a puni le double mariage comme délit indépendant, principalement, semble-t-il, pour faire disparaître la polygamie là où les sujets de l'empire la pratiquaient conformément à des statuts locaux. La constitution de cet empereur a laissé la fixation de la peine à l'appréciation de l'autorité compétente.

6. Le Rapt.

Le rapt d'une femme ou d'un homme, lorsqu'il n'est pas punissable comme violence (II p. 385 n. 6), peut donner lieu à une poursuite du père ou du mari par l'action d'injure à raison de l'offense qui atteint personnellement ces derniers; mais il n'a pas été puni comme crime public avant Constantin. Cet empereur est le premier (2) qui ait introduit en droit pénal comme crime

(702)

(1) *C. Th.*, 4, 6, 2. 3 (= *C. Just.*, 5, 27, 1). *Nov. Marcien*, 4. *Nov. Justinien*, 89.

(2) *C. Th.*, 9, 24, 1, de l'année 320 = *Edit de Théodoric*, 17-19. 92. *Justi-*

indépendant le rapt d'une femme libre, mariée ou non, en vue de rapports sexuels, que ceux-ci revêtent ou non la forme du mariage. Le crime est exclu, lorsque les père et mère (1) ou les autres parents de la personne ravie ont donné leur consentement à l'acte; l'élément essentiel du délit réside dans ce fait que la personne ravie est parvenue aux mains du ravisseur contre la volonté de ses proches. Vis-à-vis du ravisseur, il est indifférent que la personne ravie ait consenti ou non; le seul effet de ce consentement est de faire encourir à cette personne une peine à l'instar de celle qui frappe le ravisseur (2). Au crime que nous venons de décrire, on a assimilé à l'époque chrétienne le rapt d'une vierge ou d'une veuve qui a fait vœu de chasteté, lorsqu'il a lieu contre la volonté de la personne ravie; on a bientôt étendu cette règle au cas où le rapt a lieu avec le consentement de la personne ravie, mais contre la volonté des supérieurs ecclésiastiques (3). — La répression consiste dans une peine capitale rigoureuse (4); le crime est d'ailleurs puni

nien la remplace par la constitution du *C. Just.*, 9, 13, 1 (= 1, 3, 53 = *Inst.*, 4, 18, 8. *Cpr. Nov.* 143).

(1) La loi de Constantin punit à vrai dire les parents eux-mêmes, si *patientiam praeberint*. *Cpr. Cod.*, 9, 13, 1, 3 c.

(2) La prescription absurde de Constantin, d'après laquelle la personne ravie était punissable même en cas de rapt contre son gré, bien que dans une mesure moindre, a été supprimée par Justinien.

(3) La plus ancienne constitution qui mentionne le rapt de nonnes est celle de Constance II de 334 (*C. Th.*, 3, 25, 1). La prohibition n'a, du moins au début, visé que le rapt qui a lieu contre la volonté de la personne ravie, mais, dans son développement postérieur, le droit n'a pas tardé à aller plus loin (*cpr. Cod. Just.*, 9, 13, 1, 3 a. 3 b; *Nov. Marciani*, 6; *Nov. Just.*, 123, 43).

(4) Il ne paraît pas nécessaire d'exposer ici les différentes aggravations de peine contenues dans ces constitutions. Nulle part, le luxe des peines ne s'est montré d'une façon plus déraisonnable que dans la loi de Constantin sur le rapt. Constance atténua ces rigueurs (*C. Th.*, 9, 13, 2). Julien déclare illégale la condamnation à mort prononcée dans de tels cas (*Ammien*, 16, 3, 12), mais ses successeurs immédiats se laissent de nouveau entraîner par les élans d'une pieuse cruauté (Jovien, *C. Th.*, 9, 23, 2 = *C. Just.*, 1, 3, 3; Sozomène, *Hist. eccl.*, 6, 3) et cette tendance persiste pendant toute la période postérieure. Justinien, poussé par sa sévérité pour le maintien des bonnes mœurs, a même prohibé le mariage entre le ravisseur et la personne ravie.

à tous égards de la manière la plus sévère (1) ; toutefois l'action s'éteint par l'expiration d'un délai de cinq ans (2).

