

MANUEL
DES
ANTIQUITÉS ROMAINES

XIX

MANUEL
DES
ANTIQUITÉS ROMAINES

PAR
THÉODORE MOMMSEN, J. MARQUARDT & P. KRÜGER

TRADUIT DE L'ALLEMAND SOUS LA DIRECTION DE
M. GUSTAVE HUBERT
Professeur honoraire à la Faculté de Droit de Toulouse, ancien Garde des Sceaux,
ancien Vice-Président du Sénat, premier Président de la Cour des Comptes.

TOME DIX-NEUVIÈME
LE DROIT PÉNAL ROMAIN
Par **THÉODORE MOMMSEN**

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

PAR
J. DUQUESNE
Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble

TOME TROISIÈME



PARIS
ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS
ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR
LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME
DE L'INSTITUT FRANÇAIS D'ARCHÉOLOGIE ORIENTALE DU CAIRE
DU COLLÈGE DE FRANCE ET DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE
4, Rue Le Goff, (V^o)

1907

LE
DROIT PÉNAL ROMAIN

Par THÉODORE MOMMSEN

III

DÉDIÉ

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

PAR

UN DE SES ANCIENS MEMBRES

LE
DROIT PÉNAL ROMAIN

PAR

THÉODORE MOMMSEN

TRADUIT DE L'ALLEMAND

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

PAR

J. DUQUESNE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

TOME TROISIÈME



PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR

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

4, Rue Le Goff, (V^e)

1907

DROIT PÉNAL ROMAIN

LIVRE IV

LES DIFFÉRENTS DÉLITS

(SUITE)

SECTION VII

(705)

ACCEPTATION DE LIBÉRALITÉS ET EXACTIONS DES AVOCATS ET DES MAGISTRATS

(Crimen pecuniarum repetundarum).

D'après les conceptions romaines, il est indécent d'accepter un dédommagement pour l'accomplissement des devoirs civiques les plus élevés. Le simple soldat reçoit une solde, mais non pas l'officier; l'artisan et le scribe sont payés, mais non pas le gérant d'affaires et l'avocat; enfin et surtout l'assemblée municipale et les magistrats de la cité fournissent gratuitement leurs services. Lorsqu'au temps de Caton cette vieille et belle coutume commença à périliter et fut peu à peu non pas abolie, mais simplement mise en échec par d'habiles expédients, on tenta de réprimer par des mesures législatives l'enrichissement incorrect des avocats et des magistrats. Nous devons exposer ici les lois promulguées dans ce but. Si les mesures prises contre les honoraires des avocats

Gratuité
des prestations
faites
par le citoyen.

n'ont eu que peu d'importance politique et ne rentrent pas à proprement parler dans le domaine du droit pénal, les règles répressives établies contre les profits des magistrats ont eu au contraire une importance politique considérable dans les deux derniers siècles de la République et ont en outre, à cette époque, été, non pas à raison de leur nature, mais à raison de leur forme, le point de départ d'une transformation générale du droit pénal.

Acceptation
d'argent par
les avocats.

(706) En 550/204, neuf ans avant le consulat de Caton l'Ancien, on vota, sur la proposition du tribun de la plèbe M. Cincius Alimentus, une loi qui enlevait toute efficacité juridique à la promesse de donation faite entre personnes non parentes, mais laissait subsister en principe la donation pleinement exécutée, tandis qu'elle prohibait une pareille donation faite à un avocat et organisait pour ce cas une action en restitution (1). Cette dernière interdiction a été maintes fois renouvelée et précisée à l'époque impériale, tout d'abord par Auguste en 737/17 (2), puis sous Claude en 49 (3) et sous Néron dans les années 54 et 58 (4). Cette règle s'est d'ailleurs maintenue dans

(1) Tacite, *Ann.*, 11, 5 (cpr., 15, 20) : *legemque Cinciam flagitant, qua cavetur antiquitus, ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat*. Cicéron, *De senect.* 4, 10 et Tite-Live, 29, 20, 11, déterminent l'époque de cette réforme. Les règles générales sur les promesses de donations et sur les donations réalisées n'appartiennent pas au droit pénal.

(2) Dion, 54, 18 : τοὺς ῥήτορας ἀμισθὶ συναγορεύειν τῆ τετραπλάσιον ὕσον ἂν λάβωσιν ἐκτίθειν ἐκέλευσε.

(3) Tacite, *loc. cit.* Le débat se termine ainsi : en cas d'acceptation d'honoraires supérieurs à 10.000 sesterces (= 100 aurei = 2.000 marks) pour le même procès l'avocat tombera sous le coup de la *lex repetundarum* (c. 7 : *capiendis pecuniis [posuit] modum usque ad dena sesterlia, quem egressi repetundarum tenerentur*). Cela doit être le sénatusconsulte que publie de nouveau sous Trajan le préteur de *repetundae* Licinius Nepos et dont il recommande l'observation (Pline, *Ep.*, 3, 9, [21] : *suberat edicto senatus consultum hoc, omnes qui quid negotii haberent jurare prius quam agerent jubebantur nihil se ob avocationem cuiquam dedisse promisisse cavisse... peractis tamen negotiis permittebatur pecuniam dumtaxat decem milium dare*).

(4) En l'année 54, le Sénat vota la suppression complète des honoraires (Tacite, 13, 5 : *ne quis ad causam orandam mercede aut donis emeretur*) ; mais déjà on l'an 58 on remet en vigueur la *poena Cinciae legis adversus eos qui pretio causas oravissent* (Tacite, *Ann.*, 13, 42), c'est-à-dire que la disposition de l'an 49 est rétablie. Cette prescription s'applique encore sous Justinien avec le même maximum (*Dig.*, 50, 13, 4, 10-13), Cpr. Quintilien, 42,

la suite avec cette seule modification qu'on reconnut plus tard à l'avocat le droit de recevoir des honoraires dans les limites fixées par la loi et qu'on lui garantit dans cette mesure l'assistance de la justice.

Le magistrat qui s'approprie injustement une chose publique ou le bien d'un citoyen ou d'un non citoyen est exposé à des actions pénales diverses dont nous parlerons dans la Section suivante. Si le magistrat reçoit simplement des dons, son acte est contraire aux convenances (1), non pas au droit; et, si sous la forme d'une libéralité se cache une exaction ou une corruption, ce fait en lui-même ne tombe pas sous le coup des lois pénales en vigueur. Peut-être l'ancien droit donna-t-il au préteur la possibilité de traiter comme délit privé l'abus grave des acceptations de libéralité (2) ou même de casser l'acte par voie de *restitutio in integrum* (3); il n'y eut là en tout cas qu'un remède peu important en pratique, étant donnée la preuve requise pour de telles exceptions. Le peuple de Rome et la confédération italique des cités de l'ancienne République avaient à peine besoin, à raison du peu de complexité de la vie publique à cette époque et de l'indépendance relative des cités unies à Rome, d'une protection juridique spéciale vis-à-vis des magistrats romains; dans les cas d'abus graves qui se sont certainement produits alors, l'intervention administrative du gouvernement romain n'a pas dû

Acceptation
d'argent par
le magistrat.

(707)

7, 10 et Plinc, *Ep.*, 5, 4. 9. 13, où celui-ci rapporte le procès de l'avocat Tuscilius Nominatus coupable d'avoir enfreint cette règle.

(1) L'ambassadeur romain envoyé auprès du roi Tigrane n'accepte des riches présents que lui fait celui-ci qu'une coupe d'or, et encore ne le fait-il que pour ne pas paraître impoli (Plutarque, *Luc.*, 21). La *lex repetundarum* ne s'applique pas aux dons faits par un souverain étranger indépendant.

(2) Bien que les avocats présentent fréquemment, et avec raison au point de vue moral, l'exaction comme un vol, les sources juridiques séparent toujours rigoureusement, tant au point de vue du fond que de la terminologie, les *repetundae* et le *furtum*. Le premier de ces délits suppose un déplacement de propriété, tandis que le second l'exclut.

(3) La *restitutio in integrum ob metum* est sans doute antérieure en fait à son introduction dans l'édit comme institution permanente (II p. 373), mais elle n'est pas un moyen de procédure ordinaire.

être sollicitée en vain (1). Des mesures exceptionnelles d'ordre législatif ne sont devenues nécessaires contre cet abus de la fonction publique que plus tard, lorsqu'au cours du VI^e siècle de la fondation de Rome les territoires conquis au-delà des mers furent annexés à la confédération italique des cités et que les abus inhérents au gouvernement de tels territoires se firent sentir. La première mesure de ce genre qu'enregistrent les annales, devenues pour cette époque dignes de créance et relativement complètes, fut provoquée par les plaintes portées en 583/171 devant le Sénat contre une série de gouverneurs romains à raison d'exactions commises dans les deux provinces d'Espagne. Afin de permettre l'examen de ces plaintes, un préteur chargé de ce soin organisa sur l'ordre du Sénat, pour chaque magistrat accusé, en groupant toutes les plaintes formulées contre celui-ci et en suivant les règles de la procédure civile, un tribunal de récupérateurs composé de cinq jurés de rang sénatorial (I p. 206 n. 1); les demandeurs reçurent les avocats de leur choix pris parmi les hommes les plus en vue du Sénat et au nombre desquels se trouvait naturellement Caton. Ces procès aboutirent au moins en partie à (708) des condamnations sévères contre les accusés (2). Dans les années suivantes, une série de procès semblables eurent également lieu sur l'impulsion du Sénat (3).

(1) Parmi ces mesures rentre l'intervention énergique du Sénat contre les mauvais traitements infligés aux Locriens pendant la guerre d'Hannibal.

(2) Tite-Live, 43, 2. La *dissensio*, dont il est question à cet endroit, a probablement consisté en ce que les quatre patrons ont tout d'abord conduit le procès ensemble, puis l'ont dirigé deux par deux. Le droit pour les parties de présenter et de récuser des jurés lors de la nomination de ceux-ci n'est nullement exclu par le *dare* du magistrat.

(3) Tite-Live, *Ep.*, 47 pour l'année 600/154; *aliquot praetores a provinciis avaritiae nomine accusati damnati sunt*. Si le Sénat n'avait pas provoqué ces procès, ils n'auraient pas figuré dans les annales. Naturellement, il arriva aussi plus tard, lorsque le contrôle de la justice eût été régulé, qu'on portât fréquemment plainte devant le Sénat par voie administrative: c'est ce qui eut lieu par exemple en 614 contre le gouverneur de Macédoine dont le père par le sang, T. Manlius Torquatus, proposa au Sénat de lui confier en première ligne le soin d'instruire l'affaire

Ces actions privées exceptionnelles ont bientôt après, en 605/149, donné naissance à une commission permanente de jurés présidée par un préteur. Celle-ci fut établie conformément à un plébiscite que le tribun de la plèbe, L. Calpurnius Pison, proposa, certainement à l'instigation du Sénat, pour réprimer l'acceptation par les magistrats de libéralités en argent. Cette création fut le point de départ de la procédure des *quaestiones* et par suite de la procédure criminelle de la fin de la République et de l'Empire (1). Ce plébiscite est sans doute cette même loi *Calpurnia* qui en droit civil a étendu aux créances de toutes sortes l'action personnelle précédemment introduite pour les créances d'argent (2). La loi *Calpurnia* fut bientôt suivie d'une loi *Junia*, dont nous ne connaissons que le nom (3); puis vint une loi qui nous est parvenue en grande partie et qui est vraisemblablement la loi *Acilia* de 631-632/123-122 (4) et après celle-ci, peu avant 643/111, fut votée

Les *leges repetundarum*.

(709)

(Tite-Live, *Ep.*, 54; Cicéron, *De fin.*, 1, 7, 24; Val. Max., 5, 8, 3) et quelques années plus tard contre Valerius Messala (Aulu-Gelle, 15, 14).

(1) I p. 220. La *lex Acilia repetundarum* (C. I. L. I^o p. 58 et sv.) nomme à la lig. 74 comme la première de cette liste la *lex, quam L. Calpurnius L. f. tr. pl. rogavit*. Cicéron, *Brut.*, 27, 106: *quaestiones perpetuae... antea nullae fuerunt*; L... *Piso tr. pl. legem primus de pecuniis repetundis Censorino et Manilio cos. tulit*. De même, Cicéron, *De off.*, 2, 21, 75. *Verr.*, 3, 84, 195. 4, 25, 56 et les scolies sur le discours *Pro Flacco*, p. 233. Orell. Tacite, *Ann.*, 15, 20. Par méprise, Val. Max., 6, 9, 10 (III p. 29 n. 1) nomme cette loi *lex Caecilia*.

(2) Gaius, 4, 19: *legis actio (per conditionem) constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re*.

(3) Nous ne le connaissons que par la loi *Acilia* qui à la lig. 74 nomme comme suivant la loi *Calpurnia* et comme précédant immédiatement la loi *Acilia*, la *lex quam M. Junius D. f. tr. pl. rogavit*.

(4) Pour la détermination de l'époque, cpr. C. I. L. I. p. 54. L'antériorité immédiate de la loi *Acilia* par rapport à la loi *Servilia* résulte du seul texte qui nomme cette dernière: Cicéron, *Verr.* 1. 4, 9, 26 (cpr. *Act.* 4, 17, 51); l'antériorité de la loi *Servilia* par rapport à la loi *Cornelia* est établie par Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 4, 9. L'ordre inverse affirmé par le scoliaste mal renseigné des *Verrines* est depuis longtemps écarté. Il est possible que le plébiscite, dont le texte nous est en partie parvenu et dont la date est déterminée, soit distinct du plébiscite *Acilien*, mais cela est peu vraisemblable, aussi présentons-nous ce plébiscite sous le nom de loi *Acilia*.

la loi proposée par le tribun de la plèbe, C. Servilius Glaucia (1). La loi Acilia, votée sous l'influence de C. Gracchus, a fait de l'action en répétition une action pénale, en imposant l'obligation d'une restitution au double comme en cas de vol, et a en même temps également aggravé les règles antérieures. La loi Servilia a, étant donnée la situation politique de son auteur, nécessairement suivi et accentué la même tendance; elle a établi la peine de l'infamie contre celui qui était condamné dans un pareil procès et a soumis les tiers détenteurs à l'action en répétition. Après la défaite de la démocratie, la *lex repetundarum* de Sylla, promulguée en 673/81 (2), fut certainement conçue dans un esprit tout différent. La dernière loi qui ait été promulguée sur ce délit à l'époque républicaine est celle de César, datant de son premier consulat en 695/39; elle aggravait de nouveau la répression (3) et est restée la loi fondamentale en cette matière à l'époque impériale (4).

(710) La fréquence de l'intervention législative en notre matière a eu pour principale cause les oscillations politiques sur la question de recrutement des jurés réglée par ces lois spéciales et en outre la fréquence et la gravité toujours croissantes

(1) Cicéron *Brut.*, 62, 224. *Verr.*, I. 1, 9, 26. *Pro Rab. Post.*, 4, 9. *Pro Balbo*, 24, 54. Asconius, *In Scaur.*, p. 21, éd. Orelli. Val. Max. 8, 1, 8. Ma conjecture d'après laquelle Glaucia, qui périt en 654/100, avait proposé cette loi en 643, s'appuie sur ce que la table de bronze qui contient la loi Acilia fut retournée et utilisée pour l'inscription d'un autre plébiscite, ce qui eût été difficile, tant que la loi Acilia fut en vigueur (*C. I. L.*, I, p. 56).

(2) Cicéron, *Pro Rab. Post.* 4, 9.

(3) Cicéron, *Pro Sest.*, 64, 135, avec les Scolies, p. 310; *In Vat.*, 12, 29 avec les Scolies p. 321; *In Pis.*, 21, 50, 37, 90; *Pro Rab. Post.*, 4, 8, 5, 12. Caesius, chez Cicéron, *Ad. div.*, 8, 8, où le ch. 101 de la loi est cité. Paul, 5, 28. *Cod. Th.*, 9, 27 = *C. Just.*, 9, 27 = *Dig.*, 48, 11, de *lege Julia repetundarum*. Cette loi est citée, en dehors de ce titre, aux *Dig.*, 1, 9, 2. tit. 16, 40, 1. 22, 5, 13, 48, 1, 1. 50, 5, 3. *Inst.*, 4, 18, 11. Elle était plus sévère que la loi Cornélia, car Cicéron le dit, *Pro Rab. Post.* 4, 8, et la situation politique de César à cette époque l'implique aussi.

(4) Le plébiscite, *Dig.*, 1, 18, 18 : *plebi scito continetur, uti ne quis praesidium munus donum caperet nisi esculentum potulentumve, quod intra dies proximos prodigatur*, est difficilement une des *leges repetundarum*, étant donné surtout qu'il ne peut s'agir de la loi Julia qui est une loi consulaire. Cette règle qui concorde avec celle des *leges repetundarum* peut aussi avoir été formulée dans un autre plébiscite.

des exactions des magistrats au dernier siècle de la République. Ces lois furent manifestement peu efficaces (1). Ce fut seulement avec l'avènement de l'Empire qu'un pouvoir central plus fort et un contrôle plus sévère endiguèrent dans une certaine mesure le flot déchainé des abus. Nous montrerons plus loin, qu'à la différence des lois républicaines qui se contentèrent en principe de réprimer la corruption des fonctionnaires par une action en répétition (*repetere*), la législation impériale, dans son désir d'assurer un fonctionnement sérieux du service de la justice, transforma la procédure en action criminelle et en dégagèa le délit de concussion.

L'action de *repetundae* ne s'applique dans la forme de la *quaestio* qu'à des personnes déterminées. Quant à la question de savoir quelles personnes ont le droit d'intenter cette action, nous ne pouvons l'exposer qu'à propos de la procédure. Peuvent être poursuivis dans cette forme de la *quaestio* :

Limitation sous la République de l'action de *repetundae* à l'ordre sénatorial.

1. Le magistrat de la communauté romaine, issu d'une élection populaire ou assimilé à ceux qui sont ainsi élus, en descendant jusqu'au tribun de légion ayant rang de magistrat (2), à raison des dons reçus pendant sa magistrature ou sa promagistrature ;

2. le sénateur romain (3), en tant qu'il remplit des fonctions

(1) Cicéron, *De off.*, 2, 21, 75 : *nondum centum et decem anni sunt, cum de pecuniis repetundis a L. Pisone lata lex est, nulla antea cum fuisset. At vero postea tot leges et proximae quaeque duriores, tot rei, tot damnati... tanta sublati legibus atque judiciis expletio direptioque sociorum ut imbecillitate aliorum, non nostra virtute valeamus.* Il n'appartient pas au droit pénal de citer les preuves très nombreuses en ce sens. O. Calidius, raconte Cicéron (*Verr.*, act. 1, 13, 38), *damnatus (dixit) minoris sestertium tricies (= 300,000 marks) praetorium hominem honeste non posse damnari.*

(2) Pour la délimitation, cpr. *St. R.*, 1, 9, [*Dr. publ.*, 1, 9]. Cette liste se trouve dans la *lex Acilia* en tête de l'énumération des personnes soumises à cette procédure.

(3) Dans la *lex Acilia*, l. 2, les mots *quojus[ve] pater senator siet* manquent d'un point d'attache nécessaire. Avant eux, il y avait sans doute soit la formule *quojus[ve] senator siet* (rendue vraisemblable par les paroles suivantes, cpr. *St. R.*, 3, 858, n. 2 [*Dr. publ.*, 7, 28, 2], soit la formule *quojus[ve] in senatu siet* (y compris les assesseurs ayant le droit de vote) qui a disparu ; car ce qui est dit des fils doit s'appliquer encore plus aux pères et, sans cette addition, certaines personnes, par exemple les légats séna-

(711) publiques soit comme auxiliaire d'un magistrat, soit par l'exercice de son droit de vote au Sénat (1), soit comme juré (2), peut-être aussi comme demandeur dans une procédure publique (3) ou comme avocat (4), à raison des sommes reçues d'un non citoyen pendant l'exercice de ces fonctions ;

3. les fils des personnes précédentes, à raison des sommes reçues pendant les fonctions de leur père (5) ; les épouses des

toriaux, ne tomberaient pas sous le coup de la loi. Aux *Dig.*, 50, 5, 3 le sénateur est aussi nommé parmi les personnes que cette loi oblige.

(1) On peut bien conclure de Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 3, 6 que ce cas était déjà visé par la loi Julia, étant donné surtout qu'aux *Dig.*, 48, 11, 6, 2 l'action de *repetundae* était permise au cas d'acceptation d'argent *ob sententiam in senatu consiliove publico* (dans une commission du Sénat : *Sf. R.*, 3, 1001 [Dr. publ., 7, 193] *dicendam*).

(2) Cicéron, *Verr.*, act. 1, 13, 38 : *quod P. Septimio senatore damnato* (un des jurés dans le procès de meurtre dirigé par C. Junius) *Q. Hortensio praetore de pecuniis repetundis lis aestimata sit eo nomine, quod ille ob rem judicandam pecuniam accepisset*. Le même, *Pro Cluentio*, 37, 104 : *qua lege in eo genere* (en cas de corruption de juré) *a senatore ratio repeti solet, de pecuniis repetundis ea lege accusatus... est*. c. 41, 114. Dans la loi Acilia, on ne trouve rien et on ne peut rien trouver de pareil, car, d'après la loi de l'époque des Gracques, les sénateurs ne peuvent pas être jurés. Si Appien, *B. c.*, 1, 22, n'exagère pas par esprit de parti, il en ressort que les *leges repetundarum* antérieures à cette loi Acilia punissaient en même temps la corruption des jurés, tandis que cette loi excluait cette répression.