7. Pédérastie.

L'abus d'une personne de sexe masculin pour des plaisirs charnels (3) a été, à l'époque républicaine, réprimé peut-être plus sévèrement que les actes impudiques commis avec des femmes. Abstraction faite de la discipline domestique, qui naturellement s'étendait à de tels actes (4), de l'action publique de violence et de l'action privée d'injure qui étaient possibles lorsque leurs conditions d'exercice étaient réunies, on est intervenu contre ceux qui abusaient ainsi d'un ingénu, comme contre la prostitution, par voie de procédure édilicienne-comitiale (5). A la fin de la République et au début de l'Empire, la pédérastie a été, comme le rapt d'hommes, punie, sur le fondement d'une loi Scantinia

(1) Cette sévérité se manifeste notamment dans les constitutions d'amnistie (*C. Th.*, 9, 38) ; on a coutume de priver du bénéfice de l'amnistie non seulement ceux qui se sont rendus coupables d'un crime de lèse-majesté et les meurtriers, mais aussi les ravisseurs.

(2) *C. Th.*, 9, 24, 3 (= *Ed. Theoderici*, 20). Cette constitution n'a pas été admise par Justinien dans son Code.

(3) En latin, la pédérastie est rangée dans le *stuprum*, mais l'espèce de *stuprum* est déterminée par une addition, par exemple par l'adjonction des mots *cum masculo* (*Dig.*, 48, 5, 9, *pr. cpr.* 35, 4).

(4) *Val. Max.*, 6, 1, 5. Dans la discipline domestique, la pédérastie est réprimée par le *supplicium fustuarium* (Polybe, 6, 37, 9).

(5) *Val. Max.*, 6, 1, 3 : *M. Claudius Marcellus* († 516/208) *uedilis curulis C. Scantinio Capitolino tribuno pl. diem ad populum dixit, quod filium suum de stupro appellasset*. Plutarque, *Marc.*, 2, fait de l'accusé un édile et fait porter l'action devant le Sénat. Si, d'après le récit d'époque indéterminée contenu chez *Val. Max.*, 6, 1, 40, un magistrat inférieur arrête un citoyen pour cause de pédérastie avec un ingénu ; si les tribuns de la plèbe et le Sénat laissent continuer l'incarcération, bien que le détenu offre de prouver que la personne dont il a abusé était par profession un enfant de plaisir et si le détenu termine sa vie en prison (*in carcere mori coactus est*), il n'y a là à vrai dire qu'une procédure administrative, mais ce récit rend cependant vraisemblable la conjecture d'après laquelle une procédure criminelle devait être en pareil cas légalement permise. — Dans les cas peu certains de répressions d'actes de pédérastie tentés ou consommés qui nous sont rapportés pour le *v^e* siècle de la fondation de Rome (*cpr.* II p. 261 n. 4), il faut tenir compte, en dehors de la pédérastie, d'une part de la violence commise, d'autre part du rapport de subordination militaire.

(704) de date indéterminée (1), d'une amende de 10.000 sesterces. La peine atteint en première ligne celui qui abuse ainsi d'un ingénu (2), mais elle frappe peut-être aussi celui qui laisse abuser de la sorte de sa personne. La forme du procès ne nous est pas indiquée; celui-ci a vraisemblablement été porté comme action populaire d'amende devant le tribunal civil (3). — La législation d'Auguste, abstraction faite du cas mentionné à propos du proxénétisme (II p. 427 n. 4), ne semble pas avoir visé la pédérastie (4); la législation de Justinien au contraire l'a rangée parmi les crimes contraires à la chasteté (5). La dernière période a encore donné ici à son zèle de moralisation une expression barbare. En cas de délit consommé, celui qui abuse est frappé de la peine de mort (6), celui dont on a abusé perd la

(1) Caelius chez Cicéron, *Ad fam.*, 8, 12 (de 704/50) : *quibus* (ses adversaires politiques) *cum parum procederet, ut ulla lege mihi ponerent accusatorem, compellari ea lege me voluerunt qua dicere non poterant* (cela signifie sans doute qu'ils ne pouvaient pas décernement l'invoquer, car elle s'appliquait à eux-mêmes)... *summis circensibus... postulandum me lege Scantinia curant. Vix hoc erat Pola elocutus, cum ego Appium censorem eadem lege postulavi. Ibid.*, 8, 14 : *haec risum veni, legis Scantinae iudicium apud Drusum* (qui n'est pas autrement connu) *feri*. Suétone, *Domit.*, 8 (contre l'adultère et l'inceste) : *quosdam ex utroque ordine lege Scantinia condemnavit*. C'est chez Juvénal, 3, 44 et Ausone, *Epigr.*, 91 que son rapport avec la pédérastie est le plus nettement indiqué. Cette loi est encore mentionnée chez Tertullien, *De monag.*, 12 et Prudence, *Peristeph.*, 10, 204.