(3) Le fait d'accepter de l'argent *ob accusandum vel non accusandum* (*Dig.*, 48, 11, 6, 2) et *ob denuntiandum vel non denuntiandum testimonium* (*Dig.*, 48, 11, 6, pr.) tombe sous le coup de la *lex Julia repetundarum*. Cette loi a dû restreindre le champ d'application de l'action au sénateur (III p. 9 n. 3), mais plus tard les *Dig.*, 3, 6, 1, 1, désignent comme soumis d'une manière générale à la *lex repetundarum* : *qui ob negotium faciendum aut non faciendum per calumniam pecuniam accepit*. Dans le dernier cas, la peine du *falsum* frappe aussi les deux parties (II p. 397).

(4) Nous n'avons pas de preuves pour l'époque de la République ; mais la répression criminelle de ce cas à l'époque impériale rend vraisemblable que, déjà sous la République, l'avocat, lorsqu'il était sénateur, pouvait être soumis à la procédure de *repetundae*.

(5) *Lex Acilia*, l. 2. Tacite, *Ann.*, 13, 43. La loi de Sylla semble avoir modifié cette règle ; car en 678/76 la même action dirigée contre C. Antonius, fils de M. Antonius (consul en 655/99), fut intentée devant le préteur pérégrin (Asconius, *In or. in tog. cand.*, p. 84 : *Graeci qui spoliati erant eduxerunt Antonium in jus ad M. Lucillum praetorem qui jus inter peregrinos dicebat* ; altéré chez Plutarque, *Caes.*, 4). Il est difficile que dans les cas où la *quaestio* était permise, l'action privée ait pu être intentée à sa place (cpr. III p. 21 n. 3).

gouverneurs de provinces ne peuvent pas être personnellement poursuivies à raison des sommes qu'elles ont reçues, mais, d'après le droit postérieur, le mari est tenu à raison de ces sommes (1);

4. peut-être d'après la loi *Julia* toute personne qui, sans être magistrat, exerce des fonctions publiques ou se rapprochant des fonctions publiques (2). (712)

La République n'est pas allée plus loin; notamment les personnes ayant rang de chevaliers, même si elles appartiennent à la suite des magistrats ou fonctionnaient comme jurés, n'étaient pas soumises à la *quaestio* (3). L'extension de cette procédure à la suite du magistrat a été proposée en vain au Sénat en 699/55 (4). Quant à l'extension plus importante de cette *quaestio* aux jurés n'appartenant pas à l'ordre sénatorial, la noblesse de finance ne se la laissa pas im-

Extension
sous l'Empire
de l'action
de *repetundae*
aux
fonctionnaires
en général.

(1) *Dig.*, 1, 16, 4, 2 : *senatum Cotta et Messala cos.* (20 ap. J. C.) *censuisse futurum, ut si quid urores eorum (des proconsuls)... deliquerint, ab ipsis ratio et vindicta exigatur.* D'après Tacite, en l'an 21, échoua devant le Sénat une proposition qui tendait à interdire aux gouverneurs de province d'emmener leur femme dans leur ressort (*Ann.*, 3, 33. 34); c'est alors que fut voté en l'an 24 le sénatus-consulte mentionné ci-dessus (*Ann.*, 4, 20).

(2) Dans l'indication de Marcien, *Dig.*, 48, 11, 1 : *lex Julia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu potestate curatione legatione vel quo alio officio munere ministeriove publico cepit vel cum ex cohorte cujus eorum est* — formule pour laquelle on trouve ailleurs l'expression générale *aliquam potestatem habere* (*Dig.*, 48, 11, 3) ou *munus publice mandatum* (*Dig.*, 48, 11, 9) — la seconde moitié, comme nous le montrerons prochainement, est fautive en tant que ce n'est pas la loi *Julia* elle-même, mais seulement ses extensions à l'époque impériale qui ont soumis à la loi la suite et les subalternes des magistrats. Pour les *curatores* et les *legati*, même pour ceux qui n'appartiennent pas à l'ordre sénatorial, l'indication peut être exacte.

(3) Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 5, 12 : *iste ordo (equitum) lege ea (Julia repetundarum) non tenetur.* Évidemment, cette remarque n'est exacte que sous réserve des exceptions qui résultent des explications antérieures; en effet, les magistrats inférieurs et les fils des sénateurs appartiennent à l'ordre équestre.

(4) Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 6, 13 : *cum... Cn. Pompeio consule (699/55) de hac ipsa quaestione referente existerent nonnullae, sed perpaucae lamem acerbae sententiae, quae censerent, ut tribuni, ut praefecti, ut scribae, ut comites (c'est-à-dire comites ex Italia : loc. cit., 7, 19) omnes magistratum hac lege tenerentur, vos... huic ordini ignem novum subici non sivistis.*

ser (1) et plusieurs tentatives faites en ce sens à l'époque républicaine échouèrent (2).

Sous l'Empire, les limites étroites de la procédure républicaine de *repetundae* furent reculées. Depuis lors, celle-ci s'appliqua également aux personnes suivantes :

(713) 5. Aux quasi-magistrats impériaux de l'ordre équestre. Nos annales ont enregistré peu de procès de ce genre. La cause en est sans doute que ces personnes ont eu régulièrement à répondre de leurs fautes devant le tribunal impérial et qu'elles n'ont été que rarement citées devant le tribunal du Sénat (3).

6. Aux jurés (4), accusateurs (II p. 192) et avocats (5) en général ;

7. A ceux qui accompagnent un fonctionnaire, notamment le gouverneur de province, sans distinction de rang (6) ;

(1) Lorsque C. Gracchus retira aux sénateurs le droit de siéger dans les jurys, notamment dans la *quaestio repetundarum*, pour le transférer aux chevaliers, il ne soumit ces derniers à aucun contrôle, en matière de corruption peut-être même supprima-t-il le contrôle existant (III p. 8 n. 2). Lorsque Cicéron (*Verr., act.* 1, 13, 38) affirme que pendant les cinquante ans que durèrent les tribunaux de chevaliers aucun juré fut soupçonné de corruption, il a du moins raison en ce sens ne qu'à cette époque il n'y avait pas d'action criminelle prévue pour ce cas et que par suite aucune ne fut intentée.

(2) En l'année 680/74, le Sénat résolut de faire présenter une loi contre la corruption des jurés en général (Cicéron, *Pro Cluentio.*, 49, 136 : *si qui sunt, quorum opera factum sit, ut iudicium publicum corrumperetur*), mais on ne donna aucune suite à cette résolution (*loc. cit.* 137). Une proposition semblable faite en 691/63 eut le même sort (Cicéron, *Ad. Att.*, 1, 17, 8, 2, 1, 8).

(3) Tacite, *Ann.*, 4, 15, pour l'an 23 : *apud (patres) etiam tum cuncta tractabantur, adeo ut procurator Asiae Lucilius Capito accusante provincia causam dixerit magna cum adseveratione principis non se jus nisi in servitia et pecunias familiares dedisse*. Dion, 37, 28. Un procès analogue : Tacite, *Ann.*, 14, 28 (*repr. Hist.*, 2, 10).

(4) Le juré proprement dit n'apparaît plus dans les compilations de Justinien, mais Paul 5, 23 = *Dig.*, 48, 19, 38, 40 dit du *iudex* du même genre (I p. 289) qui lui a succédé, du *iudex pedaneus* : *iudices pedanei si pecunia corrupti dicantur, plerumque a praeside aut curia summoventur aut in exilium mittuntur aut ad tempus relegantur*.

(5) Pléne (III p. 4 n. 2) mentionne une procédure de *repetundae* contre un avocat.

(6) Nous avons déjà fait remarquer que cette mesure avait été repoussée en 699/35 (III p. 4 n. 9) et que par conséquent elle était attribuée à tort à la loi Julia (III p. 4 n. 9). A l'époque impériale, toutes ces

8. Aux *officiales* subalternes (1).

La procédure de *repetundae* ne s'applique pas, même plus tard, aux autres particuliers, à moins qu'ils n'aient aidé le fonctionnaire dans l'accomplissement du délit (2). Celui qui pour commettre une exaction s'attribue faussement une charge publique ou une charge publique plus élevée que celle qu'il a en réalité est frappé d'une peine sévère, mais il ne semble guère que cet acte soit réprimé comme délit de *repetundae* (3).

Les *leges repetundarum*, dirigées au fond contre l'exaction et la corruption, évitent les difficultés de preuve en interdisant aux magistrats en général, par analogie avec les dispositions de la loi Cincia sur les libéralités faites aux avocats, d'accepter de l'argent (*pecunias capere*) (4) et accordent au do-

(714)

Eléments
du délit.

personnes furent soumises à la procédure de *repetundae* (Macer, *Dig.*, 48, 11, 5 : *in comites quoque iudicium ex hac lege iudicium datur*; Pline, *Ep.*, 3, 9) il en fut ainsi même de celles qui occupaient un rang modeste (Pline, *loc. cit.*, 3, 9, 9). Plus tard, ces personnes s'appellent *consilarii, domestici* (*Cod. Just.*, 1, 51, 3, 1. *tit.* 53, 1, 3. *cpr.* *C. Th.*, 9, 27, 3 = *C. Just.*, 9, 27, 1).

(1) C'est à ces personnes que se rapporte l'*officium ministeriumve* (*cpr.* *St. R.*, 1, 325 [*Dr. publ.*, 1, 371] *publicum* du texte de Marcien cité III p. 9 n. 2. L'expression relevée de *repetundae* est le plus souvent évitée ici, mais au fond il n'y a pas de différence.

(2) Pline, *Ep.*, 9, 3, 14 : *horum* (auxiliaires provinciaux du gouverneur de province, par opposition aux *comites ex Italia* III p. 9 n. 4) *ante quam crimina ingrederer, necessarium credidi elaborare, ut constaret ministerium crimen esse.* 6, 29, 8 : *quaesitum est, an provinciales ut socios ministrosque proconsulis plecti oporteret.* Cela était donc douteux en droit.

(3) *Dig.*, 1, 18, 6, 3 : *illicita ministeria sub praetextu adjuvantium militares viros ad concutiendos homines procedentia prohibere et deprehensa coercere praeses provinciae curet.* *Cpr. Dig.*, 3, 6, 8, 47, 13, 2. Paul, 5, 25, 12. (= édit de Théodoric, 39) fait rentrer ce cas dans le *falsum* : *qui insignibus alioris ordinis utuntur militiamque confingunt, quo quem terveant aut concutiant, humiliores capite puniuntur, honestiores deportantur.* *Cpr.* II p. 399 n. 4.

(4) *Pecunias capere conciliare* est l'expression dont on se sert déjà pour désigner ce délit dans la première action privée de 583/171 qui a préparé la procédure de *repetundae* (III p. 4 n. 2) et dans la procédure de 614/140 (III p. 4 n. 3). Cicéron, *De leg.*, 3, 20, 46 le qualifie de *captae pecuniae* dans l'explication des mots c. 4, 11 : *donum ne capiunto... gerenda... potestate.* Dans la loi Acilia l. 3, la formule revient avec l'accumulation de synonymes fréquente dans la science du droit romain : *pecuniam auferre capere cogere conciliare avertere*; Cicéron dans les *Verrines* (l. 3, 30, 71, c. 40, 91, c. 94, 218) cite comme termes mêmes de la loi Cornélia *pecunias capere conciliare* ou (3, 84, 194) *cogere conciliare*; dans le sommaire de la loi Julia contenu aux *Dig.*, 48, 11, 1, *pr.* on trouve *pecunias capere*. Du

nateur, pour le cas de contravention, une action en répétition (*pecunias repetere*) (1). Dans l'exposé qui va suivre, nous analysons les éléments de l'acceptation d'argent punie comme délit de *repetundae*, en tant qu'ils ne résultent pas des règles sur les conditions requises pour jouer le rôle de défendeur dans la procédure de *repetundae*.

Acceptation
de libéralités.

(715)

1. Le caractère illicite de toute libéralité faite en deça des limites précédemment indiquées est le point de départ de l'action en répétition (2). Comme libéralité de ce genre, on ne considère pas seulement tout acte contractuel, qui au fond tend à une donation (3), mais on va même jusqu'à supposer une donation dans tout achat d'un magistrat et le vendeur a le droit de réclamer à l'acheteur les choses vendues sans avoir à rembourser le prix (4). Le droit ne prend en considération ni la bonne foi possible du donateur et du preneur, ni le rapport juridique qui peut exister entre eux ; le gouverneur de province ne peut recevoir aucune libéralité non seulement des sujets

reste, la phrase n'est pas caractéristique en soi et est fréquemment employée pour désigner une acquisition légitime.

(1) *Pecunias repetere* a ce sens technique dans *Rhet. ad Her.*, 1, 11, 20 et chez Cicéron, *Divin. in Caec.*, 3, 17 et fréquemment ailleurs. Pour la forme elliptique *repetere* je ne trouve à l'époque républicaine aucune autre preuve que la lettre de Caellius *Ad div.*, 8, 8 ; chez Quintilien, Tacite et ailleurs on la trouve fréquemment. — Du reste, Cicéron (*De l. agr.*, 2, 22, 59 : *judicium de pecuniis repetundis*) emploie aussi cette expression à propos du pécuniaire.

(2) Cicéron, *De lege.*, 3, 4, 11 (III p. 11 n. 4) Ulpien, *Dig.*, 1, 16, 6, 3 : *mandatis* (dans les instructions impériales pour les magistrats provinciaux) *continentur, ne donum vel munus ipse proconsul vel qui in alio officio erit accipiat*. Pline, *Ep.*, 4, 9, 6. 7. Dion, 72, 11. — Les livraisons et les prestations gratuites auxquelles le magistrat a droit comme tel sont légalement réglées (*St. R.*, 1, 294 [*Dr. publ.*, 1, 336]).

(3) *Dig.*, 48, 11, 8, 1 : *lex venditiones locationes ejus rei causa* (pour cause de donation) *pluris minorisve factas irritas facit*. *Cod.*, 2, 19, 11.

(4) *Dig.*, 18, 1, 46, 49, 14, 46, 2. *C. Th.*, 8, 13, 2. 5. *Cod.*, 2, 19, 11. Si cette action en répétition n'est pas intentée dans le délai de cinq ans après la sortie de charge du magistrat, la chose achetée échoit au fisc (*C. Th.*, 8, 13, 5) ; d'après une autre constitution, cette confiscation semble même avoir lieu immédiatement (*C. Th.*, 8, 15, 1). Il y a, en outre, des peines établies au profit du fisc : d'après Hermogénien, *Dig.*, 49, 14, 46, 2 une peine du simple ; d'après Marcien, *Dig.*, 18, 1, 46, citant une constitution de Septime Sévère, une peine du quadruple.

soumis à son gouvernement, mais même de toute personne quelle qu'elle soit. Sont légalement exclus de cette prohibition :

a) Les donations de comestibles, de boissons et d'autres menus objets, dont l'acceptation n'entraîne à proprement parler aucune augmentation de patrimoine (1). Toutefois, pour empêcher de tourner la loi par cette voie, on fixe le maximum que la valeur globale des libéralités de ce genre peut atteindre pour l'année de charge, de telle façon que dans le cas où il est dépassé il y a lieu à répression. La quotité licite a été, au moins à l'époque récente, la même que pour les honoraires des avocats (III p. 2 n. 3), c'est-à-dire 10.000 sesterces (2). L'acceptation de ces menues libéralités est même interdite aux fonctionnaires subalternes, depuis qu'ils sont soumis à la loi de *repetundae* (3).

(716)

b) Les dons qui, faits dans un but honorifique, n'enrichissent pas celui qui les reçoit (4). Cela s'applique notamment aux som-

(1) Le plébiscite en question a déjà été cité (III p. 6 n. 4). Les *xenia* donnent toujours lieu à des scrupules : Pline, *Ep.*, 3, 13, 8. Ulpien, *Dig.*, 1, 16, 6, 3 précise la règle : *non in totum xenis abstinere debet proconsul, sed modum adicere, ut neque morose in totum abstineat neque avaro modum xeniorum excedat. Quam rem divus Severus et imperator Antoninus elegantissime epistulae sunt moderati; cujus epistulae verba haec sunt: « quantum ad xenia pertinet, audi quid sentimus: velus proverbium est: ὄστε πάντα ὄστε πάντοτε ὄστε παρὰ πάντων. Nam valde inhumanum est a nemine accipere, sed passim, vilissimum est et omnia avarissimum ».*

(2) Loi Acilia, l. 2 : *in annos singulos pecuniae quod siet amplius sestertium...* Venuleius Saturninus, *Dig.*, 43, 11, 6, 2 : *urbani magistratus* (ceux-ci sont seuls nommés ici à cause de la règle de l'annuité)... *ne... plus doni muneris in anno accipiant quam quod sit aureorum centum*, où par analogie avec la loi Cincia l'*aureus* est mis ici pour 100 sesterces et non pour 1.000 sesterces suivant l'assimilation absurde de l'*aureus* avec 1.000 sesterces adoptée ailleurs (par ex. *Inst.*, 3, 7, 3) dans le droit de Justinien. — Comme dans un procès de *repetundae* de 642/112 la peine ne s'élevait, d'après un renseignement assez sûr, qu'à 4.000 sesterces (Cicéron, *Verr.*, l. 4, 10, 22; *Vell.*, l. 2, 15; les 8.000 sesterces indiqués aux *Verr.*, 3, 80, 184 sont peut-être le double de la peine), le maximum permis a sans doute été au début inférieur. Admettre que cette fixation d'un maximum ne visait que les donations proprement dites, tandis que toute exaction ou corruption, quelle que fût son montant, était punissable, serait aller à l'encontre de l'intention manifeste du législateur qui était d'écarter toute recherche sur l'origine plus ou moins licite de l'enrichissement.

(3) *C. Th.*, 11, 11, 1 = *C. Just.*, 11, 55, 2.

(4) Cicéron, *Ad Q. fr.*, 1, 1, 9, 26 : *cum... nominatim... lex excipiat, ut ad*

mes d'argent remises aux gouverneurs de province pour perpétuer leur souvenir par une œuvre quelconque. Toutefois, par suite des abus commis dans cette voie, la loi Cornélia disposa que si les sommes n'étaient pas employées dans les cinq ans conformément à leur destination, elles devraient être traitées comme libéralités illicites (1);

c) Les dons de parents, qui du reste sont rarement possibles au regard des fonctionnaires provinciaux, sont exceptés dans les prohibitions des *leges repetundarum*, comme dans celles de la loi Cincia (2).

Appropriation. 2. L'appropriation du bien d'autrui renfermant en soi les éléments du vol (3), peut aussi être poursuivie par l'action de *repetundae*; car, bien que la *condictio* suppose par définition un déplacement de propriété et que celui-ci soit exclu par le vol, cette action s'étend cependant au voleur (4).

Exaction. 3. L'exaction, qui consiste à provoquer des dons en menaçant de certains désavantages celui qui refuserait la libéralité demandée, ne figure pas comme telle dans l'ancien droit criminel (5); la prohibition absolue des libéralités même volontaires coupe court aux difficultés qu'eût présentées la preuve de la contrainte et restreint dans une certaine mesure des débats judiciaires déshonorants pour l'Etat lui-même. Toutefois, au moins depuis le 11^e siècle ap. J.-C., l'exaction, sans être exclue de la procédure de *repetundae*, est traitée

templum et monumentum capere liceret. Lui-même refuse de tels dons : *Ad Att.*, 5, 21, 7.

(1) Renseignements détaillés dans *Verr.*, I, 2, 57-69, spécialement c. 53, 142.

(2) *Dig.*, 48, 11, 1, 1 : *excipit lex a quibus licet accipere, a sobrinis propiorum gradu cognatis suis uxore* (plutôt *uxorisve*). Pour la loi Cincia cpr. *Frag. Vat.*, 298-307.

(3) Cicéron, *Verr.*, 4, 41, 88 rapporte un cas de ce genre.

(4) L'anomalie, consistant à permettre l'exercice de la *condictio* contre le voleur, a vraisemblablement été provoquée, comme nous le montrerons plus loin, par le vol entre époux; lorsqu'on a introduit l'action de *repetundae* on a certainement eu en vue les dons et exactions illicites et non le délit peu aristocratique du *furtum* proprement dit.

(5) Il n'y a pas à tenir compte ici de la *restitutio in integrum ob metum* et de l'action privée *quod metus causa*.

comme délit indépendant (1) en qualité d'intimidation, de (717)
concessio (2), d'extorsion de dons ou de prestations (3) par Concussion.
 abus des pouvoirs de la fonction (4).

4. Pour la raison précédemment indiquée la corruption d'un Corruption.
 magistrat n'est pas plus que l'exaction un délit indépendant
 en droit romain. L'acceptation d'une libéralité de la part d'un
 magistrat comme prix de l'accomplissement ou du non accom-
 plissement d'un acte de sa fonction (5) n'est atteint par les an-
 ciennes lois que par suite de la défense générale d'accepter
 de l'argent ; en énumérant une série de cas particuliers (6) de
 ce genre, la loi Julia fait plus que le nécessaire ou plutôt elle
 fait une œuvre superflue ; car le motif qui a déterminé l'accep-

(1) Macer, *Dig.*, 47, 13, 2 : *concessionis iudicium publicum non est.*

(2) *Concutere* (de *qualere*, à proprement parler secouer) est synonyme de *terrere* (Paul, 5, 25, 12 : cpr. III p. 11 n. 3. *Dig.*, 47, 13, 1).

(3) Ou aussi de services : *C. Th.*, 11, 11, 1.

(4) De la part de fonctionnaires supérieurs : *C. Th.*, 9, 26, 6. c. 7 = *C. Just.*, 9, 27, 4. c. 5. ; de fonctionnaires subalternes : *Dig.*, 1, 13, 6, 3, 47, 13, 1 ; et aussi en cas d'usurpation des pouvoirs d'une autorité publique : Paul, 5, 25, 12.

(5) *Dig.*, 48, 11 4 : *quo magis aut minus quid ex officio suo faceret.*

(6) Nomination de jurés (cpr. Cicéron, *Verr.*, 3, 88, 206). *Dig.*, 48, 11, 3 : *ob iudicandum vel non iudicandum decernendumve* ; *ibid.*, 7, *pr.* : *ob iudicem arbitrumve dandum mutandumve iubendumve ut iudicet*, et aussi *ob non dandum non mutandum non iubendum ut iudicet*. — Arrestation : *Dig.*, 48, 11, 7, *pr.* : *ob hominem in vincula publica coiciendum vincendum vincivive iubendum exve vinculis dimittendum*. — Prononciation de jugement : *Dig.*, 48, 11, 7, *pr.* : *ob hominem condemnandum* (ou même *ob hominem necandum*) *absolvendumve et ob litem aestimandam iudiciumve capitis pecuniaeve faciendum vel non faciendum*. *C. Th.*, 9, 27, 5. c. 6 = *C. Just.*, 9, 27, 3. c. 4. *Nov.*, 124, c. 7. Ce cas rentre aussi pour les deux parties dans la notion de *fulsum* (II p. 397 n. 3) et dans certains cas l'action de meurtre elle-même est possible (II p. 350 n. 2). — Levée de troupes : *Dig.*, 48, 11, 6, 2 : *ob militem legendum mittendumve* ; la prestation *evitandi tirocinii causa* est un *crimen concessionis* (*Cod.*, 4, 7, 3). — Logement de troupes : Cicéron, *Ad Att.*, 5, 21, 7. — Réception de constructions publiques : *Dig.*, 48, 11, 7, 2 : *ne acceptum feratur opus publicum faciendum... surta tecta tuenda antequam perfecta probata praestita lege erunt*. Cicéron, *Pro Fonteio*, 8, 17. — Remise d'impôts et de prestations dus à l'Etat. *Dig.*, 48, 11, 7, 2 : *ne acceptum feratur... frumentum publice dandum*. Cicéron, *Verr.*, 1, 3, 36, 83. — Remise de prestations à faire à une cité sujette : Cicéron, *Ad Att.*, 6, 1, 21, où le fait d'accorder à Caeltus ce qu'il demande, *Ad div.*, 8, 9, 4 est qualifié de *pecuniam conciliare*, c'est-à-dire de délit de *repetundae*. — Indemnité pour transfert de charge devait aussi rentrer de plein droit dans ces cas (*Nov.* 8 c. 7. 8).

(718) tation de l'argent n'augmente pas la gravité du délit. Cela a été modifié, il est vrai, dans la suite, lors du développement du système du dosage des peines. Le point de savoir dans quelle mesure la faute morale contenue dans toute corruption est commune aux deux parties n'a pas d'importance en droit ; s'il plaît au corrompueur de confesser son acte, il a le droit de réclamer du magistrat corrompu ce qu'il a donné à tort (1). — A l'époque postérieure, pendant laquelle l'achat des charges est devenu en quelque sorte une opération permise, les lois ont plutôt blâmé la corruption qu'elles n'en ont punie, et lorsqu'elles l'ont réprimée, la peine infligée a été minime (2).

Déjà
en matière
d'impôts.

5. L'établissement de nouveaux impôts, lorsque cet acte n'est pas couvert par le pouvoir discrétionnaire du magistrat, tombe sous le coup de la *lex repetundarum* (3). Rentre dans cette catégorie, d'après la loi Julia, la perception de l'or coronaire, sauf lorsque le Sénat a accordé le triomphe au gouverneur de province (4.) La même règle s'applique naturellement à toute exagération injuste dans la levée des contributions établies (5). De même, le fait, souvent mentionné

(1) Cette règle est concevable, étant donné que le but de la *condictio* était d'assurer le contrôle des magistrats : la compensation de l'indignité réciproque, qu'établit le droit civil, du moins celui de l'époque récente (*Dig.*, 12, 5, 3 ; *C. Th.*, 9, 29, 1), aurait privé la loi de son effet précisément dans les cas les plus graves.

(2) On trouve bien çà et là dans les constitutions de la dernière période (*C. Th.*, 6, 22, 1. c. 2, 8, 1, 1. 12, 1, 25. *C. Just.*, 4, 2, 16 et notamment dans la constitution de Théodose II. *C. Just.*, 9, 27, 6), pour le cas d'achat d'avancement ou d'élévation de rang, la peine de la cassation et aussi d'autres peines, le plus souvent pécuniaires ; mais le droit ne parvint pas à une répression générale et efficace d'une telle brigue. Bien au contraire, on vit sortir de là l'institution régulièrement organisée du paiement de *sportulae* pour l'entrée en charge, avec cette réserve naturelle que les excès furent également défendus ici (*Nov.*, 8, c. 1).

(3) Cicéron, *Pro Fonteio*, 9, 19.

(4) Cicéron, *In Pis.*, 37, 90. L'or coronaire est donné au général en tant que représentant de l'État ; si le général ne le remet pas, il est réclamé par l'État comme l'argent du butin (Cicéron, *De l. agr.*, 2, 22, 59). Cpr. Marquardt, *St. V*, 2, 295 [*Manuel Antiq. Rom.*, 10, 372].

(5) Nous avons comme exemples les réquisitions de céréales de Verrès (Cicéron, *Verr.*, 1, 3, 81, 188 sv.) et les réquisitions de Flaccus pour l'entretien d'une flotte (Cicéron, *Pro Flacco*, 12, 27). Le droit pénal n'a pas à

pour la dernière période, de réclamations exagérées d'impôts et de *sportulae* par le fonctionnaire subalterne chargé de la perception de ces contributions est un cas du même genre (1). La condition requise pour tous ces délits est l'enrichissement personnel du fonctionnaire, base juridique sur laquelle se fonde la *condictio*; les actes identiques accomplis au profit de l'État ne rentrent pas dans la notion de *repetundae* (2). (719)

Les délits cités jusqu'ici permettent l'exercice d'une action en répétition. Mais les *leges repetundarum* visent encore un certain nombre d'autres cas qui ne comportent pas l'application d'un tel moyen de procédure.

1. Vraisemblablement aussi tôt que pour l'acceptation de libéralités (3) on a défendu au fonctionnaire en service dans une province de se livrer, dans l'étendue de son ressort (4), à des opérations qui ne sont pas absolument réclamées par sa situation (5); le magistrat ne doit nullement s'enrichir dans

Interdiction
de faire
des affaires.

établir dans quelle mesure ces réquisitions étaient légitimes ou non. Appartiennent à cette catégorie les *supereactionum vel concussionum crimina* de l'époque postérieure (*Nov. Theod. II.*, 7, 2, 1).

(1) *Vita Marci*, 41: *dedit curatoribus regionum et viarum* (donc en Italie) *potestatem, ut vel punirent vel ad praefectum urbi puniendos remitterent eos qui ultra vectigalia quicquam ab aliquo exegissent*. A ce délit correspondent dans les provinces les *illicitae exactiones sub specie tributorum*. Exemples: *C. Th.*, 8, 4, 2 = *C. Just.*, 12, 57, 1. *C. Th.*, 8, 11 = *C. Just.*, 12, 63. *C. Th.*, 11, 8, 4. c. 2 = *C. Just.*, 10, 20, 1. Il est aussi souvent question de réquisitions exagérées de *sportulae* de procédure depuis qu'il y en a (*Inst.*, 4, 6, 25. *Cod.*, 3, 2 et dans les différentes taxations de *sportulae*: *Cod.*, 1, 27, 1, 17. c. 2, 12, 12, 19, 12. tit. 25, 4).

(2) Sous Auguste, le Gaulois Licinus, percepteur d'impôts, aurait commis des exactions de ce genre (Dion, 54, 21). Toutefois, dans de pareils cas, par exemple, lors de la levée illégitime de l'or coronaire, l'avantage propre du fonctionnaire a dû jouer au moins un certain rôle à côté d'autres considérations.

(3) Si Caton l'Ancien se faisait déjà scrupule d'acheter des esclaves pour son propre compte dans sa province (Plutarque, *Apophtegmata Cat. maj.*, 27), il peut avoir obéi à une saine coutume, non à la loi. Mais la défense de faire des affaires et celle d'accepter des libéralités sont si intimement apparentées qu'elles sont sans doute aussi vieilles l'une que l'autre.

(4) *Dig.*, 18, 1, 62, pr. 49, 14, 46, 2. Par contre, il est dit au *C. Th.*, 8, 15, 1: *nihil interest, an in suo pago an in alieno comparavit*.

(5) La *lex Cornelia repetundarum* prescrit au gouverneur de province de n'acheter aucun esclave dans son ressort, sauf pour remplacer celui qui

sa circonscription ni par des dons, ni par le commerce ou toute autre activité (1). Cette règle, qui s'est appliquée de tout temps au magistrat, régit aussi plus tard les *officiales* subalternes (2). Tout acte conclu contrairement à cette prescription peut donner lieu à l'action en répétition (III p. 12 n. 4); mais celle-ci n'est pas possible pour un nombre important d'opérations de ce genre (3).

(720) 2. On défend encore spécialement au gouverneur de province (4) et au sénateur (5) d'avoir des navires de mer, vraisemblablement parce qu'ils servent aux opérations commerciales.

Autres délits
de *repetundae*.

3. Le fait de prêter des deniers publics pour son propre profit rentre comme vol d'une chose publique dans la notion de *péculat*, mais semble, si l'on peut accorder confiance à Cicéron (6) en cette matière, avoir été aussi embrassé parmi les délits de *repetundae*, bien que l'on ne puisse concevoir ici la cité romaine comme co-demanderesse dans une action de *repetundae*.

4. Le fait pour le gouverneur de dépasser les frontières de sa province (7).

viendrait à mourir (Cicéron, *Verr.*, I, 4, 5, 9). *Dig.*, 12, 1, 34, 1 : *praeses provinciae mutuum pecuniam fenebrem sumere non prohibetur* (dans un autre sens à vrai dire, *Cod.*, 4, 2, 16). On blâme même l'adition d'une hérédité pendant l'exercice de la charge (Cicéron, *Pro Flacco*, 34, 85).

(1) Cicéron, *Verr.* I, 3, 72, 169. 4, 4, 5, 5, 18, 46. *Dig.*, 12, 1, 33, 49, 14, 46, 2. *C. Th.*, 8, 16, 1. *C. Just.*, 1, 53, 1, 2, 4, 2, 16. 9, 27, 6. La constitution d'Honorius (*perduo*) et celle de Valentinien III (*Nov.*, 31) qui permettent aux magistrats de faire des affaires et même de recevoir des libéralités n'ont pas été longtemps en vigueur.

(2) *Cod.*, 1, 53, 1, 3, 2, 19, 11, 4, 44, 18.

(3) Cette répression n'est pas possible, par exemple, au cas de prêt contracté par le gouverneur sans nécessité.

(4) *Dig.*, 49, 14, 46, 2. La loi Julia n'est pas nommée à cette occasion; mais la prescription rapportée ici se rattache à la suivante.

(5) *Dig.*, 50, 5, 3. *Cpr. St. R.*, 3, 899 [*Dr. publ.*, 7, 73] pour la cause originale de cette prescription, cause qui ne se rattache pas à la matière des *repetundae*.

(6) Cicéron, *Verr.*, I, 3, 72, 168. Les accusations accumulées dans le discours contre Pison, notamment au c. 37, 90, ont si peu de fondement qu'il ne faut pas attacher grand prix à chacune d'elles, étant donné surtout que toute violation du droit tombe sous le coup de la loi, lorsqu'elle se fonde sur une corruption.

(7) Cicéron, *In Pis.*, 21, 50 : *quae cum plurimae leges veteres tum lex Corne-*

5. Le fait pour le gouverneur de congédier son légat avant de quitter la province (1).

Les lois sur les *repetundae* ont donc été utilisées par le législateur pour introduire à côté de la répression des exactions beaucoup d'autres prescriptions relatives aux fonctionnaires provinciaux ; mais on ne doit pas faire de ces lois une instruction générale pour ces fonctionnaires. Les abus, auxquels l'envoi, par les cités sujettes, d'ambassades de remerciement et d'honneur donna lieu de la part des gouverneurs de province, provoquèrent la fixation légale, en dehors d'une loi de *repetundae*, d'un maximum pour indemnités de voyage (2) ; de même, il ne semble pas qu'on ait rattaché aux *repetundae* les restrictions prises pour remédier aux surcharges qu'on imposait aux contribuables en vue des jeux à organiser dans la capitale et dans les provinces (3). Ici encore, nous retrouvons la nonchalance et le peu de méthode des législateurs de la fin de la République ; le délit de *repetundae* demeure, comme le réclament son nom et une tradition digne de foi, l'enrichissement injuste réalisé par des personnes ayant une fonction publique ou semi-publique. (721)

L'action en répétition pour enrichissement injuste réalisé par un avocat contrairement à la loi Cincia ou par un magistrat contrairement aux *leges repetundarum* n'est pas autre chose que la *condictio* appelée par Gaius *de omni certa re* et dans nos ouvrages juridiques *condictio sine causa* ou *ob turpem causam* (4). Cette action tend à faire obtenir la restitution du

Action
en répétition
du droit civil.

lia majestatis (cpr. I p. 270 n. 1 ; II p. 258 n. 1). *Julia de pecuniis repetundis planissime vetat.*

(1) *Dig.*, 1, 16, 10, 1.

(2) La loi promulguée sur cette matière par Sylla était encore en vigueur à côté de la *lex Julia repetundarum* (Cicéron, *Ad fam.*, 3, 10, 6 cpr. *Ep.*, 8, 2).

(3) Pour les jeux de la capitale, cpr. Marquardt *St.* V, 3, 205 [*Manuel Antiq. Rom.* 13, 255] ; pour les jeux provinciaux : Tacite, *Ann.*, 13, 31 ; *C. Th.*, 13, 5. *C. Just.*, 11, 1.

(4) On sait que la *condictio* est une action unique et que les différentes

montant ou la prestation de l'équivalent des sommes ou des valeurs injustement acquises.

Lorsqu'un citoyen intente cette action, elle vient devant le préteur urbain et s'exerce suivant un formulaire qui lui est spécial et qu'on appelle la *legis actio per condictionem* (1). La preuve qu'au début on ne pouvait faire valoir des créances de ce genre que par voie d'action privée ordinaire ressort d'une manière irréfutable de ce fait que le préteur pérégrin, devant lequel le citoyen romain qui a eu à subir un préjudice de la part d'un magistrat romain ne pouvait jouer le rôle de demandeur, présida, jusqu'à la promulgation de la loi Acilia, la cour judiciaire exceptionnelle établie par la loi Calpurnia (2). Ce mode de répression des *repetundae* est resté possible à toutes les époques et pour tous les cas; l'action contre l'avocat coupable d'avoir demandé des honoraires exagérés n'a pas été soumise sous la République à la forme de la *quaestio* et n'a été assujettie à la procédure de *repetundae* qu'à l'époque impériale (III p. 10 n. 5).

(722) Après l'établissement d'une procédure de *repetundae* spéciale, le citoyen romain n'a pas été juridiquement privé du droit d'exercer son action suivant cette procédure (3). Si immédiatement après cette réforme le citoyen romain ne porte pas

condictiones de nos ouvrages juridiques, qui se présentent en apparence comme formellement indépendantes, ne sont en réalité que des applications de cette action pour des causes spéciales. *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem*, dit Ulpian (*Dig.*, 12, 5, 6), *existimantium id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici*. Cela est exact tant pour la répétition du prêt que pour la *condictio indebiti* et les autres *condictiones* citées sous des rubriques spéciales. Pour la *condictio furtiva* cpr. III p. 14 n. 4.

(1) Gaius, 4, 17 a et suiv.

(2) Loi Acilia, spécialement l. 12.

(3) Le début de la loi Acilia nous est parvenu en mauvais état: [*quo socium no]minisve Latini exterarumve nationum, quoive in arbitrato ditione potestate amicitia[ve] populi Romani...]. Mais il est possible que le citoyen y ait été nommé et dans la l. 76 on suppose la possibilité pour le citoyen d'agir comme demandeur. Cicéron, *Pro Cluentio*, 37, 104 mentionne l'action d'un citoyen romain contre un juré sur le fondement de la *lex Cornelia repetundarum*.*

sa *condictio* devant la *quaestio* de *repetundae* (1) et si, par suite, cette dernière est désignée comme affectée à la protection des alliés et des sujets des cités soumises (2), la cause peut en être, abstraction faite de ce que les magistrats commettent ces délits surtout contre les non citoyens, que la forme de l'action collective est souvent incommode pour le citoyen. — Du reste, le fait que parmi les victimes de *repetundae* agissant collectivement se trouvent des citoyens romains n'altère en rien le caractère de la procédure. C'est seulement à l'époque impériale que les concessions de plus en plus larges du droit de cité et l'extension du droit d'agir en justice ont enlevé à la procédure de *repetundae* son caractère d'institution principalement destinée aux alliés.

Le non citoyen peut certainement faire valoir son droit suivant la procédure ordinaire (3), il peut aussi se servir d'une autre forme d'action, qui par sa nature appartient également au droit privé, mais qui est plus rigoureuse que l'action privée ordinaire et qui plus tard se transformera en procédure criminelle ; c'est de cette dernière forme d'action que nous allons maintenant nous occuper. Bien que nous ayons déjà exposé dans le Livre III les différentes règles de cette *quaestio* qui ont donné d'une manière générale à la procédure criminelle postérieure ses principaux caractères, il nous semble utile de rappeler ici brièvement les particularités du procès de *repetundae*.

Particularités
juridiques
de la *quaestio*.

1. L'introduction de l'action a lieu, d'après les deux plus an-

(1) Cicéron, *Divin. in Caec.*, 5, 18 : *civibus cum sunt ereptae pecuniae, civili fere actione et privato jure repetuntur.*

(2) Cicéron, après les mots cités plus haut : *haec lex socialis est, hoc jus nationum exterarum est.* De même, *Verr.*, l. 2, 6, 15, et souvent ailleurs.

(3) L'action prévue dans la loi *Acilia* l. 8, qui ne se termine pas, comme la *quaestio*, par un paiement à l'*aerarium*, mais par un paiement direct au demandeur, est manifestement la *condictio* régulière du droit privé. Comme le montre la loi *Acilia*, cette action privée n'était pas soumise aux délais incommodes de la *quaestio* (*l. Acilia*, l. 7 ; Varron, chez Nonius, p. 26 v. *rapones*) et elle pouvait aussi dans certains cas être pratiquement préférable à l'action toujours politique de la procédure publique. Le procès contre C. Antonius mentionné III p. 8 n. 5 rentre dans cette catégorie.

(723) ciennes *leges repetundarum*, suivant la formule de la *legis actio sacramento*, alors d'application générale pour la procédure civile (1). La troisième *lex repetundarum*, la loi Acilia, est la première qui ait remplacé cette forme par l'*in jus vocatio* ou la *nominis delatio*, c'est-à-dire par l'adduction de l'accusé devant le magistrat (II p. 58 sv.) ou par une dénonciation du coupable (II p. 54). L'enquête préalable sur les lieux, qui peut-être éventuellement nécessaire pour la réunion des moyens de preuve, est faite sous la République par les représentants des victimes et sous le Principat par celles-ci elles-mêmes (II p. 67 n. 2.)

2. Suivant le précédent établi pour les procès qui ont préparé cette *quaestio* et où toutes les réclamations de même nature dirigées contre le même magistrat étaient réunies dans une même instance, cette règle du groupement, divergente de celles qui régissent la procédure de l'action privée (2), fut sans doute posée pour cette *quaestio* par une loi (3). Cette me-

(1) Loi Acilia, l. 23 : [aut quod cum eo lege Calpurnia aut lege Junia sacramento actum siet aut quod h. l. nomen [delatum siet]. L'emploi de cette formule par le préteur pérégrin peut d'autant moins surprendre que Gaius, eu égard sans doute à la procédure de *repetundae* elle-même, déclare superflue l'introduction de la *legis actio per conditionem* par le préteur urbain, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere. Il va de soi que l'on pouvait agir par *legis actio sacramento* devant le préteur pérégrin et Gaius, 4, 31, le confirme. — Si plus tard l'action de *repetundae* est encore désignée comme *lege agere* (Cicéron, *Divin, in Caec.* 5, 19), la phrase est ici employée dans son sens large (Keller, *Civilprozess* § 12, n. 187. § 46, n. 524^a).

(2) D'après les matériaux de droit privé que nous possédons, plusieurs actions intentées par divers demandeurs contre le même défendeur peuvent, lorsqu'elles sont engagées à temps, être renvoyées au même juré, si tel est l'avis du magistrat (*Dig.*, 40, 12, 9, *pr. ad eundem iudicem mittetur*; Quintilien, 3, 10, 1. 2), mais cela n'est pas nécessaire (*Dig.*, 2, 14, 9, *pr.*) et ne porte aucune atteinte au droit de chaque partie d'agir en justice quand bon lui semble (Planck, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten*, p. 126 sv.). La *lex repetundarum* exige au contraire cette combinaison, en décidant que l'action pour cause de *repetundae* ne peut, abstraction faite d'un délit postérieur, être exercée qu'une seule fois (l. 56).