(2) Quintilien, *Inst.*, 4, 2, 69 : *ingenuum stupravit... stuprator... decem milia, quae poena stupratori constituta est, dabit*. 7, 4, 42, ou, d'après la rédaction, cette peine est infligée par voie de procédure civile. Sénèque, *Contr.*, 4, *praef.*, 1 : *impudicitia in ingenno crimen est*. L'âge de l'enfant excluait naturellement la punissabilité.

(3) Les indications que nous trouvons chez Caelius n'impliquent pas nécessairement qu'il y ait une *quaestio* proprement dite; Drusus peut être le préteur urbain.

(4) Du moins, dans la littérature juridique antérieure à Justinien, on ne trouve aucune allusion à la législation d'Auguste en dehors des textes des *Dig.*, 48, 5, 9, *pr.* l. 35, 1, qui sont insuffisants pour établir un lien entre cette législation et la pédérastie.

(5) *Inst.*, 4, 18, 4.

(6) Paul, 5, 4, 14 = *Dig.*, 47, 11, 1, 2 : *qui puero praetextato* (par conséquent pas les esclaves et affranchis) *stuprum aliudve flagitium abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit... perfecto flagitia capite punitur, imperfecto in insulam deportatur : corrupti comites* (le degré de la peine indique des esclaves et des affranchis) *summo supplicio afficiuntur*.

moitié de son patrimoine (1). Constance a même prescrit la peine de mort contre ce dernier (2).

(1) Paul, *Coll.*, 5, 4, 2 : *qui voluntate sua stuprum flagitiumque impurum patitur, dimidia parte bonorum suorum multatur. Just., Inst.*, 4, 18, 4, reproduit cette règle comme une disposition de la *lex Julia* sur le mariage. La *Nov.* 141 est une constitution de Justinien contre la pédérastie.

(2) *C. Th.*, 9, 1. 3 = *C. Just.*, 9, 9, 30.

FIN DU TOME DEUXIÈME

TABLE DES MATIÈRES

DU TOME DEUXIÈME

LIVRE III

LA PROCÉDURE PÉNALE

	Pages.
SECTION I. — Les Formes de la Procédure Pénale.	1
Formes principales de procédure, 1. — Procédure de la <i>cognitio</i> , 3. — Développement de la procédure pénale comitiale, 4. — Insuffisance de cette procédure, 5. — Naissance de la procédure d'accusation, 6. — Principe de la procédure d'accusation, 7. — Spontanéité de l'accusation, 9. — La <i>cognitio</i> sous le Principat, 10. — Cas de <i>cognitio</i> dans le droit pénal de la dernière période, 12. — Situation respective de l'accusation et de la <i>cognitio</i> pendant la dernière période, 16.	
SECTION II. — Compétence. Lien et Temps des Procés.	18
Généralité de la responsabilité criminelle; suspension temporaire de cette responsabilité, 18. — Compétence, 20. — Compétence générale des tribunaux suprêmes, 20. — Limites de compétence pour les <i>judicia privata</i> et les <i>judicia publica</i> , 21. — Compétence des tribunaux extra-urbains, 23. — <i>Forum domicili</i> , 23. — <i>Forum delicti</i> , 24. — Compétence concurrente de plusieurs autorités, 25. — Locaux où siègent les tribunaux, 26. — Publicité de la procédure	

pénale et son exclusion, 26. — *Basilicæ*, 28. — *Tribunalia*, 28. — Procédure *de plano*, 29. — *Auditoria* et *secretaria*, 30. — Temps du procès, 31. — Vacances judiciaires, 31. — Heures des audiences, 32.