(3) Cette règle se trouvait vraisemblablement dans la loi Acilia l. 5. Nous ne savons pas comment on procédait dans chaque cas particulier il est possible que l'action ait été introduite par un seul demandeur et que les autres aient eu la faculté d'adhérer à la procédure.

sure s'imposait ; car on ne pouvait en fait organiser autrement cette longue procédure qui accaparait pour un grand laps de temps, un certain nombre d'hommes considérables. Celui qui ne peut pas ou qui ne veut pas s'engager dans cette procédure a la faculté de se servir de l'action privée (1).

3. On augmenta pour ce procès global le nombre des jurés. Ceux-ci ne reçurent plus désormais le nom moins relevé de récupérateurs, mais eurent le titre plus apprécié de *judices*. Le magistrat devant lequel l'action était portée n'était plus réduit à organiser le procès, comme cela a lieu dans l'action privée ordinaire, mais il devait diriger les débats et assurer le vote. Ce magistrat était, d'après la loi Calpurnia et la loi Junia, le préteur pérégrin ; plus tard, en vertu de la loi Acilia elle-même, un préteur spécial fut affecté à ces procès (2).

(724)

4. Le procès de *repetundae* a, au cours de son évolution, gardé le caractère d'une action privée en tant que les parties, c'est-à-dire la victime et l'auteur du dommage, luttent entre elles, tandis que dans les *judicia publica* postérieurs il y a bien apparemment en présence un demandeur et un défendeur, alors qu'en réalité il n'y a pas de parties, puisque le demandeur se présente ici en qualité de représentant de la communauté. Toutefois, les victimes s'effacent dans le procès de *repetundae*, plus encore que dans l'action privée proprement dite, derrière leurs représentants ; car le groupement des différentes actions s'étend aussi à la représentation et la nomination des représentants dépend plus du magistrat président que des demandeurs (3), de telle façon que les patrons qui accusent peuvent aussi être considérés comme représentants de la cité romaine. Le patron se nomme soit représentant de

(1) Lorsqu'une partie n'a pas pris part à la procédure de la *quaestio*, il lui reste l'action civile ordinaire (L. 7, 8 : *ut ei privato solvatur*, tandis que, d'après la loi, le condamné paie au *populus*).

(2) C. Claudius Pulcher, consul en 662/91 (il peut difficilement avoir été consul en 621/139), est appelé dans son *elogium* : *judex q(uaestionis) veneficis, pr(a)tor repetundis* (C. I. L., I² p. 200).

(3) Loi Acilia, l. 9 et sv.

la victime (*actor* ou aussi *cognitor*) (1), et cette appellation est la plus usitée au début, soit représentant de la cité (*accusator*), et cette dénomination est habituelle à l'époque récente.

5. La réunion des procès du même genre permet ou des débats successifs ou un débat global. Il est difficile que les lois aient posé des règles à ce sujet. L'option pour l'une ou l'autre méthode a dû être laissée à l'appréciation de l'avocat et du président ; mais, en pratique, on a, au moins le plus souvent, groupé en une seule réclamation les différentes actions juridiquement distinctes les unes des autres (II p. 104).

(725) 6. La règle de l'action privée, d'après laquelle la condamnation doit porter sur une somme d'argent fixe (2), conduit, en cas de succès du demandeur, dans les actions qui originai-
 rement n'ont pas pour objet une somme d'argent, à une double sentence des jurés : à une réponse affirmative sur la prétention du demandeur et à une transformation de cette prétention en une somme d'argent, ou pour me servir des expressions romaines, à une estimation de l'objet du litige, à une *litis aestimatio* (3). Afin de plier la créance de *repetundae*, qui peut porter sur toute espèce d'objet du patrimoine, à la forme de la *condictio* introduite par la loi Silia pour les dettes d'argent, la loi Calpurnia prescrit l'estimation en argent de tout objet

(1) Dans le procès de Verrès, Cicéron, avant d'être institué formellement comme *patronus*, se donne fréquemment le nom d'*actor* (par ex. : *Divin.*, 5, 19, 20, 65) ; il ne le fait plus ensuite que rarement (*Act.*, 1, 1, 2, 1, 5, 70, 170) ; *cognitor* avec le sens technique du droit privé ne se trouve que dans *Divin.*, 4, 11, où la question se pose de savoir si le pérégrin qui agit peut rendre sa situation plus forte au point de vue de la procédure en cédant formellement sa créance au patron romain.

(2) Gaius, 4, 48 : *omnium formularum... ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus... iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.*

(3) Cicéron, *Verr.*, 1, 1, 38, 95. c. 39, 99) rapporte quelques extraits du procès-verbal dressé sur ce point dans le procès de Cn. Dolabella en 670/78 : *de (ou ex) litibus aestimatis Cn. Dolabellae pr(aetoris) et pro pr(aetore) pecuniae redactae : quod a communi Milyadum.* — La sentence du juge se traduisait ici, comme dans la procédure de *praevaricatio* (II p. 130 n. 2), par les mots *redigam* ou *non redigam*.

(*omnis certa res*) (1). — A vrai dire, la différence entre les deux procédures est plus accusée en fait. Dans l'action privée ordinaire, il n'y a qu'un demandeur, le groupement de plusieurs créances dans un même débat n'est qu'exceptionnel et l'objet de l'action est toujours défini par la formule; dans la procédure de *repetundae*, au contraire, on réunit les créances de différents, souvent de nombreux demandeurs, sans les préciser au préalable, mais les jurés ne votent qu'une fois sur la question de fait sans viser les différentes créances, par conséquent affirment ou nient simplement qu'il y a eu acceptation d'argent. Il en résulte que l'estimation, qui par essence n'est que l'appréciation en argent de la créance reconnue, a en fait ici pour objet d'établir les différentes créances. Ce vice inhérent à l'organisation même de la procédure (2) a ordinairement en pratique pour corollaire qu'après la réponse affirmative sur la question générale de fait les jurys laissent traîner le second acte du procès, c'est-à-dire le règlement des différentes créances (3). — D'après le droit de la République (4), c'est toujours le même tribunal qui prononce la con-

(726)

(1) III p. 5 n. 2. L'action de *repetundae* n'a jamais été limitée à la *condictio certae pecuniae*, la loi Calpurnia la conçoit déjà comme *condictio de omni certa re*. Ordinairement, l'action de *repetundae* a dû apparaître sous la forme de la *condictio incerti* que les jurisconsultes romains ont fait sortir de la *condictio certi*.

(2) Prise strictement, la « *condemnatio* » (II p. 428), dans le procès de *repetundae*, n'est que la résolution prise par la *quaestio* de passer à l'examen des créances particulières, étant donné que l'accusé semble être dans son tort. Il était théoriquement possible que malgré cette décision on ne trouvât pas de majorité pour chaque créance particulière et que par suite la *condemnatio* fût sans objet.

(3) Cicéron, *Pro Cluentio*, 41, compare le *judicium* et la *litis aestimatio*: *numquam ea diligentia, quae solet adhiberi in ceteris judiciis, eadem reo damnato adhibita est*. Les jurés avaient coutume, lorsque la condamnation était prononcée, de ne plus être aussi scrupuleux quant au règlement des différentes créances, en partie par antipathie pour le condamné (il faut lire *non invidi admittunt* au lieu de *non admittunt*), en partie par indifférence. Il semblera peut-être sévère que l'historien qui veut enregistrer les résultats pratiques de cette procédure dresse ici un procès-verbal de carence; rien n'est cependant plus exact. Cpr. Cicéron, *Verr.*, Act. 1, 13, 38.

(4) C'est ce que montre la loi Acilia et ce que confirme Cicéron, *Pro Cluentio*, 41, 116 et ailleurs.

damnation et l'estimation. Ce système fut modifié dans les procès consulaires-sénatoriaux de l'époque impériale, sans doute parce qu'on ne pouvait pas demander au Sénat de s'occuper de la fixation des diverses créances. L'estimation fut ici, après jugement sur la question de fait (1) ou aveu de l'accusé (2), renvoyée à un tribunal de récupérateurs.

7. Si dans l'action en répétition la sentence est rendue en faveur des victimes, l'exécution a lieu, comme l'introduction de l'action, simultanément pour tous les demandeurs et est prise en mains par la cité romaine. Avant que le tribunal ne passe à l'estimation, le condamné doit fournir à la caisse de l'État romain une garantie en rapport avec le montant global des créances tel qu'il est apprécié provisoirement par le tribunal. Lorsque l'estimation a eu lieu, cette caisse paie aux différents demandeurs la somme réclamée au condamné (3). C'est ici surtout que le procès de *repetundae* se présente comme l'affaire de la cité romaine; celle-ci se reconnaît jusqu'à un certain point responsable du dommage causé par ses magistrats et épargne aux demandeurs les difficultés de l'exécution privée, difficultés particulièrement grandes pour l'étranger isolé.

8. Si le condamné n'est pas en état de fournir une sûreté

(1) I p. 297. Agir en justice s'appelle *judices petere* (Suétone, *Dom.*, 8: *auctor et tribunis plebi fuit aedilem sordidum repetundarum accusandi judicesque in eum a senatu petendi*); condamner et être condamné s'appellent *judices dare* et *accipere* (Pline, 4, 9, 19: *negavit congruum esse retinere in senatu, cui judices ded rint.* 2, 11, 2: *excessisse Priscum... crimina, quibus dari judices possent*; 6, 29, 10: *judicibus acceptis*). Tacite, *Ann.*, 1, 74, dit que les *judices* sont des récupérateurs: *de pecuniis repetundis ad recuperatores itum est*. Il n'y a pas lieu d'être surpris que le Sénat ou plutôt les consuls renvoient à un tel tribunal une action qui est à proprement parler civile.

(2) Le coupable qui avoue demande des *judices*: Pline, *Ep.*, 2, 11, 2 (cpr., 4, 6, 29, 9): *Marius Priscus accusantibus Afris, quibus pro consule praefuit, omissa defensione judices petiit*.

(3) Loi Acilia, l. 57 et sv. Les sommes d'argent qui rentrent de cette manière sont gardées d'une façon spéciale dans l'*uerarium*; elles sont jusqu'au paiement la propriété de la cité romaine, car la clause *quod sine malo pequlatu fiat* (cpr. la *lex Cornelia de XX quaestoribus*, 1, 5 [Girard, p. 64]), habituelle en cas de paiement de deniers publics, se rencontre également ici (l. 69).

dans les conditions indiquées, il est traité comme débiteur insolvable. On peut se demander à cet égard si les règles rigoureuses de l'ancien droit des obligations, notamment l'*ad-dictio* et la détention pour dettes, s'appliquaient au dernier siècle de la République contre un débiteur de la communauté. Nous n'avons aucune preuve en faveur de l'affirmative (1). Mais la loi Acilia ordonne certainement la saisie du patrimoine, sa vente et le paiement des créanciers avec le produit de cette vente et jusqu'à concurrence du prix obtenu (III p. 26 n. 3). La même procédure a lieu, lorsque l'accusé meurt au cours du procès et que ses héritiers n'acceptent pas l'hérédité (I p. 76). Dans ce dernier cas, le patrimoine n'est pas vendu comme celui d'un failli, mais il est réalisé dans une forme moins déshonorante comme masse héréditaire abandonnée (2). De même, si l'accusé pour se soustraire au déshonneur abandonne son droit de cité avant la condamnation (I p. 78), l'ensemble de son patrimoine est vendu par la cité (3).

La *condictio* en soi ne fait pas obtenir plus que l'équivalent de ce qui a été injustement acquis. La loi Calpurnia et la loi Junia ont conservé à cette action la même mesure; elles li-

Peine.

(1) Dans le procès d'amende contre Scipion la détention pour dette joue encore un rôle (Tite-Live, 38, 58). Elle n'apparaît pas dans les débris de la loi Acilia qui nous sont parvenus.

(2) Le récit de Valère Maxime, 9, 62, 7 (en lui-même peu digne de foi : Drumann, 4, 195) doit, en égard à la distinction de la *bonorum possessio vivi seu mortui* (Gaius, 3, 78 sv.), être entendu en ce sens que C. Licinius Macer, menacé d'être condamné dans un procès de *repetundae*, attenta à ses jours en déclarant, *se non damnatum, sed reum perire nec sua bona hastae posse subici*, où d'ailleurs les derniers mots disent trop.

(3) *Lex repetundarum*, l. 29 (complétée en égard au reste de la rubrique du chapitre... *rit aut in exilium abierit*): [*sei is* (l'accusé) *prius mortuos erit aut in exilium abierit quam ea res [ju]dicata erit, pr(actor)... eam rem ab eis* (par les jurés) *item quaerito*... Déjà, avant l'introduction de la *quaestio*, (Tite-Live, 43, 2) on mentionne des exils fondés sur le délit de *repetundae* et plus tard il en est fréquemment question. Cpr. au Liv. V la Section de l'exil.

mitent l'action à la simple reprise de ce qui a été donné (1).

(728) Caius Gracchus a fait de l'action d'indemnité une action pénale et a infligé au condamné pour cause de *repetundae* la peine qui frappe le voleur condamné, c'est-à-dire la peine du double (III p. 28 n. 1). Cette réforme s'explique de la part de l'adversaire passionné de l'aristocratie et en face de l'excès de vénalité et de cupidité de cette dernière; mais étant donné que les éléments du délit n'étaient pas modifiés et que ce délit embrassait peut-être même la simple acceptation irréfléchie d'une libéralité, la passion a ici, comme toujours, fait perdre de vue la véritable base de l'action.

Quant à la répression postérieure du délit des magistrats, nous ne sommes, chose surprenante, que peu renseignés. Aucune preuve n'est nécessaire pour affirmer que la loi Servilia n'a pas adouci la peine établie par la loi Acilia; malgré la même absence de preuves, il n'est pas non plus douteux que, lors de la réaction contre le mouvement démocratique des Gracques, Sylla a rétabli l'indemnité du simple à la place de la peine du double. Quant à la peine établie par la loi Julia, tout témoignage nous fait défaut; si les textes de Justinien ne parlent pas de multiple, la cause en est peut-être à la transformation totale du délit dans la dernière période de l'Empire; ce fait est cependant favorable à la conjecture d'après laquelle la peine du multiple aurait cessé d'être en vigueur depuis Sylla.

L'empereur Auguste a prescrit la peine du quadruple contre les avocats qui toucheraient des honoraires supérieurs au maximum licite (2) et diverses constitutions de l'époque postérieure à Constantin ont posé des règles semblables vis-à-vis des magistrats (3). Ces dispositions spéciales ne permettent

(1) Loi Acilia, l. 59 : [*quod ante h. l. rogatam consilio probabitur captum*]... *conciliatum esse, eas res omnis simpli, ceteras res omnis, quod post hanc legem rogatam co[n]silio probabitur captum... conciliatum... esse, dupli.* Cpr. III p. 13 n. 2.

(2) Dion, 54, 18 pour l'année 737/17.

(3) En dehors de la peine fiscale du quadruple de la valeur du litige, prescrite par Septime Sévère à côté de l'action en répétition pour les

pas de conclusions rétroactives au regard de la loi générale de *repetundae*.

La diminution de l'honorabilité civique est contraire à la nature même de la *condictio* et elle n'a pas été attachée aux condamnations prononcées en vertu des anciennes lois de *repetundae* (1); une remarque identique peut être faite même au regard de la loi Acilia (2). Par contre, la loi *Servilia* prive le condamné de ses droits politiques (3). Sylla a vraisemblablement aboli cette règle, mais César l'a rétablie (4). Au début de l'époque impériale, la condamnation pour cause de *repetundae* n'entraîne pas non plus de peine criminelle proprement dite (5), mais elle engendre l'incapacité de garder

achats faits par les fonctionnaires dans leur ressort (III p. 12 n. 4), on rencontre la peine du quadruple pour les exagérations de demandes d'impôts dans la constitution de Constance *C. Th.*, 11, 16, 8 = *C. Just.*, 10, 48, 8, vis-à-vis des *officiales* (à côté du double pour les magistrats), dans celles de Valentinien 1^{er} (*C. Th.*, 11, 16, 11 = *C. Just.*, 10, 48, 8, 2), Gratien (*C. Th.*, 9, 27, 3 = *C. Just.*, 9, 27, 1 = Edit de Théodoric, 3, 4), Honorius (*C. Th.*, 11, 7, 20) et Justinien (*Cod.*, 3, 2, 2; *Inst.*, 4, 6, 25), de même chez Cassiodore, *Var.*, 9, 11, 6; pour la corruption de magistrats dans celle de Théodose II. *Cod.*, 9, 27, 6; pour la soustraction, dans celle d'Honorius, *Cod.*, 4, 51, 3, 1, où la moitié de la peine échoit à la victime et l'autre moitié au fisc. La peine du quadruple, applicable en cas de péculat, a pu servir de base à ces mesures. Peine du double (peut-être à raison d'une interpolation de Justinien) *Co-l.*, 10, 20, 1, *pr.* — L'indication confuse de l'ignorant scoliaste des Verrines, p. 146 : *duae res consequantur damnationem pertinebat qua (?) vel simplex vel duplex vel quadruplatio ducebatur, altera exilii* mérite à peine d'être citée.

(1) Le consul de l'année 598/156, L. Lentulus, fut, après une condamnation pour cause de *repetundae*, élu censeur en 607/147 (*Val. Max.*, 6, 9, 10).

(2) Malgré les lacunes, cela est assez certain.

(3) *Rhet. ad Her.*, 1, 11, 20 : *lex* (celle-ci ne peut être que la loi *Servilia*, étant donnée l'époque à laquelle cet ouvrage fut rédigé) *vetat eum qui de pecuniis repetundis damnatus est in contione orationem habere*. Cette interdiction appartient manifestement à une liste comme celle que rapporte la table de Bantia (*C. I. L. I.*, p. 45; *cpr.* *St. R.*, 1, 201 [*Dr. publ.*, 1, 229]) et il est vraisemblable qu'on y trouvait l'exclusion du Sénat.

(4) *Dig.*, 1, 9, 2 : *Cassius Longinus non putat ei permittendum, qui propter turpitudinem senatu motus nec restitutus est, iudicare vel testimonium dicere, quia lex Julia repetundarum hoc ferit vetat*. Suétone, *Caes.*, 43 : *repetundarum convictos etiam senatu movit*, ce qui, d'après le texte précédent, doit être rapporté à la loi consulaire.

(5) Lorsque dans un procès de *repetundae* on condamne à l'exil, on a soin d'ajouter que la condamnation embrasse d'autres délits (Tacite,

(730) ou d'obtenir des charges et des sacerdoces (1), de siéger au Sénat (2), de fonctionner comme juré (3) ou comme représentant judiciaire (4) ou de se produire publiquement comme témoin (5). Par exception, le Sénat, qui n'est pas lié par les lois, s'est abstenu, tout en condamnant, d'infliger cette privation de l'honorabilité civique (6).

Pour les délits assez nombreux qui tombent sous le coup de la loi de *repetundae*, mais pour lesquels l'idée d'indemnité n'est pas applicable, nous ne connaissons pas d'autre répression que cette peine politique.

La procédure de *repetundae* a été régie par ces règles sous la République et au premier siècle de l'Empire. En droit strict, la condamnation n'engendre pas à proprement parler les conséquences habituelles en matière de délit; elle n'en anéantit pas moins ordinairement, même lorsqu'elle s'élève simplement à l'indemnité du simple, la situation sociale du coupable. De bonne heure, il s'est agi dans ces procès non pas de simples inconvenances ou d'injustices de peu d'importance, mais d'exactions de grande envergure qui créaient des patrimoines colossaux lorsqu'elles réussissaient, mais qui, en cas d'échec, ruinaient le coupable, même s'il n'était condamné qu'à une indemnité du simple. Cette conséquence n'a pas été engendrée par la peine elle-même, mais par la faillite qui est

Hist., 4, 45 : *damnatus lege repetundarum et exilio ob saevitiam*. Pline, *Ep.*, 6, 29, 9). Ce que dit Pline (n. 1) sur un condamné pour cause de *repetundae* confirme aussi que l'exil n'atteignait pas ce dernier.

(1) Pline, 2, 11, 12 : *stabat modo consularis modo septemvir epulonum, jam neutrum*. Peut-être le *damnum cum infamia* des *Dig.*, 48, 19, 3, *pr.* se rapporte-t-il aux *repetundae*.

(2) En dehors des textes cités III p. 29 n. 4. Tacite, *Ann.*, 14, 48 (cpr. 13, 33), *Hist.*, 1, 77. Suétone, *Octo*, 2. Pline, *Ep.*, 2, 11, 20. *Ep.*, 12, 4, 9, 16-19.

(3) *Dig.*, 1, 9, 2, (III p. 29 n. 4). 48, 11, 6, 1.

(4) *Dig.*, 48, 11, 6, 1.

(5) Paul, *Dig.*, 22, 5, 15, *pr.* : *repetundarum damnatus nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest*, 48, 11, 6, 1. Ulpien, *Dig.*, 28, 1, 20, 5 ne l'admet pas comme témoin en justice, mais comme témoin dans les testaments. Cpr. II p. 78.

(6) Nous savons que devant le Sénat siégeant comme tribunal on attaquait comme inadmissible la forme de jugement *salva dignitate iudices dandos*, mais que cette rédaction triompha (Pline, *Ep.*, 4, 9, 16-19. 6, 29, 10).

en fait la suite habituelle de cette peine. La sortie, en apparence volontaire, du peuple de la cité souveraine et en conséquence la perte de l'existence politique ont déjà été provoquées par les sentences de récupérateurs antérieures à la loi Calpurnia (1) et sont devenues dans la suite la conséquence normale de la condamnation pour cause de *repetundae* (2).