SECTION III. — Les Parties et les Assistants judiciaires dans la Procédure d'Accusation. 34

L'accusateur comme représentant de la communauté, 34. — Procès d'accusation dans l'intérêt propre de l'accusateur, 35. — Motifs d'ordre général qui excluent le droit d'accusation, 37. — Décision du magistrat sur le droit d'accusation, 41. — Concours des accusateurs, 41. — Règlement de ce concours par le magistrat, 42. — Exclusion de la représentation dans la procédure pénale, 43. — Exclusion d'assistants judiciaires pour l'accusation, 45. — Admission d'assistants judiciaires pour la défense, 45. — Rôle des avocats, 47. — Limites du cumul des actions, 48. — Sa recevabilité en cas d'actions contre la même personne, 48. — Délits de différentes personnes, 49. — Exclusion du cumul des actions dans la procédure d'accusation, 50.

SECTION IV. — L'Introduction de l'Accusation. 52

Formation de la demande : *Petitio*, 52. — *Accusatio*, 53. — *Postulatio*, 53. — *Nominis delatio*, 54. — *Inscriptio*, 56. — Serment de *calumnia*, 58. — Liaison de l'instance : *In Jus Vocatio*, 58. — *Sacramentum*, 59. — *Interrogatio lege*, 59. — Suppression de la liaison contradictoire d'instance, 61. — Conséquences et moment de la mise en accusation, 63. — Toilette de deuil, 64. — Délais de l'action pénale, 64. — Conséquences du *reatus* pour les droits honorifiques, 64. — Transmission de l'action pénale aux héritiers, 65. — La *litis contestatio* du droit criminel, 65. — Réglementation par le magistrat de l'instruction préalable menée par l'accusateur, 66. — Constitution de jury, 67. — Serments des jurés, 68. — Fixation du jour de l'audience, 69. — Remise d'audience, 71. — Ordre des procès, 72.

SECTION V. — Les Moyens de Preuve. 74

Exclusion de la preuve formelle dans la procédure pénale, 74.

A. Déclarations et témoignages des personnes libres. 75

Déclarations des personnes libres, 75. — Interdiction légale d'être témoin, 75. — L'obligation de déposer dans la vieille procédure pénale publique, 78. — Moyens pour contraindre aux déclarations dans la procédure pénale relevant des magistrats, 80. — Interdiction de la torture à l'époque républicaine, 80. — Application de la torture sous le Principat, 81. — Le droit pour l'accu-

sateur de citer des témoins, 84. — Témoignage judiciaire et extra-judiciaire, 87.	
B. Dires et quasi-témoignage des esclaves	88
Déclaration de l'esclave, 88. — Limites dans lesquelles on peut contraindre l'esclave à faire une déclaration, 89. — Interdiction des déclarations d'esclaves au préjudice du maître, 91. — Interrogatoire avec torture usité pour les esclaves, 93.	
C. La perquisition à domicile et la saisie des papiers	95
Perquisition domiciliaire, 95. — Saisie des papiers d'affaire, 96.	
SECTION VI. — La Procédure de la Preuve.	90
Prestation de la preuve dans la procédure d'accusation, 99. — Attitude passive du magistrat et des jurés, 99. — Renouvellement de la procédure de la preuve, 100. — <i>Ampliatio</i> , 101. — <i>Compendinatio</i> , 102. — Appel des parties et des jurés, 104. — Les différentes formes d'introduction de la preuve testimoniale, 104. — Discours introductifs des parties, 106. — Délais des discours, 106. — L'éloquence judiciaire comme genre de littérature, 108. — Prestation de la preuve, 109. — Interrogatoire de l'accusé, 109. — Audition des témoins, 110. — Déclaration des esclaves, 111. — Production des titres, 112. — Délais de preuve, 113. — Influence du renouvellement de la procédure de la preuve sur la prestation de celle-ci, 113. — Durée de la procédure, 114.	
SECTION VII. — La Reddition de la Sentence.	115
Conviction du juge, 115. — La négation de l'accusé et le serment purgatoire, 117. — L'aveu de l'accusé, 117. — Aveu implicite, 119. — Appréciation des dépositions faites par des tierces personnes, 119. — Délibération avant la reddition de la sentence, 123. — Reddition de la sentence, 125. — Vote oral et vote écrit dans la procédure du jury, 125. — Compte des voix, 127. — Contenu du jugement des jurés, 127. — Le jugement dans la procédure pénale relevant du magistrat, 128. — Acquittement, 131. — Irrévocabilité du jugement dans la procédure d'accusation, 132.	
SECTION VIII. — Obstacles à l'Exercice de l'Action Pénale et à l'Exécution de la Peine	134
1 Extinction de l'action pénale au cours du procès (<i>abolitio</i>)	134
Disparition du juge répressif ou de l'accusateur, 135. — Abandon de l'action pénale, 136. — Suppression légale du procès pénal, 137.	
2 Exemption personnelle de la poursuite pénale	139
Exemption de la procédure pénale, 139. — Amnistie, 140	

	Pages.
3 <i>Le droit d'asile</i>	141
L'Asile de Romulus, 141. — Le droit d'asile grec, 143. — Le droit d'asile du culte impérial, 143. — Le droit d'asile chrétien, 145.	
4 <i>L'Intercessio et l'Appellatio de l'époque républicaine</i>	146
Notion de l' <i>intercessio</i> , 146. — Formes de l'intercession, 148. — Limites de l' <i>intercessio</i> en droit pénal, 150. — Réunion de l'intercession et de la réformation à l'époque républicaine, 153.	
5 <i>L'appel de l'époque impériale</i>	154
Fondement juridique de l'appel de l'époque impériale, 154. — Limites de l'appel, 155. — Marche de l'appel, 156. — Cassation et réformation résultant de l'appel, 158.	
6 <i>La provocation aux comices ou instance en grâce suspendant l'autorité de chose jugée de la condamnation pénale</i>	159
Notion de la provocation aux comices, 159. — Modalités de la provocation aux comices, 161. — Demande de grâce, 163.	
7 <i>La provocation militaire</i>	164
Provocation militaire, 164.	
8 <i>La restitutio in integrum</i>	166
Dans quels cas la condamnation peut-elle être annulée ? 166. — Procédure de nullité contre la sentence d'un jury, 167. — Rescision légale de la condamnation ayant force de chose jugée, 169. — <i>Restitutio in integrum</i> sous le Principat, 171. — Effets de l' <i>in integrum restitutio</i> , 173.	
9 <i>Délais de la procédure pénale</i>	170
SECTION IX. — Peines contre les Accusateurs 179	
Apparition des peines contre les accusateurs, 179.	
1 <i>Accusation faite sciemment à tort (calumnia)</i>	180
La <i>calumnia</i> criminelle, 180. — Notion de la <i>calumnia</i> , 181. — Procès de <i>calumnia</i> , 182. — Peine de la <i>calumnia</i> : infamie, 184. — Tallion, 186. — <i>Calumnia</i> criminelle en dehors de la procédure pénale ordinaire, 187.	
2 <i>Abandon injustifié de l'accusation (tergiversatio)</i>	188
Abandon de l'accusation, 188. — Procédure, 189. — Peines, 191.	
3 <i>Collusion (prævaricatio)</i>	192
Collusion, 192. — Procédure, 192. — Peines, 193.	

SECTION X. — Récompenses du Dénoncateur et de l'Accusateur . . . 195

Caractère exceptionnel des récompenses pour dénonciation, 195.
 — Exemption de la peine pour cause de dénonciation, 195. — Ré-
 compense de la dénonciation dans le procès criminel, 196. — Ré-
 compense du magistrat qui intente le procès pour la communauté,
 198. — Récompense du particulier qui intente le procès pour la
 communauté, 199. — Récompense de l'accusateur dans la procé-
 dure d'accusation, 200. — Procédure pour l'attribution des pri-
 mes, 202.

SECTION XI. — Les Procès-Verbaux 204

Apparition des actes des magistrats, 204. — Nom, 206. — Ré-
 daction des procès-verbaux, 207. — Forme et contenu du procès-
 verbal, 210. — Conservation des procès-verbaux, 212.

LIVRE IV**LES DIFFÉRENTS DÉLITS****Introduction 215**

Les diverses catégories de délits, 215. — Limites du droit pé-
 nal vis-à-vis des autres domaines juridiques, 217. — Les catégo-
 ries du plus ancien droit pénal, 220. — Valeur des plus anciennes
 catégories de délits au point de vue du fond et au point de vue
 procédural, 220. — Les catégories du droit pénal de l'époque pos-
 térieure, 222. — Qualités et défauts du droit pénal romain, 225.
 — Le travail scientifique et le droit pénal romain, 227. — Loi des
 XII Tables, 228. — Droit prétorien, 228. — Droit civil, 228. — Le
 travail scientifique et les différentes procédures criminelles, 229.
 — Ordre dans lequel ces délits nous sont présentés, 230.