Vers le milieu de l'époque impériale, le caractère de la procédure se modifie. La faculté pour les tribunaux suprêmes de fixer la peine à leur gré s'exerce vraisemblablement surtout pour ces délits de fonctionnaires (3). Peu à peu la libre fixation de la peine devient ici générale et le délit de *repetundae* est, soit sous son vieux nom (4), soit comme nous l'avons indiqué plus haut (III p. 13), en cas d'exaction proprement dite, sous le nom d'intimidation, de *concessio*, réprimé, abstraction faite de toute règle, par une peine en général notablement plus grave, principalement par le bannissement et la confiscation du patrimoine (5). Une telle peine ne laisse plus

(1) Tite-Live, 43, 2, 10.

(2) Tant dans le procès de M. Aquillius, consul en 653/101 (Cicéron, *De or.*, 2, 47, 194), que dans celui de Verrès (Cicéron, *Verr.*, 1, 2, 31, 76), le maintien au nombre des citoyens (*retinere in civitate*) dépend de la sentence des jurés. La même remarque s'applique à l'affaire de Rabirius Postumus (Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 5, 11: *potestis tollere ex civitate quem vultis*), bien que celui-ci ne fût pas accusé pour cause de *repetundae*, mais pût être seulement accusé à la faillite par une sentence du tribunal le condamnant à payer une indemnité. Je n'enregistre pas les nombreuses preuves qui nous attestent l'exil de tels condamnés (même pour l'époque impériale: Juvénal, 1, 47). — Le scoliaste des Verrines (III p. 28 n. 3) se trompe ici comme à l'habitude.

(3) La lettre de Pline 4, 9, citée en ce sens, montre pour un procès global de ce genre une gradation de la peine qui va de la déportation (celle-ci également chez Dion, 60, 23) jusqu'à la relégation pour deux ans. Un avocat se voit, à la suite d'une demande d'honoraires exagérés, privé de l'exercice de sa profession pour cinq ans (Pline, 5, 13, 6). *Vita Pii*, 10: *si quos repetundarum damnavit, eorum liberis bona paterna restituit, ea tamen lege, ut illi provincialibus redderent quod parentes acceperant*.

(4) Macer (sous Alexandre), *Dig.*, 48, 11, 7, 3: *hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur*.

(5) Macer, après les paroles citées (n. 4): *et plerumque vel exilio puniuntur vel etiam durius, prout admiserint*. La confiscation du patrimoine apparaît comme peine régulière en cas de *repetundae* tant dans la *Vita Pii*, 10 (n. 3) qu'aux *Dig.*, 48, 2, 20.

place à la vieille action en répétition. Dans ces conditions, nous nous abstenons de rapporter les nombreuses prescriptions pénales spéciales du Bas-Empire, où il n'est pas rare de rencontrer la peine de mort (1).

Action contre
les héritiers.

La possibilité de diriger l'action en répétition contre les héritiers de celui qui a reçu de l'argent, lorsque celle-ci n'a pas été intentée contre ce dernier (2), est en parfaite concordance avec la nature de la *condictio*, à la condition qu'il s'agisse seulement de l'indemnité du simple. Si, d'après le droit de la dernière période, l'action en répétition avait lieu pour un multiple, ce qui est douteux (III p. 28), la faculté d'intenter cette action à un multiple (3) contre les héritiers doit être considérée comme une particularité de l'action de *repetundae*.

Action contre
les tiers.

(732)

Cette procédure présente encore cette originalité que le législateur, s'écartant de la notion de *condictio* et d'action de *repetundae*, l'a permise contre les personnes auxquelles l'enrichissement injuste était parvenu (4). Cette extension ne se rencontre pas encore dans les trois premières *leges repetundarum*, elle n'a été réalisée que par la loi Servilia (5). Elle n'a lieu que si l'insolvabilité du condamné est établie et a pour but de procurer la somme manquante (6); elle est dirigée

(1) Constantin I, *C. Th.*, 8, 4, 2, = *C. Just.*, 12, 57, 1. Valentinien, *C. Th.*, 11, 11, 1. Gratien, *C. Th.*, 9, 27, 5 = *C. Just.*, 9, 27, 3 (celle-ci moins rigoureuse). Arcadius, *C. Th.*, 11, 8, 1 = *C. Just.*, 10, 20, 1, 1. Honorius, *C. Th.*, 11, 7, 20. Justinien, *Cod.*, 1, 27, 1, 20. Edit de Théodoric, 4, menace l'insolvable de la peine de la correction.

(2) Loi Acilia, l. 29. Pline, *Ep.*, 3, 9, 6: *Baetica etiam in defuncti accusatione perstabat: provisum hoc legibus, intermissum tamen et post longam intercedentem tunc reductum. Dig.*, 48, 2, 20. tit. 11, 2. tit. 13, 16. tit. 16, 15, 3. *Cod.*, 9, 27, 2. Au contraire, la constitution de Dioclétien, *Cod.*, 4, 17, 1, limite à l'enrichissement réalisé, tant d'une manière générale (cpr. *Cod. Hermog.* 2) que spécialement pour la concussion, l'action donnée contre l'héritier.

(3) On peut faire valoir en ce sens l'assimilation du procès de *repetundae* et du procès de pécunia chez Papinien (III p. 80 n. 1) et les textes des *Dig.*, 48, 2, 20. tit., 11, 2; ce dernier texte limitant quant au temps l'exercice de l'action contre les héritiers.

(4) *Quo ea pecunia pervenit: Caelius, Ad fam.*, 8, 8, 2; Cicéron *Pro Rab. Post.*, 4, 8 et sv.

(5) Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 4, 9.

(6) Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 4, 8. 13, 37.

contre toute personne, à laquelle sont parvenues pour une raison quelconque des sommes provenant du patrimoine de l'accusé et est même possible contre les créanciers que celui-ci a satisfaits (1). Si l'insolvabilité du débiteur principal se révèle soit pendant le procès, soit après, l'action en répétition est intentée contre le tiers devant les jurés mêmes qui ont tranché le procès principal. Cette action n'est d'ailleurs pas traitée comme un procès de *repetundae*, son exercice n'est soumis à aucune limitation provenant de considérations de classe et elle n'entraîne pas en cas de condamnation une restriction de l'honorabilité civique (2). On peut citer comme ayant quelque connexité avec cette procédure la règle d'après laquelle la chose acquise contrairement à la *lex repetundarum* est, comme l'objet volé, soustraite à l'usucapion et peut par la revendication être reprise à toute personne, même au possesseur de bonne foi (3).

L'action en répétition n'est soumise à aucune prescription spéciale; c'est seulement le droit du Bas-Empire qui prescrit Prescription. d'intenter l'action dans le délai d'un an à partir de la sortie de charge du fonctionnaire (4). Mais contre les héritiers elle doit être exercée dans l'année qui suit la mort du coupable (5).

(1) Pline, *Ep.*, 3, 9, 17: *additum est, ut pecunias, quas creditoribus solverat, revocarentur*. Lorsque le délit de *repetundae* est puni de la peine de la confiscation du patrimoine, tous les actes juridiques accomplis par le condamné postérieurement au délit sont, d'après *Dig.*, 48, 2, 20, rescindés, exactement comme au cas de procès de lèse-majesté (II p. 299). Il semble qu'il y ait là une aggravation de peine réalisée récemment, mais qu'on peut rattacher à l'action de *repetundae* contre les tiers.

(2) Cicéron, *Pro Cluentio*, 41, 116.; *Pro Rab. Post.*, 4; Caelius, *Ad fam.*, 8, 8, 3. Elle n'est pas un *proprium iudicium* (Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 13, 37), mais une *appendicula causae iudicatae* (*loc. cit.*, 4, 8); elle est toujours renvoyée aux mêmes jurés, même si elle n'est intentée que postérieurement à l'année de charge (Caelius, *loc. cit.*). Il en résulte aussi que régulièrement cette action subséquente est déjà entrevue lors de la *litium aestimatio* du procès principal, mais il ne s'ensuit aucunement qu'elle dépende juridiquement de cette estimation du litige, comme Cicéron veut le faire croire dans un discours prononcé pour une personne accusée de ce chef.

(3) Paul, 48, 11, 8, *pr.*: *quod contra legem repetundarum proconsuli vel praetori donatum est, non poterit usucapi*. Également, *ibid.*, § 1. *C. Th.*, 8, 15, 5, 2.

(4) Valentinien I, *C. Th.*, 11, 11, 1 = *C. Just.*, 11, 55, 2. Théodose I, *C. Th.*, 9, 27, 7 = *C. Just.*, 9, 27, 5. Valentinien III, *Nov.*, 32, 1.

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

APPROPRIATION DU BIEN D'AUTRUI (*FURTUM*)

L'appropriation délictuelle du bien d'autrui, le *furtum* des juriconsultes romains, que nous ne pouvons pas appeler autrement que vol, bien qu'elle ne corresponde qu'approximativement à la notion actuelle de vol et embrasse également le détournement, doit être exposée ici en distinguant les catégories suivantes :

1. Vol en général et spécialement vol de la chose d'un particulier.
2. Vol entre époux (*actio rerum amotarum*).
3. Vol d'un bien des dieux (*sacrilegium*) ou de l'État (*peculatus*).
4. Vol de moissons.
5. Vol qualifié de l'époque impériale.
6. Vol d'hérédité.

Le vol commis avec violence, la rapine, n'est pas traité par le droit romain comme délit indépendant, mais, sans être complètement exclu de la théorie du vol, il est aussi rattaché soit à l'action de meurtre comme vol commis sur les grands chemins (II p. 344 sv.), soit, en le réunissant au dommage causé avec violence à la chose d'autrui, au délit de violence (II p. 380 sv.). — L'usurpation de la *dominica potestas*, le rapt d'hommes (*plagium*), délit apparenté au vol, mais que ce der-

nier n'embrasse pas, est placé dans la présente Section à titre d'appendice.

1. Vol de la chose d'un particulier.

Fur, en grec φώρ, littéralement « celui qui emporte » (1), et *furtum* qui désigne le fait d'emporter et la chose emportée se rapportent dans leur acception exclusivement délictuelle à l'appropriation injuste du bien d'autrui. L'emploi de ces expressions se restreint dans le langage technique à l'appropriation du bien d'un particulier; toutefois l'appropriation du bien des dieux, techniquement le *sacrilegium*, et celle du bien de l'État, techniquement le *peculatus*, ne se distinguent guère du *furtum* privé qu'au point de vue de la nomenclature des délits (2) et il n'est pas rare que le péculet soit désigné comme *furtum pecuniae publicae* (3). Ici, nous avons à exposer tout d'abord les dispositions légales relatives au vol de la chose d'un particulier.

Cette action délictuelle, comme l'ensemble des délits du droit privé, a été législativement organisée d'abord par la loi des XII Tables, puis par la réglementation des actions qu'opéra le préteur urbain romain; d'autres règles, notamment l'importante prohibition de la prescription acquiescitive, ont été ajoutées par des résolutions des assemblées populaires, des prescriptions du Sénat et par l'empereur. Nous aurons à revenir plus loin sur les détails de cette législation, notamment à propos de la procédure et de la peine.

Nous devons analyser maintenant les éléments caractéristi-

(734)
Vol de la chose
d'un particulier.

Dispositions
légales.

Éléments
du délit.

(1) Les anciens font déjà très exactement venir ce mot de *ferre* et le comparent avec le terme grec correspondant (Aulu-Gelle, 1, 48; Paul, *Dig.*, 47, 2, 1, *pr.* = *Inst.*, 4, 1, 2). Ailleurs, le mot est rattaché à *furvus* (Varron, chez Aulu-Gelle, *loc. cit.*; Labéon, chez Paul, *loc. cit.*, scolies sur Virgile, *Aen.*, 9, 348; *Georg.*, 3, 407; Isidore, 5, 26, 49), et à *fraus* (Sabinus, chez Paul, *loc. cit.*).

(2) Dans l'usage, on oppose habituellement *sacrilegium* à *furtum*; *sacrum rerum furtum* ne se trouve que chez Isidore 5, 26, 12.

(3) Cicéron, *Verr.*, 3, 72, 168; *Dig.*, 48, 13, 8, *pr.* l. 11, 2; on trouve aussi *furtum publicum* chez Festus, p. 213.

ques du délit, tels qu'ils se présentent dans le vol de la chose d'un particulier et tels qu'on les rencontre aussi en substance dans toutes les autres catégories de vol; en d'autres termes, nous avons à exposer ici en détail en quoi consiste le fait de prendre une chose mobilière appartenant à autrui pour s'enrichir personnellement au détriment d'autrui (1).

Contrectatio. Le fait de prendre une chose pour soi est désigné dans la langue juridique comme l'acte de toucher : *attractare, contrectare, attingere* (2); ces expressions ne sont pas appliquées au vol dans le langage courant. Celui-ci se sert pour exprimer le vol en général des mots *amovere, auferre, tollere, expilare, compilare*; pour le vol avec violence, de *rapere*; pour l'appropriation secrète, en dehors de *clepere* disparu, de *subripere, subtrahere, sublegere*; et notamment pour le détournement d'*intercipere, intervertere, avertere, in rem suam vertere* (3). Aucun de ces termes n'a de valeur technique, il n'est donc pas nécessaire de rechercher les nuances, indifférentes au point de vue juridique, qu'il peut y avoir entre eux; d'autant plus que ces mêmes expressions sont aussi usitées en partie pour d'autres actions, comme *auferre* et *avertere* par exemple qui sont également employées en matière de *repetundae* (4). Les

(1) Le reliquat dû par le comptable de deniers publics (*pecuniae residuae*) ne rentre pas dans cette notion; ce cas ne rentre pas non plus dans le péculat, mais est simplement traité en même temps que lui. Le *furtum* des orateurs romains (III p. 3 n. 2) est une notion purement morale, beaucoup plus large que la notion juridique.

(2) Comme terme technique pour désigner l'acte de voler, on trouve dans les définitions légales : *attractare* chez Sabinus (Aula-Gelle, 11, 18, 20; cpr. Paul, 5, 27); fréquemment *contrectare* (Gaius, 3, 195. 209; Paul, 2, 31, 1; *Dig.*, 47, 2, 1, 3 = *Inst.* 4, 1, 1 et ailleurs); ou *atingere*. *Dig.*, 47, 2, 46, 7. On rencontre également *contaminare* (dans son sens originaire comme dans *contagium* et *tangere*) chez Julius Victor, *Ars rhetor.*, 16, 3.

(3) C'est avec raison que Paul, 5, 27 (cpr. *Dig.*, 30, 51) met dans cette liste *mutare*, changer, car la substitution d'un objet à un autre n'empêche pas l'enrichissement. Toutefois, s'il s'agit d'objets fongibles et d'égale valeur, l'échange n'est pas un vol, parce qu'il n'y a pas de dommage.

(4) III p. 11 n. 4. Les expressions *capere* et *conciliare* (III p. 11 n. 4), qui sont les termes techniques pour désigner le délit de *repetundae*, sont évitées à propos du *furtum*. Cicéron, *Pro Cluentio*, 42, 120, met à côté l'un de l'autre le *judicium furli* et le *judicium captarum pecuniarum*.

jurisconsultes ont substitué l'« attouchement » à l'« enlèvement », parce que le droit ne punit pas la tentative de vol comme telle et qu'il a par conséquent paru utile d'avancer le moment où le délit devait être traité comme consommé (1). On applique à la notion d'attouchement les règles générales en vigueur pour la possession et la détention, de telle sorte qu'on assimile par exemple à l'attouchement le fait que des troupeaux paissent les fruits du champ d'autrui, le dépôt de la chose dans la maison du voleur (2), d'une manière générale toute acquisition de la simple détention (3); mais on exige toujours un acte constitutif de la possession, de telle façon que celui qui a déjà la possession ou la détention de la chose pour une autre cause ne peut être considéré comme voleur que s'il saisit de nouveau la chose avec une intention délictuelle (4). Tout nouvel attouchement de la chose volée, présentant les caractères précités, est considéré comme une répétition du vol, ce qui peut avoir de l'importance notamment pour le calcul de la valeur de la chose (5). — Comme *contractatio*, on ne consi-

(736)

(1) Le vol est consommé, même si le voleur se dessaisit de l'objet appréhendé et ne l'emporte pas (*Dig.*, 47, 2, 21, *pr.*).

(2) La loi des XII Tables, (8, 8, Schöll [= 8, 9 Girard]) traite comme vol de moissons l'acte de celui qui fait paître frauduleusement les fruits du champ d'autrui par ses troupeaux. La réception de paiement faite par un faux créancier est considérée comme vol et ce délit est commis même lorsque le débiteur trompé paie à un tiers sur l'ordre et en la présence du faux créancier. (*Dig.*, 47, 2, 43, 2).

(3) Le propriétaire et même le possesseur commettent un vol en portant atteinte à une détention légitime, c'est ce qui peut avoir lieu, par exemple, de la part du bailleur vis-à-vis du locataire, et, dans certains cas aussi, de la part du commodant vis-à-vis du commodataire. *Dig.*, 47, 2, 15, 2: *Si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem ejus habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit.* *Dig.*, 47, 2, 60.

(4) Cela s'applique notamment en cas de détournement. Paul, *Dig.*, 41, 2, 3, 18. *Si rem apud te depositam furti faciendi causa contractaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infliandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contractatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.* *Dig.*, 16, 3, 29, *pr.* 47, 2, 1, 2. l. 52, 7. l. 68, *pr.*

(5) Si la *contractatio fraudulosa* n'engendre pas l'action de vol par suite des liens qui unissent le voleur et le volé, par exemple, parce que l'acte s'est produit entre un maître et un esclave ou entre époux, l'action de

dère pas seulement l'occupation d'une chose pour l'enlever à son juste détenteur, mais aussi la violation délictuelle des limites du droit d'usage (1), ce qui a notamment lieu, lorsque le propriétaire a accordé à un tiers la possession ou la détention d'une chose et que le détenteur n'observe pas les limites arbitrairement fixées ou naturelles de son droit d'usage (2).

(737) — Au contraire, lorsqu'il n'y a pas *contractatio* de la chose d'autrui, il n'y a pas vol (3); celui-ci ne se rencontre donc pas,

vol est possible pour toute autre *contractatio* commise postérieurement à la disparition de ces liens (*Dig.*, 13, 1, 15. 47, 2, 17, 1). Lorsque l'action de vol est déjà née, toute autre *contractatio* est considérée comme une répétition du *furtum* et sert de base à la règle que le voleur en cas de variation dans la valeur de la chose doit toujours être condamné d'après la plus haute valeur que la chose a eue à un moment quelconque depuis la première *contractatio* (*Dig.*, 47, 2, 6. l. 50, *pr.*). Mais d'autres jurisconsultes ne considèrent pas la répétition de la *contractatio* comme une répétition du vol (*Dig.*, 47, 2, 9, *pr.* : *ei qui furti actionem habet, adsidua contractatione furis non magis furti actio nasci potest, ne in id quidem, in quod crevisset postea res subrepta*) et rattachent l'obligation pour le voleur de payer la plus haute valeur de la chose à sa *mora* perpétuelle (*Dig.*, 13, 1, 8, 1. l. 20), ce qui est plus logique et aussi plus efficace, étant donnée la contingence de la *contractatio*.

(1) Paul, *Dig.*, 47, 2, 1, 3 = *Inst.*, 4, 1, 1 : *furtum est contractatio... vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve* (chez Théophile : ἢ περὶ αὐτὸ τὸ πρᾶγμα ἢ περὶ τὴν χρῆσιν αὐτοῦ ἢ περὶ νομῆν) suivant qu'il y a appropriation ou de la chose d'autrui ou de la simple possession (par exemple, lorsque la chose est enlevée au possesseur de bonne foi : *Dig.*, 47, 2, 75. *cpr.* 47, 4, 1, 15, ou lorsque le propriétaire soustrait au créancier la chose donnée en gage) ou suivant que le vol consiste dans le simple abus de la chose. La division n'est pas complète ; car il arrive fréquemment que le simple détenteur ait l'action de vol (III p. 47), bien qu'on ne puisse pas décemment lui attribuer la *possessio*.

(2) Le simple détenteur, qui n'a pas le droit d'usage, s'expose par tout usage de la chose à l'action de vol ; il en est ainsi pour le depositaire (Scaevola chez Aulu-Gelle, 6, 15, 2 ; Gaius, 3, 195 = *Inst.* 4, 1, 6) et le créancier gagiste (*Dig.*, 47, 2, 55, *pr.*). Lorsqu'il y a eu concession du droit d'usage, la question de savoir si un usage constitue un vol dépend de la volonté exprimée ou sous-entendue du concédant (*Dig.*, 47, 2, 40 : *qui... aliena re invito domino usus est, furtum facit.* 12, 4, 15). Cette remarque s'applique notamment au louage de chose et au *commodat*. Val. Max., 7, 2, 4 (à sa suite : Symmaque, *Ep.*, 7, 2, 4) ; Gaius, 3, 196 = *Inst.*, 4, 1, 6 ; *Dig.*, 47, 2, 48, 4. l. 55, 1.