**SECTION I. — Le Crime d'État (Perduellio, Crimen Majestatis im-
minutae) 233**

Perduellio, 233. — *Majestas*, 234. — *Ἀσιβεια*, 236. — Le crime
 d'État dans le très ancien droit romain, 235. — Lois relatives à
 la *quaestio*, 237. — Rapports du crime d'État avec les autres dé-
 lits, 237. — Complicité, 238. — Consommation du délit, 238. —
 Éléments du crime d'État en général, 239. — Classement des dif-
 férents cas de crimes d'État, 243.

1 Relations coupables avec l'ennemi 244

Désertion, 244. — Défection, 245. — Trahison, 245. — Rupture
 de ban, 247.

	Pages.
2 <i>Renversement de la constitution.</i>	248
Renversement de la constitution républicaine, 248. — Renversement de la constitution plébéienne, 251. — Tactique de la nouvelle monarchie, 253.	
3 <i>Violation des devoirs incombant aux magistrats et aux prêtres.</i> . . .	255
Délits des magistrats, 255. — Délits des prêtres, 259. — Délits des mandataires publics, 260.	
4 <i>Violation des devoirs civiques vis-à-vis de l'Etat.</i>	261
Délits civiques, 261. — Délits militaires, 262. — Sédition, 263. — Autres délits civiques, 266.	
5 <i>Violation des devoirs religieux des citoyens.</i>	269
Délit de religion de l'époque païenne, 269. — Actes culturels obligatoires, 270. — Fautes contre la religion nationale et la religion d'empire, 272. — Le judaïsme, 274. — Le christianisme, 278. — Le manichéisme, 280. — Mesures de police contre les abus religieux, 283.	
6 <i>Atteinte à la personne des magistrats de la cité.</i>	285
Attentats contre la vie des magistrats patriciens ou plébeiens, 286. — Meurtre de l'empereur, 287. — Injures aux magistrats, 287. — Injures à l'empereur, 288.	
Autorités compétentes pour le procès de lèse-majesté, 293. — Inégalités de la répression, 295. — Diversité de répression de la perduellion et du crime de lèse-majesté, 296. — Peine du crime d'Etat, 298.	
SECTION II. — Héretiques et non chrétiens.	303
Abrogation de la religion nationale, 303. — Le christianisme religion d'Etat, 303. — L'Empereur et le gouvernement de l'Eglise, 305. — Vol au regard des temples, 306. — Profanation, 307. — Blasphème, 307. — Le délit de religion contre le christianisme, 307. — La situation privilégiée des chrétiens orthodoxes au point de vue des droits civiques, 309.	
1 <i>Les chrétiens hétérodoxes.</i>	310
Hétérodoxie, 310. — Conséquences de l'hétérodoxie au point de vue de la théorie des délits, 313.	
2 <i>Les païens.</i>	316
Le paganisme, 316. — Conséquences du paganisme au point de vue de la théorie des délits, 318. — Procès contre les dissidents, 320.	

3 Les juifs.	321
----------------------	-----

Le judaïsme de la dernière époque, 321.

SECTION III. — Le Meurtre et les Crimes qui lui sont assimilés. . . 324

Parricidium, 324. — *Homicidium*, 325. — La plus ancienne procédure contre le meurtre, 326. — Le meurtre comme crime public, 326. — *Quaestio* pour le meurtre, 328. — La loi Cornélia sur le meurtre, 328. — Cas exclus de la procédure de meurtre : l'esclave, 329. — L'enfant en puissance, 331. — Légitime défense, 334. — Droit de la guerre, 336. — Meurtres commis à l'étranger, 336. — Absence de protection juridique d'après l'ancien droit, 336. — Absence de protection juridique pour l'ennemi d'après le droit récent, 337. — Absence de protection juridique pour la personne en rupture de ban, 338. — Déserteur, 338. — Exécution capitale, 338. — Mise à mort de l'épouse adultère et de son complice, 339. — Le droit romain développé n'admet pas qu'une personne soit privée de toute protection juridique, 340.

Dotus, 341. — Tentative, 342. — Complicité, 343. — Différentes catégories de délits d'après la loi sur le meurtre, 343.

1 Meurtre avec violence et vol de grand chemin (*crimen inter sicarios*). 344

Meurtre avec violence, 344. — Vol de grand chemin, 346. — Procédure de meurtre contre les esclaves de la victime, 346. — Peine du meurtre, 348.

2 Abus de la procédure capitale. 348

Violation par le magistrat du droit de provocation, 348. — Abus de droit de la part des jurés, 351. — Abus dans le témoignage, 352.

3 *Veneficium* et délits apparentés. 352

Avortement, 353. — Philtre, 354. — Castration, 354. — Circoncision, 355.

4 Meurtre par sorcellerie et magie. 356

Punition des mauvais magiciens, 356. — Éléments du délit de magie, 358. — Peine de la magie, 361.

5 Le meurtre d'un proche (*parricidium*). 361

Meurtre d'un proche, 361.

6 Incendie allumé par malveillance et crime commis à l'occasion d'un naufrage. 364

Incendie, 364. — Crime commis à l'occasion d'un naufrage, 365. — Formes de la procédure de meurtre, 365. — Procédure de la *cognitio*, 367. — Devoir pour les héritiers d'intenter le procès de meurtre contre les esclaves, 368. — Procédure de *cognitio* en cas

de meurtre du maître par ses esclaves, 368. — Peines du meurtre, 369.

SECTION IV. — **Violence (Vis)** 371

Vis et Metus, 371. — Violence permise, 372. — Mesures législatives contre la violence, 372. — Eléments de la violence délictuelle, 375. — Sédition, 377. — Détérioration et appropriation du bien d'autrui avec violence, 380. — Groupement délictuel, 382. — Abus d'une charge ou d'un mandat public, 383. — Séquestration et viol, 385. — Injure faite aux ambassadeurs, 386. — Assistance prêtée en cas de rupture de ban, 386. — Violation de sépulture, 386. — Justice privée, 386. — Action de violence, 387.

SECTION V. — **Faux et dol** 388

Le dol en droit pénal, 388. — Le faux, 388. — Dol, 389.

1 *Loi des XII Tables* 389

Cas particuliers visés par le très ancien droit pénal, 389.

2 *Faux en matière de testament et de monnaie et délits analogues* 394

La *lex Cornelia de falsis*, 391. — Faux en matière de testament, 392. — Faux en matière de titres, 394. — Falsification de métaux et de monnaie, 395. — Corruption de juges et délits analogues, 397. — Faux en matière de parenté ou de rang, 398. — Faux poids et fausses mesures, 399. — Procès, 400. — Peine, 400.

3 *Corruption en matière de procès* 400

4 *Actions complémentaires pour cause d'injustice (dolus, stellionatus)* 401

Action privée extraordinaire pour cause de dol, 401. — Action criminelle à raison du stellionat, 404.

SECTION VI. — **Les Délits sexuels** 406

1 *Relations sexuelles avec des proches (inceste) et infraction aux prohibitions de mariage* 406

Prohibition du mariage entre parents dans le droit primitif, 406. — Les prohibitions de mariage dans le droit postérieur, 408. — Les prohibitions de mariage de l'époque impériale, 409. — Eléments de l'inceste, 412. — Procès d'inceste, 413. — Peine de l'inceste, 413.

2 *Atteinte à la chasteté des femmes (adulterium, stuprum)* 414

La discipline domestique et la femme romaine, 414. — La procédure privée et publique de l'époque républicaine en matière d'impudicité, 415. — La loi d'Auguste sur l'adultère, 417. — Femmes

TABLE DES MATIÈRES

443

Pages.

qui ne sont pas soumises au précepte de la chasteté, 417. — Notion du mariage permis et protégé, 419. — *Stuprum et adulterium*, 420. — Éléments des délits, 422. — Procès d'adultère, 422. — Peine de l'adultère, 425.

3	<i>Proxénétisme (lenocinium)</i>	427
4	<i>Mariage déshonorant</i>	428
5	<i>Bigamie</i>	429
6	<i>Rapt</i>	429
7	<i>Pédérastie</i>	431