(3) Ulpien, *Dig.*, 47, 2, 52, 19 : *neque verbo neque scriptura quis furtum facit ; hoc enim jure utimur, ut furtum sine contractatione non fiat.* — C'est sur cette idée (et peut-être aussi en même temps sur les considérations d'humanité relevées III p. 49 n. 2) que se fonde sans doute aussi la distinc-

lorsque par dol on attribue à une chose des qualités qu'elle n'a pas (1), lorsqu'on contraint une personne à fournir des services ou à contracter une obligation (2), lorsqu'on emploie contrairement à leur destination des deniers et des valeurs qui sont passés dans le patrimoine de l'*accipiens* par la volonté de l'ancien propriétaire (3), lorsqu'une exaction a été commise (4). — La forme dans laquelle le délit est accompli n'a pas d'importance au point de vue du droit. Celui-là est « *fur* » qui s'empare d'une chose par violence ou clandestinement et à l'insu du propriétaire (5). Il est vrai que, déjà à la fin de la République, le mot *furtum* ne s'applique plus dans le langage ordinaire qu'à l'appropriation non violente (6) et que cette notion se rapproche ainsi de notre vol moderne; mais la science (738)

tion subtile d'après laquelle l'esclave qui s'enfuit vole les choses qu'il emporte, mais ne se vole pas lui-même (*Dig.*, 47, 2, 36), distinction qui à vrai dire ne concorde pas avec la règle excluant l'usucapion au regard de l'esclave lui-même.

(1) *Dig.*, 13, 7, 36, *pr.* 47, 2, 20, *pr.*: *cum aes pignori datur, etiamsi aurum esse dicitur, turpiter fit, furtum non fit.* Par contre, une substitution de ce genre opérée au regard de l'objet donné en gage rentre dans la notion de *furtum*.

(2) *Dig.*, 47, 2, 76.

(3) Lorsqu'un débiteur paie son créancier par un intermédiaire et que celui-ci garde l'argent, on distingue, suivant que, d'après la volonté du *tradens*, l'intermédiaire devait remettre les deniers mêmes qu'il avait reçus ou prendre d'abord l'argent pour lui et faire seulement ensuite le paiement; dans le premier cas il y a vol, dans le second cas l'*accipiens* est devenu débiteur du *tradens*. Cpr. III p. 41 n. 1.

(4) La contrainte indirecte, notamment l'exaction, ne rentre pas dans le *furtum*; car ici le déplacement de propriété a lieu avec le consentement de la victime, encore que ce consentement ne soit pas libre. Sans doute, le législateur est porté à faire rentrer l'exaction dans le *furtum* et nous avons pu reconnaître cette tendance dans la *lex Acilia repetundarum* (III p. 6); il n'y a toutefois pas eu confusion.

(5) La langue ancienne distingue voler et ravir en opposant les mots *clepere* et *rapere* (Cicéron, *De leg.*, 2, 9, 22); mais le droit n'a jamais fait usage de cette distinction. Si le *furtum* excluait la rapine, cette dernière ne serait pas visée par le droit des XII Tables; car celui-ci ne connaît ni *clepere* ni *rapere*. Le premier mot, philologiquement parent de *clam* et correspondant au terme grec κλέπτειν, a disparu de bonne heure et ne se rencontre en prose que dans les sources anciennes (Tite-Live, 23, 10, 5).

(6) La raison donnée pour faire venir *furtum* de *furnus* est *quod clam et obscuro fit* (Labéon, III p. 35 n. 1) et Cicéron, *Pro Tullio*, § 50 commente le *fur* de la loi des XII Tables, qui use de violence, par ces mots: *hoc est*

du droit n'a pas suivi cet usage du langage et a toujours traité l'appropriation violente comme vol (1), même après que celle-ci eût été également réprimée comme violence (II p. 380 sv.). Par contre, on peut se demander si originairement la notion de vol n'impliquait pas un déplacement de l'objet. On peut invoquer en ce sens non seulement le nom du délit, mais encore les dispositions contenues dans la loi des XII Tables sur le détournement de sommes d'argent déposées ou des deniers d'un pupille et établissant pour ce cas une peine spéciale identique à celle du vol ordinaire (2). Le droit postérieur a cependant fait rentrer dans la notion de vol non seulement le détournement des deniers confiés (3), mais aussi la ré-

praedo aut latro. Aulu-Gelle, 11, 18, 19, *ne quis eum solum furem putet, qui occulte tollit aut clam subripit.*

(1) Les juriconsultes nomment *fur improbius* le brigand qui se rend coupable de rapine (II p. 381 n. 4). Nous avons bien pour κλέπτης (Nov., 134, c. 13 : κλέπτας δὲ καλοῦμεν τοὺς λάθρα καὶ ἄνευ ὀφλῶν τὰ τοιαῦτα πλημμελοῦντας), mais non pas pour *fur*, une définition qui exclut le brigand coupable de rapine, mais cette définition elle-même n'est pas exacte pour le dernier état du droit (III p. 43 n. 3).

(2) Loi des XII Tables, 8, 19 = Paul, *Coll.* 10, 7, 11 : *ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.* Loi des XII tables, 8, 20 = *Dig.*, 26, 7, 55, 1 : *Si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege XII tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur.* Ces actions, ainsi que la suite du commentaire sur le second texte le prouve malgré le terme qui y est employé pour désigner l'acte du tuteur, ne se confondent pas pleinement avec l'action de vol, parce qu'elles n'exigent pas la *contractatio* ; mais cette distinction est due à l'interprétation postérieure des juriconsultes. Il est manifeste que le droit des XII Tables, qui n'a ni l'action de dépôt ni l'action de tutelle du droit postérieur, a dû organiser suivant le modèle de l'action de vol les moyens de procédure qu'il établissait. Quant à la question de savoir si ces dispositions doivent être considérées comme des applications particulières de l'action de vol ou comme des actions analogues, elle ne peut être résolue et elle est d'ailleurs de minime importance. Le fait que l'action en destitution du tuteur infidèle est également rattachée à la loi des XII Tables (*Dig.*, 26, 10, 1, 2 = *Inst.*, 1, 26, *pr.*) pourrait bien s'expliquer en ce sens qu'il s'agirait ici de l'action de tutelle précédemment mentionnée, intentée comme action populaire avant l'expiration de la tutelle et entraînant exceptionnellement en dehors de la peine pécuniaire la destitution du tuteur.

(3) On trouve des détournements de ce genre notamment dans le dépôt (*Dig.*, 13, 1, 16, 16, 3, 29, *pr.*), le commodat (*Dig.*, 13, 1, 16), la société (*Dig.*, 17, 2, 51, *pr.*) et vis-à-vis du patrimoine du pupille (*Dig.*, 27, 3, 1, 22, 1, 2,

ception d'un prêt ou d'un paiement par une personne qui n'était pas qualifiée pour un tel acte (1); d'une manière générale, il a embrassé dans cette notion tout acte dans lequel se rencontrent la *contractatio* délictuelle et les autres éléments requis par le droit pour le délit de vol. (739)

2. Le *furtum* n'est possible que vis-à-vis des objets mobiliers (2), il s'étend aux objets qui ont été séparés d'un immeuble (3) et aux hommes libres qui, d'après l'ancienne conception juridique, étaient soumis à un droit de propriété et qui, d'après la conception juridique récente, sont simplement sous une puissance domestique (4). La notion de *furtum* n'est pas applicable à tout ce qui ne peut pas faire l'objet d'un droit de propriété ou même simplement à tout ce qui n'est pas actuellement dans la propriété d'une personne (5): comme la femme qui n'est soumise à aucune puissance et comme tous les objets sans maître, choses abandonnées ou appartenant à une

Limitation
à la propriété
mobilière.

1). Dans tous ces cas, il y a cumul de l'action non délictuelle avec l'action délictuelle.

(1) *Dig.*, 13, 1, 48. 17, 4, 22, 7. 39, 5, 25. 46, 3, 38, 1, 47, 2, 43. 1. 52, 46. 21. 1. 67, 3. 4. 1. 81, 6.

(2) Gaius, 2, 51. Ulpien, *Dig.*, 47, 2, 25, *pr.*: *verum est, quod plerique probant fundi furti agi non posse. Dig.*, 41, 3, 38 = *Inst.*, 2, 6, 7.

(3) Dans cette catégorie rentrent les arbres abattus (Paul, 2, 31, 24; *Dig.*, 47, 2, 25, 2), les matériaux séparés du sol (*Dig.*, 47, 2, 52, 8. 1. 58), et surtout les fruits des champs pour lesquels la loi des XII Tables impose encore spécialement la peine du double tant au possesseur de mauvaise foi (12, 4. Schöll [= 12, 3 Girard]) qu'au voleur (8, 8 Schöll [= 8, 9 Girard]). On peut également citer ici la défense faite par cette même loi de faire paître sur le terrain d'autrui (8, 6 [= 8, 7 Girard] = *Dig.*, 49, 5, 14, 3).

(4) Gaius 3, 199 (= *Inst.*, 4, 1, 9) *etiam liberorum hominum furtum fit, veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sint, sive etiam uxor, quae in manu nostra sit, sive etiam iudicatus vel auctoratus meus subreptus sit. Dig.*, 47, 2, 14, 43. Le refus des actions de propriété dans ce cas (Paul, *Dig.*, 47, 2, 38, 1: *liberarum personarum nomine, licet furti actio sit, condictio tamen nusquam est*), tandis que l'action de vol y est admise, est une conciliation entre l'ancienne et la nouvelle conception du droit à cet égard. L'idée que l'action de vol appartient à celui pour lequel l'objet a de l'intérêt peut avoir contribué à la faire admettre ici; mais cette solution n'est pas logique. L'action de vol n'est possible que vis-à-vis de choses soumises à un droit de propriété et, lorsque ce droit n'est pas possible, il ne peut pas être remplacé par l'intérêt.

(5) *Dig.*, 47, 2, 43, 5: *non enim furtum fit, nisi sit cui fiat.*

hérédité qui n'a pas encore été acceptée (1). — L'exclusion du *furtum* au regard des immeubles est irrationnelle ; car l'appropriation injuste des immeubles est théoriquement et pratiquement aussi possible que celle des meubles et le droit civil n'a pas, pour la réprimer, de moyen de procédure analogue à l'action de vol. En cas de dépossession violente de biens immobiliers, on trouve déjà anciennement, mais non dès le début, une protection juridique dans l'interdit possessoire prétorien (2). La possession immobilière a-t-elle été enlevée sans violence, il n'y a pas, même dans le droit (740) de la dernière époque, de protection possessoire ; l'existence d'un interdit parallèle à l'interdit *de vi* et qui serait donné en cas de perte de possession sans violence est plus que douteuse (3) et la proposition de Masurius Sabinus d'étendre au moins dans ce cas la notion de *furtum* aux immeubles n'a pas triomphé (4). Il en est de même en droit religieux et en

(1) Cpr. la Section relative au vol d'hérédité (III p. 87). Dès l'instant où un non propriétaire est possesseur ou détenteur, par exemple comme usufruitier ou commodataire, d'une chose actuellement sans maître, il a le droit d'intenter l'action de vol (*Dig.*, 41, 3, 35, 47, 2, 69-71).

(2) II p. 372. Cpr. *Dig.*, 47, 2, 14, 11 : *cum non est... civilis actio, ... ideo... interdictum necessarium visum est.*

(3) L'*interdictum de clandestina possessione*, mentionné incidemment dans un seul texte (*Dig.*, 10, 3, 7, 5), est une proposition faite par Julien pour combler la lacune ; il ne peut pas avoir été d'une application générale, car nos sources juridiques en feraient plus fréquemment mention.

(4) Aulu-Gelle, 11, 18, 13, cite comme affirmation surprenante (*vulgo inopinatum*), contenue dans la monographie de Sabinus *de furtis* : *non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum*. L'exemple donné (*condemnatum furti colonum, qui fundo quem conduxerat vendito possessione ejus dominum intervertisset*), montre que, sous l'influence de l'usage du langage qui restreint déjà à cette époque la portée du mot *furtum* à la soustraction clandestine (III p. 39 n. 6), on songe visiblement ici à la dépossession non violente, donc à celle qui ne tombe pas sous le coup de l'interdit *de vi*. Toutefois, on pouvait objecter avec raison à la proposition de Sabinus qu'en droit le *furtum* embrassait aussi les actes de violence et que par conséquent, d'après la conception proposée, l'acquisition violente de la possession d'immeubles rentrerait aussi dans le *furtum*, solution que Sabinus n'a certainement pas eue en vue. Sa proposition n'a pas triomphé (III p. 41 n. 2). Celsus a adopté une autre voie pour arriver au même résultat (*Dig.*, 13, 3, 2, 47, 2, 25, 1). Il a fait rentrer l'enlèvement clandestin de possession d'un immeuble dans le *furtum possessionis*

droit public. L'appropriation des objets mobiliers qui garnissent un tombeau rentre dans le *sacrilegium* ; pour le cas beaucoup plus important d'appropriation injuste d'un lieu de sépulture, il n'y a pas d'action civile et le préteur a été le premier à donner ici une protection. Le vol d'objets appartenant à l'État a reçu son nom des troupeaux de la cité ; l'appropriation injuste du sol public ne donne lieu, malgré son importance pratique extraordinaire, à aucune action pénale (1). — La cause de cette restriction du *furtum* aux meubles, que l'étymologie du mot nous indique comme remontant aux origines, doit être sans aucun doute cherchée dans ce fait qu'à l'époque où s'établissait le droit romain on ne connaissait pas encore la propriété privée des immeubles ; les règles du *furtum*, d'origine très ancienne, montrent nettement, comme beaucoup d'autres particularités du droit romain (2), qu'au début la propriété se limitait « aux esclaves et aux bestiaux ».

(741)

3. L'appropriation doit avoir lieu pour l'enrichissement injuste de celui qui s'approprie (3), mais ici la notion d'enri-

Profit
du voleur.

(III p. 38 n. 1) et donna au moins dans ce cas la *condictio furtiva* ; on a argumenté ici comme pour l'usucapion des immeubles (Gaius, 2, 59). Toutefois de ce fait qu'en matière mobilière la simple possession peut être objet du vol, il ne s'ensuit pas que la notion de meuble qui n'est nullement négative puisse être étendue à la possession d'un immeuble. En outre, d'après cette conception, l'action de vol devrait pouvoir être dirigée également contre le possesseur qui s'est emparé par violence d'un immeuble.

(1) Cette absence d'action pénale était à vrai dire bien calculée. Si la cité romaine avait protégé son sol contre des empiétements délictuels, comme elle l'a fait pour ses bestiaux et son *aerarium*, elle n'aurait pas pu faire fonctionner pour l'*ager publicus* son système d'abandon, c'est-à-dire, pour nous servir des expressions romaines, sa procédure d'occupation. L'*aeterna auctoritas* a suffi aux agrariens romains jusqu'à Gaius Gracchus ; la protection possessoire eût agi autrement.

(2) *St. R.*, 3, 22 et sv. [*Dr. Publ.*, 6, 1, 23 et sv.].

(3) Les définitions légales du *furtum* expriment cette idée par la phrase *lucri faciendi causa* (ou *gratia*) : Sabinus, chez Aulu-Gelle, 11, 18, 21 ; Paul, *Dig.*, 47, 2, 1, 3. Cette même condition est aussi exprimée par une périphrase (Sabinus, chez Aulu-Gelle, 11, 18, 20 : *cum id se invito domino facere judicare deberet*) ou remplacée par la formule générale *dolo malo* (Paul, 2, 31, 1 ; cpr. Gaius, 3, 197 : *furtum sine dolo malo non committitur*). L'ad-

chissement est prise dans un sens très large (1). Cette condition du dol punissable caractérise le vol et le distingue des deux autres délits privés, le dommage causé à tort à la chose d'autrui (*damnum injuria*) (2) et l'atteinte à la personne (*injuria*). On ne voit pas apparaître dans les textes l'idée que l'appropriation serait parfois permise, comme cela a lieu pour la mise à mort et pour la violence et comme on pourrait le concevoir ici pour le cas de nécessité (3). Lorsque, même (742) par suite d'une erreur, celui qui s'approprie la chose d'autrui n'a pas conscience de commettre une injustice, il n'y a pas de vol (4); par contre, le délit existe, si l'auteur a eu conscience de son tort, mais ne connaissait pas la personne dont il lésait les droits (5).

Préjudice
causé au volé.

L'appropriation, qui présente les éléments du vol, n'est punissable qu'autant qu'elle cause un préjudice au patrimoine d'un tiers. L'action de vol, qu'elle concerne le bien d'un par-

dition de l'épithète *fraudulosa* à *contrectatio*, qui ne se trouve que dans le droit de Justinien (*Dig.*, 47, 2, 1, 3 = *Inst.*, 4, 1, 1, chez Théophile *κακίστην ψηλάφρησιν*), ne doit avoir pour but que de renforcer la même idée et non d'indiquer une opposition inconnue du droit romain entre le vol clandestin et la rapine.

(1) Lorsque quelqu'un enlève une esclave dans le but de satisfaire sa passion, on admet qu'il y a vol, si cette esclave n'est pas *meretrix* (*Dig.*, 47, 2, 83, 2 = Paul, 2, 31, 31). S'il n'y a pas vol, lorsque l'enlèvement porte sur une prostituée (*Dig.*, 47, 2, 39; le texte contraire de Paul 2, 31, 12 est considéré comme interpolé), cela résulte bien plutôt de ce fait qu'il n'y a pas de dommage causé, de même que l'action de vol est refusée, lorsqu'une personne a utilisé l'animal d'autrui pour la monte (*Dig.*, 47, 2, 52, 20).

(2) I p. 8 n. 1. Le parallélisme des deux délits relatifs à la propriété, tel qu'il est formulé par exemple aux *Dig.*, 9, 2, 41, 1, 49, 5, 14, 2, apparaît déjà dans la terminologie de la loi des XII Tables (12, 3 Schöll [12, 2 a Girard]): *si servus furtum facit noxiamve no[x]it*, tandis que, dans l'usage postérieur du langage (même dans la paraphrase du texte de la loi des XII Tables chez Ulpien, *Dig.*, 9, 4, 2, 1), la *nox* embrasse le *furtum*.

(3) La règle de l'édit du préteur, *Dig.*, 11, 5, 1, *pr.*, qui refuse à celui qui permet un jeu de hasard dans sa maison l'action de vol à raison des objets qui lui ont été enlevés pendant ce jeu, procède d'une autre idée.

(4) Paul, 2, 31, 27. *Dig.*, 47, 2, 43, 6. 10. 1. 46, 7. 1. 24, *pr.*

(5) Sabinus chez Aulu-Gelle, 11, 18, 21 (= *Dig.*, 47, 2, 43, 4): *qui alienum jacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cujus sit sive nescit*. *Dig.*, 41, 1, 9, 8. I. 31, 1.

ticulier, celui des dieux ou de l'État, ne se fonde pas sur une faute morale du voleur, mais sur une lésion du patrimoine qui se produit contrairement à la volonté de la personne lésée (1), elle est donc exclue, tant que ce préjudice n'a pas eu lieu ou lorsqu'il a eu lieu à la connaissance de la personne que ce dommage atteint en première ligne (2). Par contre, le préjudice qui résulte de la *contractatio* subsiste en droit, malgré le recouvrement de la chose, même si celui-ci a lieu sur le champ (3).

Comme le délit suppose un dommage, la simple tentative ne tombe pas sous le coup de la loi contre le vol (4), bien que cet acte puisse contenir un délit d'*injuria* (5). Mais il faut ici

Tentative.

(743)

(1) C'est ce qui a lieu, lorsqu'on s'empare de sa propre chose, à la condition qu'aucun tiers ne soit lésé par cet acte (Paul, 2, 31, 36). Il en est donc ainsi au cas d'enlèvement de la chose déposée par le déposant, car le dépositaire n'a aucun intérêt juridique à la continuation du dépôt (Paul, 2, 31, 21); ordinairement aussi au cas d'enlèvement de la chose prêtée, par le commodant, car le prêteur a ici la faculté de reprendre sa chose à tout moment (*Dig.*, 47, 2, 15, 2. l. 60); en outre, au cas de reprise, par l'ancien possesseur, de la chose transférée par voie d'aliénation fiduciaire, lorsque la *fiducia* correspond au fond à une opération de dépôt (Gaius, 3, 201; cpr. 2, 59, 60); et également au cas d'enlèvement de la chose achetée par un acheteur qui a déjà payé le prix (*Dig.*, 47, 2, 14, 4). L'action de vol n'est possible en cas de détournement d'une lettre qu'autant que cet acte a causé un préjudice d'ordre économique (*Dig.*, 47, 2, 14, 17).

(2) Gaius, 3, 198 (= *Inst.* 4, 1, 8): *si credat aliquis invito domino se rem contractare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri*. Justinien a modifié cette règle (*Cod.*, 6, 2, 20).

(3) On ne peut pas faire que le préjudice causé n'ait pas eu lieu; l'action de vol est encore possible même après la restitution de la chose (*Dig.*, 47, 2, 66).

(4) *Dig.*, 47, 2, 1, 1: *sola cogitatio* (d'après l'explication donnée I p. 111 n. 4, non seulement la prise de résolution, mais la préparation en général) *furti faciendi non facit furem*. *Dig.*, 50, 16, 223: *fugitivus est non is qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum jactaverit... fugitivum... non secundum propositionem solam, sed cum aliquo actu intellegi constat*.

(5) Paul, 2, 31, 35: *qui furandi animo conclave effregit vel aperuit, sed nihil abstulit, furti actione conveniri non potest, injuriarum potest*. *Dig.*, 47, 2, 21, 7. On pourrait déduire le contraire de Julius Victor, *Ars. rhet.*, 6, 3: *Si omnino venisse in templum furandi causa jam sacrilegium est, quia non exitu, sed conatu male facta existimantur, quanto magis e templo quodcumque abstulisse?* et en soi il est concevable que le *conatus* soit traité autrement en cas de crime public qu'en cas de délit privé. Mais, comme les orateurs mêlent constamment les conceptions morales et les conceptions juridiques,

tenir compte de ce que, suivant une remarque déjà faite, le droit considère le délit comme déjà consommé, dès qu'un objet a été non pas enlevé, mais simplement touché, et que l'acte présente par ailleurs tous les éléments du vol.

Les parties.

L'action de vol peut être dirigée contre toute personne qui se rend coupable d'une appropriation présentant les caractères indiqués ci-dessus, même contre le propriétaire ou le possesseur, si ceux-ci ont, par cette appropriation, lésé un droit réel (4) une possession de bonne foi (2) ou un simple droit de détention (III p. 38 n. 1). Elle peut être intentée par toute personne que cette appropriation lèse. Il en résulte qu'elle compète fréquemment à plusieurs personnes en même temps (3). Ont par suite le droit d'exercer cette action, parce que le vol leur a causé un préjudice (4), les personnes suivantes (5) :

(744) a) le propriétaire de la chose volée que le vol lèse ordinairement en première ligne. (6) Toutefois l'intérêt et par

il n'est pas permis de bâtir sur ce texte une conjecture aussi importante. On ne peut pas non plus la déduire du texte certainement défectueux aux *Dig.*, 48, 13, 13 (III p. 70 n. 6).

(1) Action de vol contre le propriétaire en cas d'usufruit : *Dig.*, 47, 2, 15, 1. l. 20, 1 — en cas de fiducie ou de *pignus* : Gaius, 3, 200 (= *Inst.*, 4, 1, 10). 204. Paul, 2, 31, 19. *Dig.*, 47, 2, 12, 2. l. 14, 1. l. 19, 5. 6. l. 20, pr. A l'inverse, le propriétaire peut intenter l'action de vol contre l'usufruitier : *Dig.*, 47, 2, 46, 6.

(2) Gaius, 3, 200. *Dig.*, 47, 2, 20, 1.

(3) *Dig.*, 47, 2, 75 : *duobus poena furti praestabitur, quippe cum ejusdem rei nomine praestetur, emptori ejus possessionis, domino ipsius proprietatis causa praestanda est*. De même, en cas de propriété et d'usufruit. *Dig.*, 41, 3, 35. 47, 2, 46, 1. 2 ; en cas de propriété et de *pignus* : *Dig.*, 47, 2, 46, 4. 5.

(4) *Dig.*, 47, 2, 14, 17 : *cujus interfuil*. Gaius, 3, 203. Paul, 2, 31, 4 et souvent ailleurs.

(5) La définition légale romaine exprime l'idée de lésion par la formule *invito domino* (Sabinus, chez Aulu-Gelle, 11, 18, 20 ; Gaius 3, 195. 209) et on y indique souvent qu'il s'agit d'une *res aliena* (Sabinus, *loc. cit.* ; Paul, 2, 31, 4). Dans une pareille définition on envisage exclusivement et d'une façon à proprement parler incorrecte le préjudice du propriétaire ; il en résulte que le cas de vol commis sur sa propre chose est traité dans les ouvrages juridiques comme exceptionnel, ce qui ne correspond nullement à la réalité.

(6) Si postérieurement au vol le droit de propriété se déplace, par exemple en vertu d'un legs, le droit d'intenter l'action passe au nouveau propriétaire (*Dig.*, 47, 2, 47).

suite le droit d'agir du propriétaire disparaissent, lorsqu'un tiers solvable est responsable du vol vis-à-vis du propriétaire et que celui-ci se prévaut de cette responsabilité (1).

b) Celui qui a un droit réel sur la chose volée, lorsqu'il est lésé, donc l'usufruitier et le créancier gagiste (2).

c) Le possesseur de bonne foi sous la même condition (3). Le possesseur de mauvaise foi est également lésé par le vol, mais l'action lui est ordinairement refusée (4).

d) Le détenteur de la chose volée, lorsque la détention lui procure un avantage (5) ou lorsque la perte de la chose lui cause un préjudice (6).

e) Celui qui a droit à la livraison d'une chose individuellement déterminée. Celui-ci peut ou intenter d'emblée l'action contre le voleur ou du moins exiger de celui auquel l'action de vol compète la cession de cette dernière (7).

(1) En cas de dépôt, le propriétaire a l'action de vol, car la responsabilité du dépositaire n'est pas si étendue que celui-ci soit tenu à raison du vol des choses déposées (Gaius, 3, 207 = *Inst.*, 4, 1, 17; *Dig.*, 47, 2, 14, 3); de même, en cas d'insolvabilité de la personne responsable (*Dig.*, 47, 2, 12, *pr.* l. 14, 17 *fn.* l. 52, 9); de même, lorsque la personne responsable a été libérée (*Dig.*, 47, 2, 91, *pr.* *Cod.*, 6, 2, 22).

(2) *Dig.*, 47, 2, 14, 5-7. l. 15. l. 20, 1 et ailleurs. On se demande si le créancier gagiste, en cas de solvabilité du débiteur, a intérêt à l'action de vol, mais on répond affirmativement à cette question (*Dig.*, 47, 2, 12, 2).

(3) *Dig.*, 47, 2, 20, 1. l. 52, 10. *Cpr.* III p. 38 n. 1.

(4) *Dig.*, 47, 2, 11 : *tum is cujus interest furti habet actionem, si honesta causa interest.* *Dig.*, 47, 2, 12, 1. l. 14, 3. 4. 8. 9). Cette règle n'est toutefois pas étendue au *furtum usus* (*Dig.*, 47, 2, 48, 4) et l'action est aussi donnée ailleurs, lorsque son refus ne ferait que procurer un profit à un autre voleur (Paul, 2, 31, 19. *Dig.*, 47, 2, 68, 4).

(5) Cette règle s'applique ordinairement au fermier volé (*Dig.*, 47, 2, 14, 16. l. 26, 1); cependant l'action est aussi donnée aux deux parties (*Dig.*, 47, 2, 83, 1) ou bien le bailleur est contraint de la céder au fermier (*Dig.*, 47, 2, 52, 8). Ces hésitations se rattachent à la question de savoir si le fermier acquiert les fruits par la séparation (*Dig.*, 47, 2, 26, 1) ou seulement par la perception.

(6) Par l'impossibilité où il est désormais d'exercer son droit de rétention (III p. 37 n. 3) ou à raison de l'obligation d'indemnité qui prend naissance à sa charge (Gaius, 3, 205. 206. *Dig.*, 47, 2, 10, l. 12, *pr.* l. 14, 15, l. 52, 9. 47, 5, 1, 4). Lorsque la personne tenue de l'obligation d'indemnité n'a pas personnellement droit à l'action de vol, elle peut en réclamer la cession (*Dig.*, 47, 2, 54, 3).

(7) Si une chose promise vient à être volée avant qu'elle ait été livrée,

(745) **Le *furtum* peut être commis par plusieurs personnes. La formule d'action, usitée à propos du *furtum* et visant « l'acte et le conseil » (1), s'applique non seulement à l'instigateur et à l'aide, mais aussi vraisemblablement à l'auteur proprement dit du délit (2). En général, on applique à la complicité la règle fondamentale d'après laquelle le délit est comme tel indivisible (3) et la répression s'opère aussi suivant cette règle, comme nous le montrerons plus loin.**

Complicité.

le créancier a l'action de vol lorsque le débiteur n'est pas tenu de l'indemniser (*Dig.*, 47, 2, 13). Si une chose achetée est volée antérieurement à la livraison, on impose au vendeur l'obligation de céder à l'acheteur ou le produit de l'action ou l'action elle-même (*Dig.*, 47, 2, 14, *pr.* l. 81, *pr.*) ou bien les deux parties sont admises, bien entendu à titre alternatif, à intenter l'action (Paul, 2, 31, 17).

(1) La formule *ope consilio* (en abrégé *o. c.*; cpr. mon édition des *notae jur. civ.* dans Keil, *Lat. gr.*, 4, 297. 325) ou *ope consiliove* (ainsi Gaius, 4, 37; *ope consilioque*: Cicéron, *De d. n.*, 3, 30, 74) se trouve chez Cicéron, *loc. cit.*; Gaius, 3, 202. 4, 37. *Dig.*, 9, 2, 27, 21. 11, 3, 11. 2, 13, 1, 6. 47, 2, 36, *pr.* § 2. l. 50, 1. l. 52, *pr.* 47, 5, 4, *pr. Inst.*, 4, 1, 11. Elle appartient à l'action de vol, bien que les jurisconsultes l'emploient aussi à propos du crime d'Etat (Paul, 5, 29, 1; *Dig.*, 48, 4, 10) et de l'adultère (*Dig.*, 48, 5, 13, *pr.*) D'après le commentaire donné aux *Dig.*, 50, 16, 53, 2 (de même: *Dig.*, 47, 2, 50, 2. 3. l. 52, 19), les deux notions doivent être séparées, mais *post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit*. Nous avons traité de ces notions dans le tome I p. 116.

(2) Il n'est pas douteux que la formule soit entendue dans nos sources juridiques comme « assistance et conseil »; je n'attache aucune importance à l'exception apparente contenue aux *Dig.*, 9, 2, 27, 21. Mais il est bien surprenant que cette même formule apparaisse dans deux textes chez Cicéron, *loc. cit.*, et chez Gaius, 4, 37, où l'action de vol est mentionnée à titre d'exemple et où il n'y avait aucune raison pour nommer l'aide au lieu du voleur lui-même. D'après le sens originnaire — *ope* ne doit pas être séparé d'*opus* et *consilio* est synonyme de *dolo malo* (I p. 100 n. 4) — la formule pourrait bien se rapporter à l'auteur et signifier plutôt « en œuvre et en intention », de telle façon que les mots, comme le veulent d'ailleurs les textes, devraient être entendus non pas alternativement, mais cumulativement. Pratiquement, il était en tout cas préférable de ne pas exprimer dans la formule de l'action la distinction, souvent difficile et rendue juridiquement inutile par l'identité des peines, entre le co-auteur et l'aide; si cette opposition y avait été insérée, nos sources juridiques s'en seraient occupées en détail. Si celles-ci, sous l'empire de l'usage postérieur du langage, comprenaient par erreur la formule traditionnelle comme « assistance et (ou) conseil » et l'employaient cependant contre le voleur lui-même, les jurisconsultes romains ont pu se tranquilliser en pensant que ce qui est juste pour l'aide est aussi équitable pour l'auteur.

(3) *Dig.*, 47, 2, 21, 9: *neque enim potest dicere pro parte furtum fecisse singulos.*

1. En cas de coopération de plusieurs personnes, il n'est pas nécessaire que l'acte de chacune présente tous les caractères du délit, pourvu que ces caractères se rencontrent dans l'opération d'ensemble (1). Cette règle ne s'applique toutefois pas d'une façon absolue à ceux qui coopéraient à la fuite d'un esclave (2). (746)

2. L'instigation et l'assistance ne sont, en l'absence de *contrectatio* proprement dite, punissables que comme le *furtum* lui-même, c'est-à-dire qu'autant que celui-ci est consommé (3); mais elles sont réprimées, même si un obstacle juridique s'oppose à l'exercice de l'action contre le voleur (4). Quant à la détermination des actes qui sont considérés comme constituant une instigation ou une assistance, c'est plus une question de fait qu'une question de droit (5).

(1) Par exemple, plusieurs voleurs emportent une poutre trop lourde pour chacun d'eux (*Dig.*, 9, 2, 51, 2, 47, 2, 21, 9), bien qu'on puisse ici, il est vrai, recourir à l'idée de *contrectatio*. Celui qui par inimitié prête son appui à un vol commet aussi un vol (*Dig.*, 47, 2, 50, 1).

(2) Celui qui détermine un esclave à échapper à son maître n'est, d'après Ulpien, *Dig.*, 47, 2, 36, considéré comme ayant donné son concours à l'accomplissement d'un vol qu'autant que l'esclave est passé en la possession d'une autre personne; cette décision se fonde sur ce que l'esclave ne peut pas se voler lui-même (III p. 38 n. 3). D'après Paul, 2, 31, 33; *Inst.*, 4, 1, 41 (12); *Cod.*, 6, 2, 4; cette personne n'est jamais considérée comme complice d'un vol. Aulu-Gelle lui-même considère comme inconcevable (*inopinabile*) que Sabinus (chez Aulu-Gelle, 11, 18, 14) traite comme complice celui qui par compassion aide l'esclave dans sa fuite. Etant donné que le *fugitivus* était absolument traité par ailleurs comme *res furtiva*, la logique juridique exigeait incontestablement qu'on admit dans l'hypothèse rapportée qu'il y avait eu assistance prêtée à l'accomplissement d'un vol; mais il me semble que la jurisprudence romaine s'est efforcée d'écarter plus ou moins directement cette conséquence plutôt par des considérations d'équité que par une argumentation logique. On conçoit que cette conception plus douce ne se soit pas étendue au recel de l'esclave en fuite (III p. 54 n. 4).

(3) *Dig.*, 47, 2, 52, 19: *opem ferre vel consilium dare tunc nocet, cum secuta contrectatio est.*

(4) Lorsqu'un esclave vole son maître, celui-ci n'a aucune action contre le voleur, mais il en a contre ceux qui ont aidé ce dernier dans l'accomplissement du délit (*Dig.*, 47, 2, 36). En cas de vol entre époux, celui qui prête son concours à l'acte est également puni comme voleur (*Dig.*, 47, 2, 52, *pr.* § 1), à la condition du moins qu'il paraisse bien avoir été complice et que tous les éléments du vol se rencontrent chez lui (*Dig.*, 25, 2, 21, 4).

(5) I. p. 113 sv. On punit pour assistance prêtée au vol: celui qui four-

(747) 3. Lorsqu'un délit est commis par un esclave sur l'ordre de son maître, tous deux sont considérés comme agents principaux du délit; lorsque l'esclave a commis ce délit au su de son maître, ce dernier est à partir d'une certaine époque considéré comme coupable, s'il a eu la possibilité d'empêcher ce délit et ne l'a pas fait (I p. 119 n. 1).

4. Lorsqu'un *furtum* a été commis de concert par plusieurs esclaves du même maître, celui-ci peut se libérer de l'action noxale possible contre les différents auteurs en payant une seule fois à la victime le montant de la peine pécuniaire (I p. 119 n. 2).

5. Lorsqu'un vol est commis sur un navire ou dans une auberge par un des employés, le maître du navire ou l'aubergiste peut être poursuivi soit à la manière ordinaire par voie d'action noxale, lorsque l'auteur est son esclave, soit comme complice, si l'auteur est une personne libre ou l'esclave d'autrui (I p. 119 n. 4).

6. Lorsque les esclaves d'un publicain sont accusés de vol, le maître doit, à la réquisition du demandeur, exhiber les accusés, s'ils sont vivants; et s'il ne le peut pas ou ne le veut pas, il perd le droit de se libérer par l'abandon noxal (1).

7. Le recel (2), la dissimulation et la réalisation de l'objet volé ne rentrent pas dans la notion de complicité, telle qu'elle fut fixée au début (3). En effet, la loi des XII Tables a séparé

nit aux voleurs l'outil dont ils ont besoin pour l'effraction, même s'il n'a pas concouru à titre principal à la préparation du délit par ses conseils (*Dig.*, 47, 2, 55, 4); celui qui poursuit un animal domestique échappé, de telle façon que celui-ci tombe entre les mains d'un voleur (Gaius, 3, 202; *Dig.*, 47, 2, 37, 50, 4); celui qui en citant par dol devant le tribunal le conducteur d'un attelage l'oblige à abandonner ce dernier, à la condition que l'attelage soit volé (*Dig.*, 47, 2, 67, 2); celui qui détermine un esclave à rayer son nom d'un contrat d'achat et rend ainsi plus difficile au maître la preuve de sa propriété (*Dig.*, 47, 2, 52, 23). — La simple connaissance de l'accomplissement du crime n'est pas punissable (*Dig.*, 47, 2, 48, 1).

(1) *Dig.*, 39, 4, 1, *pr.* l. 12. l. 13, 1. 2.

(2) Il n'y a pas de terme technique pour désigner ce délit; le mot usité pour recéler est *celare*.

(3) I p. 117. Aucun des textes où la formule *ope consilio* est commentée n'indique le recel.

la complicité du vol et, en limitant la répression au cas où l'objet volé a été trouvé dans une perquisition domiciliaire solennelle, il l'a traitée comme délit indépendant sous le nom de « bien volé saisi » (*furtum conceptum*). Ce sont d'ailleurs là des points sur lesquels nous aurons à revenir à propos de la procédure et de la peine. Mais comme, déjà dès cette époque ancienne, le nom de vol avait été étendu au moins au recel solennellement établi, et, comme celui-ci, lorsqu'il était constaté d'une autre manière, pouvait bien rester impuni dans le vieux droit municipal où l'on s'attachait au caractère nettement manifeste du délit, mais non dans le droit pénal plus affiné de l'époque postérieure, le recel fut à partir d'une certaine époque considéré et puni comme assistance prêtée à l'accomplissement du vol, bien que nous n'ayons à cet égard qu'un nombre insuffisant de témoignages exprès (1).

Nous allons nous occuper maintenant de la procédure et de la répression du vol de la chose d'un particulier. Il ne s'agit pas dans ce délit, comme dans la perduellion et le meurtre, de la répression d'une faute morale, mais d'une satisfaction à fournir à la victime, soit en admettant la vengeance, soit au moyen d'une transaction et d'une indemnité. (748)

La perquisition domiciliaire faite dans le but de découvrir l'objet volé est préalable au procès de vol et constitue une particularité de ce délit. Cette recherche, pour laquelle l'objet à trouver doit toujours être indiqué auparavant avec précision (2),

Perquisition
domiciliaire.

(1) Aulu-Gelle, 11, 13, 14 : *Sabinus dicit furem esse hominis judicatum, qui cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae tamquam se amicus ne videretur a domino obstitisset*. Ulpien, *Dig.*, 11, 4, 1, pr. : *is qui fugitivum celavit fur est*. 47, 2, 48, 1 : *qui celat hoc ipso tenetur*. Caracalla, *Cod.*, 2, 11, 8. Dioclétien, *Cod.*, 6, 2, 14 : *eos, qui a servo furtim ablata scientes susceperint, non tantum de susceptis convenire, sed etiam poenali furti actione potes*. Le même, *Cod.*, 9, 20, 12. *Inst.*, 4, 1, 4 : *manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt*. Cela est également dit par rapport à la rapine (*C. Th.*, 9, 28, 2 = *C. Just.*, 9, 12, 9) et au pécumat (*Cod.* 9, 28, 1).

(2) Paul, 2, 31, 22 : *qui furtum quaesiturus est, antequam quaerat, debet dicere, quid quaerat et rem suo nomine et sua specie designare*. *Dig.*, 11, 4, 1, 8 a.

(749) se fait suivant un vieux rite qui apparaît déjà dans la loi des XII Tables. Le volé, vêtu seulement d'une ceinture (*licium*) et tenant à la main un plat (*lanx*), pénètre dans la maison où il présume que l'objet perdu se trouve et y commence la perquisition (1). A côté de cette procédure, qui avec quelques modifications paraît avoir été encore employée à l'époque impériale (2), il est d'usage pendant la dernière période que la perquisition domiciliaire soit demandée au magistrat et que celui-ci adjoigne au chercheur un agent subalterne du tribunal (3). L'opposition faite à la perquisition (4) et le refus de

(1) Loi des XII Tables, 8, 14 Schöll [8, 15 b. Girard] (Gaius, 3, 192; Aulugelle 11, 18, 9 et les autres textes cités à cet endroit). On prescrivait de ne porter qu'une ceinture pour empêcher l'apport de l'objet volé (acte qui était d'ailleurs frappé d'une peine spéciale). Le plat était sans doute prescrit comme signe matériel de l'intention d'emporter l'objet, si on le trouvait. Je ne reproduis pas les folies anciennes et nouvelles qui ont été énoncées sur ce sujet. — Les termes de la loi des XII Tables, 8; 15 Schöll = Gaius, 3, 186 : *conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa est* ne peuvent pas avoir visé une autre forme de perquisition domiciliaire que celle lance licioque exposée immédiatement après; c'est précisément pour ce motif que les XII Tables n'ont pas formulé expressément la peine d'un multiple pour le *furtum conceptum*, mais ont simplement assimilé ce dernier au *furtum manifestum* (III p. 54 n. 6).

(2) Dans la perquisition domiciliaire faite à l'occasion de la fuite d'un esclave décrite par Pétrone, c. 97, 98, le chercheur paraît dans un vêtement aux couleurs variées (*vestis*) et tenant dans les mains un plat d'argent; c'est à peu près l'ancienne forme, car sous le nom de *vestis* on a dû penser au vêtement de dessous et le plat n'a sans doute pas été nécessairement d'argent, mais devait seulement être d'un brillant qui frappe les yeux.

(3) Chez Pétrone, *loc. cit.*, à la perquisition domiciliaire se lie la publication de l'objet volé avec promesse de récompense pour le dénonciateur (II p. 196); c'est pourquoi le chercheur porte dans son plat la récompense promise (*indictum*), et aussi, semble-t-il, la *cautio* pénale par laquelle il s'oblige à tenir secret le nom du dénonciateur (*fides*). Le chercheur est accompagné d'un héraut et d'un *servus publicus* qui ouvre les portes de force, lorsque cela est nécessaire. Chez Plaute (*Merc.*, 3, 4, 78 = 663), on loue des *praecones* pour la perquisition domiciliaire et on demande au prêteur des *inquisitores in vicis omnibus*. D'après Ulpien (*Dig.*, 11, 4, 1, 2, l. 3), le prêteur donne pleins pouvoirs au chercheur en cas de recherche d'esclaves fugitifs et lui adjoint, si c'est nécessaire, un serviteur du tribunal (*apparitor*).

(4) Gaius, 3, 188 = *Inst.*, 4, 1, 4 : *est etiam prohibiti furti [actio] adversus eum qui furtum quaerere volentem prohibuerit. 192 : prohibiti (furti) actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta.*

restituer l'objet trouvé (1) ont été assimilés pour la répression par l'édit du préteur au vol et même à la forme du vol la plus grave que connaisse le droit privé. Plus tard, ces actions privées sont tombées en désuétude (2) et ont été remplacées par des peines pécuniaires publiques (3).

Le vol commis vis-à-vis du patrimoine d'un particulier est traité comme un délit qui n'est poursuivi qu'à la réquisition de la personne lésée. Le premier acte de l'instance est l'introduction de l'action par la victime devant le préteur suivant les règles du droit privé, c'est-à-dire au début par une déclaration orale (4) au moyen du *sacramentum* personnel (5), plus tard par une formule écrite (6). Le procès se continue par l'organisation de l'action qu'opère le magistrat et par la *litis contestatio* (7). Il s'achève par la sentence soit de l'*unus iudex*, soit des récupérateurs (I p. 206). Tout ce qui à cet égard mérite d'être noté se rattache soit à la réquisition de peine, soit à la peine.

Procès de vol.

(750)

(1) *Inst.*, 4, 1, 4 : *poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quaesitam et inventam non exhibuit.*

(2) *Inst.*, *loc. cit.*; Gaius, 3, 190. 191. 4, 173 et Paul, 2, 31, 14 traitent ces actions comme étant encore usitées.

(3) Ulpien, *Dig.*, 11, 4, 3. Les magistrats municipaux sont frappés d'une amende de 100 sous d'or, lorsqu'ils ne donnent pas un appui convenable à la poursuite des esclaves fugitifs (*Dig.*, 11, 4, 1, 2).

(4) Cicéron, *De d. n.*, 3, 30, 74 nous donne la formule par laquelle on introduisait oralement l'action : *illa actio : ope consilioque* (originaiement, *ope consilio* : III p. 48 n. 1) *tuo aio furtum factum esse.*

(5) L'action de vol, même lorsqu'elle tendait à l'*addictio* et non à une condamnation au montant de la composition pécuniaire, ne pouvait pas commencer par la formule d'exécution (*per manus injectionem*). Celle-ci est à sa place, lorsque le demandeur affirme que le défendeur n'est pas libre, donc contre le débiteur condamné, en tant que le jugement contient une adjudication conditionnelle; mais le voleur ne perd la liberté que par la sentence.

(6) Gaius, 4, 37 (cpr. 45) donne le début de la formule comme exemple de l'extension au non citoyen d'une action créée pour le citoyen : *Judex esto. Si paret [L. Titio ope] consiliove Dionis Hermaci filii furtum factum esse palerae aureae, quam ob rem eum, si civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret.* Cpr. III p. 56 n. 1.

(7) *Dig.*, 47, 6, 1, 3.

Procès capital. De même que le vol commis vis-à-vis du patrimoine d'un particulier est puni de mort d'après le droit de la guerre, de l'époque républicaine (1), de même cette peine s'applique aussi en général à ce délit dans le droit civil primitif (2). Le droit des XII Tables connaît encore à cet égard une double procédure et la plus sévère est capitale (3).

(751) On considère comme la forme la plus grave du vol, d'après la terminologie technique, comme « vol manifeste », *furtum manifestum* (4), celui où le voleur est saisi et arrêté avant qu'il ait porté à destination l'objet volé et étant encore en possession de celui-ci (5). Légalement, on lui assimile celui où l'objet volé est trouvé dans la maison du voleur au cours d'une perquisition domiciliaire solennelle (*furtum conceptum*) (6). La cause pour laquelle il y a dans ces deux hypothèses une peine plus rigoureuse, bien que les circonstances du délit n'impliquent pas une faute morale plus grave, réside sans doute dans ce que le voleur est ici personnellement en présence du volé et que la justice privée, dont la procédure délictuelle du droit

(1) Caton, chez Frontin 4, 1, 16. Polybe 6, 37, 9.

(2) Si la disposition de la loi des XII Tables 8, 13 Schöll [8, 14 Girard] (= Aulu-Gelle, 11, 18, 8 et autres textes) relative au *furtum manifestum* : (*decemviri*) *liberos verberari addicique jusserunt ei cui furtum factum esset* a été au début d'une application générale, ce qui ne peut être mis en doute, la règle que la *pecuniaria aestimatio* est étrangère à l'action privée primitive (Gaius, 4, 48) trouve également ici sa confirmation.

(3) Gaius, 3, 189. 4, 111. Scolies sur Virgile, *Aen.*, 8, 205. Isidore 5, 26, 19.

(4) Ce mot vient visiblement de *manus* et *fendere* = heurter (cpr. *defendere*, *offendere*, *infestus*) ; littéralement *manifestus* éveille l'idée d'un choc de la main, d'une appréhension par la main.

(5) Sabinus, chez Aulu-Gelle, 11, 18, 11. Paul, 2, 31, 2. Gaius, 3, 184. *Dig.*, 22, 1, 24, 2, 47, 2, 3. 1. 4. 1. 5. 1. 7. Nous pouvons omettre les controverses peu importantes sur le point de savoir à quel moment le vol cesse d'être manifeste. Il n'y a pas à rechercher comment et par qui le voleur a été pris. La perception directe du délit par la victime, par exemple, si celle-ci, d'une cachette, en voit l'accomplissement (*Dig.*, 47, 2, 7, 1), ne rend pas le vol manifeste. A vrai dire, Papinien, *Dig.*, 47, 2, 81, 3 contredit cette opinion : *cum raptor omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est* ; mais nous avons déjà montré (II p. 382 n. 1) que cette conception contraire à la notion de vol manifeste n'a pas triomphé.

(6) Loi des XII Tables, 8, 14 = Gaius, 3, 192 et ailleurs.

privé n'est que la réglementation, trouvait ici son application la plus naturelle et la plus libre (I p. 70). Le juré statue-t-il sur un vol manifeste, le voleur encourt, s'il est esclave, la peine capitale et la forme d'exécution de cette dernière qui consiste à confier au volé le soin de faire battre le coupable de verges et de le faire précipiter du haut de la roche Tarpéienne (1), montre, comme nous l'exposerons dans le Livre suivant, qu'il s'agit ici d'une peine privée. Si le voleur est un homme libre, le vieux Code des XII Tables ne prescrit pas l'exécution capitale, mais l'*addictio*. Celle-ci n'est pas l'*addictio* du droit des obligations qui ne touche pas au droit de cité et qui suspend seulement la liberté personnelle ; il s'agit ici d'une perte véritable de liberté, c'est-à-dire d'une exclusion de la communauté des citoyens et d'une servitude formelle (2). La peine est donc capitale même contre les personnes libres.

Toutefois la peine capitale du droit privé, appliquée au vol, est fondamentalement distincte de celle qui frappe les crimes publics. La peine capitale publique ne peut pas être écartée au cours de la procédure par un changement de peine ; quant à la peine capitale privée, non seulement le demandeur qui a triomphé peut y renoncer, mais le but véritable et originaire donné par l'État à l'action privée est même d'amener la victime à consentir à l'acquittement de l'accusé moyennant une compensation estimée convenable par le tribunal (3). Le fait

(1) Loi des XII Tables, *loc. cit.* : *servos furti manifesti prencos verberibus affici et ex saxo praecipitari.*

(2) On discutait sur le point de savoir si le voleur *addictus* était esclave ou *in causa mancipii* (Gaius, 3, 189 : *utrum servus efficeretur ex addictione an adjudicati loco constitueretur, veteres quaerebant*) ; mais l'opinion la plus rigoureuse, qu'adopte aussi Aulu-Gelle, 20, 1, 7, est la seule logique, comme nous le montrerons dans le Livre suivant à propos des peines privatives de liberté. De même qu'en cas de crime international la cité livre le citoyen coupable en propriété à la cité lésée (I p. 7 n. 8), de même, en cas de crime grave commis au sein de la cité, le citoyen coupable est livré en propriété à la victime.

(3) *Dig.*, 2, 44, 7, 14 : *de furto pacisci lex* (des XII Tables) *permittit*. l. 17, 1 : *quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur, ut injuriarum, item furti.*

que le procès de vol devait au début provoquer une véritable transaction est cause que le procès a gardé plus tard la forme de la transaction, même lorsque l'acceptation de la compensation ne dépend plus de la volonté du demandeur (1).

(752)
Procédure
de
composition.

Le développement postérieur de la procédure de vol tend à un adoucissement, principalement par la transformation de la tentative judiciaire de conciliation en un procès proprement dit, indépendant de la volonté du demandeur. Peut-être a-t-il été longtemps d'usage, lorsque le voleur était prêt à rendre la chose volée ou à donner l'équivalent de sa valeur ou à payer plusieurs fois cette valeur, de décider dans la procédure arbitrale le volé demandeur à accepter cette rançon. La loi des XII Tables prescrit déjà, peut-être sous l'influence de la législation athénienne, l'acceptation de la composition pécuniaire, lorsque le voleur n'est pas pris en flagrant délit et offre le double de la valeur de l'objet volé (2). En continuant dans cette voie, le préteur urbain a, par son édit, étendu le système de la composition obligatoire en élevant le taux de la composition au quadruple tant au cas de *furtum manifestum* (3) qu'à celui de *furtum conceptum* (4). Toutefois, dans cette dernière hypothèse, celui chez qui la chose a été trouvée obtient, s'il prouve qu'elle y a été apportée de mauvaise foi par un tiers, contre celui-ci une action *furti oblatis* identique à l'*actio furti*

(1) D'après Gaius (III p. 53 n. 6), la formule est ainsi conçue : *quam ob rem eum pro fure damnum decidere oportebit. Dig., 47, 2, 42, 1. 1. 46, 5. 62, 2. Damnum* (formation participiale de *dare*, cpr. I p. 13 n. 1) est la prestation et est employé en droit pénal, comme nous l'exposerons au Livre V à propos des peines pécuniaires, pour toute amende pécuniaire publique ou privée. Le mot reçoit ici une acception plus précise par l'addition *pro fure. Decidere est*, comme on sait, synonyme de *transigere* (*Cod., 6, 2, 13 : post decisionem furti leges agi prohibent. Quod si non transegerit et autres textes*). L'origine de cette action, issue de la composition volontaire, se manifeste nettement dans la rédaction de la formule.

(2) Loi des XII Tables, 8, 16 [id. Girard] (= Gaius, 3, 190 : *nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli irrogatur*).

(3) Gaius, 3, 189.

(4) Loi des XII Tables, 8, 15 [id. Girard] (= Gaius, 3, 191). Aulu-Gelle, 11, 18, 12. Gaius, 4, 173. Paul, 2, 31, 14 (à restituer approximativement comme suit) : *furti concepti actio tripli est poena et ipsius rei repetitio, adversus eum qui obtulit tripli*.

concepti (1). Ces peines d'un multiple furent certainement considérées comme comprenant l'indemnité du préjudice causé, plus un élément pénal, de telle façon que le voleur qui rendait l'objet volé n'avait à payer que le simple en cas de vol ordinaire et le triple en cas de *furtum manifestum*, tandis qu'il avait à fournir le double ou le quadruple de la valeur de la chose, s'il ne la rendait pas. Cette conception s'affaiblit toutefois dans la suite et on tendit de plus en plus à traiter ces condamnations à un multiple comme ayant un caractère exclusivement pénal (2). A la suite de ces réformes, il était indubitable que l'action capitale privée était complètement écartée pour ce délit; depuis lors, l'esclave était soumis dans ce cas à la procédure noxale, l'homme libre à l'obligation de payer la composition et c'était seulement au cas où il était insolvable qu'on prononçait contre lui l'*addictio* qui d'ailleurs lui laissait désormais ses droits personnels. — La procédure judiciaire, en cas de procès fondé sur la loi de la composition obligatoire, consiste en ce que le tribunal tranche d'abord la question de fait et que si la sentence donne droit au demandeur, le défendeur a encore la possibilité d'obtenir son acquittement (3) en fournissant à son adversaire une satisfaction, donc

(753)

(1) Loi des XII Tables, *loc. cit.* Les quatre catégories de *furtum* qu'on arrive ainsi à distinguer : *manifestum*, *nec manifestum*, *conceptum*, *oblatum*, n'ont pas la valeur d'un classement systématique; cette distinction se base uniquement sur les quatre actions de vol que nomme la loi des XII Tables.

(2) Le fait qu'en cas de *furtum manifestum* on réclame le quadruple et en cas de *furtum conceptum* le triple en outre de l'objet trouvé que l'on garde, tandis que d'après les XII Tables ces deux espèces de vol sont réprimées d'une manière identique (III p. 56 n. 2), s'explique par cette considération que dans le premier cas le recouvrement de l'objet n'est pas aussi évident que dans le second. — A propos de l'action de rapine, dont le quadruple se rattache à celui du vol (II p. 382 n. 1), on discute sur le point de savoir si elle comprenait ou non l'indemnité à raison de la chose prise (Gaius, 4, 8); la première opinion triompha de telle façon que le triple seul fut considéré comme peine. Lorsque Paul dans un texte (*Coll.*, 11, 6) taxe la peine de l'*abigeatus* au *duplum vel quadruplum* et ailleurs (*Sent.*, 5, 48, 1. 3) au *duplum aut triplum*, il pense dans le premier texte à l'opposition du *furtum manifestum* et du *furtum non manifestum* et dans le second à celle du vol et de la rapine (II p. 381).

(3) Gaius, 4, 114 = *Inst. Just.*, 4, 12, 2 : *omnia judicia absolutoria esse*. Le

en faisant en quelque sorte une transaction (1). Si le défendeur ne peut pas ou ne veut pas offrir cette transaction, la *litis aestimatio* a lieu (2). On tient compte pour celle-ci de la plus haute valeur que la chose a eue depuis le vol (III p. 37 n. 5), sans s'attacher ordinairement à l'intérêt que la victime pouvait avoir à ce que le vol ne se produisit pas (3). Puis, appliquant le multiple légal, on prononce formellement la condamnation pécuniaire (4). Par suite de l'indivisibilité juridique du délit, on rend, lorsque plusieurs personnes ont pris part à l'accomplissement du vol, une condamnation au montant intégral de la peine contre chacun des coupables (5). — La procédure d'exécution est celle qui a ordinairement lieu en droit privé; en cas de paiement, comme en cas d'insolvabilité, le voleur n'est plus traité autrement qu'un débiteur quelcon-

(754)

fait qu'en cas de vol et d'autres délits du même genre l'infamie s'attache non seulement à la condamnation, mais aussi à la transaction (III p. 59 n. 2), porte à croire qu'il s'agit ici de la transaction qui a lieu lorsque l'existence du délit est judiciairement établie; car, en cas de transaction extrajudiciaire, la certitude juridique que le délit a été commis fait défaut. Cela n'exclut pas d'ailleurs que dans certains cas, notamment lorsque l'accusé paie une indemnité (*Dig.*, 3, 2, 6, 3), la transaction ait l'infamie pour conséquence.

(1) *Dig.*, 4, 4, 9, 2: *si potuit (minor) pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur*. A cette idée se rattache aussi, du moins en partie, l'admission de la transaction sur le *furtum* dans la loi des XII Tables (III p. 55 n. 3) et l'assimilation de la transaction et de la condamnation au point de vue de l'infamie (III p. 59 n. 2). Dans la procédure postérieure, la transaction ne procurait plus d'avantage véritable au voleur, mais il en fut autrement aussi longtemps que la condamnation le priva de la liberté.

(2) Julien, *Dig.*, 25, 2, 22 *pr.*: *qui litis aestimationem suffert, emptoris loco habendus est*. *Dig.*, 47, 2, 9, 1. I. 85. tit. 6, 1, *pr.* Cpr. III p. 78 n. 4.

(3) Ulpien, *Dig.*, 47, 2, 50, *pr.*: *in furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium* (cpr. 47, 8, 2, 13). Cette règle ne s'applique pas aux titres contenant une reconnaissance de dette (*Dig.*, 47, 2, 27, l. 32. Paul, 2, 31, 32). La disposition est surprenante et se fonde peut-être seulement sur ce fait que le multiple de la valeur paraissait embrasser les dommages et intérêts. Ce n'est toutefois pas le lieu d'aborder cette question qui appartient essentiellement au droit civil.

(4) Gains, 4, 48.

(5) *Dig.*, 47, 4, 1, 19. *Cod.*, 4, 8, 1. La multiplication peut avoir lieu de manières différentes: l'auteur peut être puni pour vol manifeste et l'auxiliaire pour vol simple (*Dig.*, 47, 2, 34).

que de somme d'argent. Il est toutefois vrai qu'en fait celui qui encourait l'*addictio* pour cause de vol était régulièrement jeté dans la prison des esclaves (1).

La condamnation pour cause de vol a de tout temps été considérée comme infamante, lorsque le condamné est le voleur lui-même (2). Cette règle s'étend à la transaction conclue sous forme de rachat de la condamnation (3). Cette infamie a notamment pour conséquences : l'impossibilité de briguer des charges d'État (4) et des charges municipales, l'incapacité de siéger au Sénat et d'être décurion (5), et également l'incapacité de représenter d'autres personnes en justice (6).

Infamie.

Pour la question de la transmissibilité héréditaire de l'obligation, le vol commis vis-à-vis du patrimoine d'un particulier est soumis à la règle générale (7). Toutefois, celui qui, sans être aucunement complice du délit, en a retiré un profit (8), peut être contraint par une *condictio* de restituer à la victime l'enrichissement injuste qu'il a réalisé (9).

(755)

Exclusion de la transmissibilité héréditaire et de la prescription.

Au point de vue de la prescription, ce délit n'offre également aucune particularité (10); l'action, d'après l'ancien droit,

(1) Caton, chez Aulu-Gelle 11, 13, 18; *fures privatorum furtorum in nervo atque compedibus aetatem agunt*. Cette règle se rattache à la loi Publilia d'après laquelle l'homme libre *addictus* ne pouvait être mis dans les fers qu'autant qu'il était un criminel. Tite-Live, 8, 28, 8 : *ne qui (nexus) nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur*.

(2) *Dig.*, 47, 2, 64 : *non poterit praeses provinciae efficere, ut furii damnatum non sequatur infamia*. 48, 19, 10. 2. Gaius, 4, 182, = *Inst.*, 4, 16, 2., Paul, 2, 31, 15.

(3) Parmi les personnes notées d'infamie figure dans la *lex Julia municipalis*, l. 110 et en termes presque identiques dans l'édit du préteur, *Dig.*, 3, 2, 1 celui *quæi furtei, quod ipse fecit fecerit, condemnatus pactusve est erit*.

(4) Cicéron, *Pro Cluentio*, 42, 119, 120.

(5) *Lex Julia municipalis*, l. 109.

(6) *Dig.*, 3, 2, 1. Gaius, 4, 182.

(7) *Dig.*, 47, 1, 1, *pr*.

(8) Cela peut avoir lieu, abstraction faite du cas de succession, lors d'un vol entre époux (III p. 65 n. 3) et lors du délit d'un fils de famille et d'un esclave, si l'action noxale n'est pas applicable (*Dig.*, 15, 1, 3, 12. *Cod.*, 3, 41, 4).

(9) (*Condictio*) *ex injusta causa* : *Dig.*, 25, 2, 6, 5.

(10) Gaius, 4, 111 : *furti manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris juris-*

ne s'éteint par l'écoulement d'aucun laps de temps, elle ne s'éteint, d'après le droit du Bas-Empire, que par l'expiration d'un délai de trente ans.

On peut difficilement attribuer le caractère d'action noxale à la procédure que nous avons précédemment indiquée comme applicable à l'esclave convaincu d'un vol manifeste. Mais depuis que le vol donne lieu à une composition obligatoire, il est traité suivant les règles de l'action noxale : lorsque le délit a été commis par un enfant en puissance ou par un esclave, le père ou le propriétaire peut échapper l'action ou à la condamnation, à la condition de livrer le coupable à la victime en quasi-propriété ou en véritable propriété (1). En cas de vol commis par un groupe d'esclaves, les adoucissements précédemment indiqués (III p. 49 50) se produisent. L'action contre le maître sommeille, si celui-ci n'est pas actuellement en possession de l'esclave accusé (2), elle est anéantie par la mort du coupable.

Il nous reste à exposer le fonctionnement respectif de l'action qui sanctionne le droit de propriété du volé et de l'action délictuelle et à traiter de l'action personnelle non délictuelle donnée à une époque récente au volé. A ces deux points de vue nous rencontrons de véritables anomalies.

Revendication
du volé.

(756)

La revendication de la chose volée appartient de plein droit et à tout époque au propriétaire, lorsqu'elle n'est pas paralysée par une prescription acquisitive. Les dispositions de la loi des XII Tables sur ce point sont incertaines (3), mais il est

dictione profiscatur, perpetuo datur, et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.

(1) *Dig.*, 47, 2, 42, *pr.* 8, 62, 1, 2.

(2) Paul, 2, 31, 37. *Dig.*, 9, 4, 11, 1, 21, 3, 47, 2, 17, 3. Il en est autrement en cas de dommage causé à la chose d'autrui (*Dig.*, 9, 2, 27, 3) : peut-être veut-on dire seulement que le maître peut faire la *noxae deditio*, même si l'esclave est fugitif.

(3) Loi des XII Tables, 8, 17 Schöll (id. Girard). La prohibition de l'usucapion de la chose volée est rattachée par Julien (*Dig.*, 41, 3, 33, *pr.*) et par les Institutes de Justinien (2, 6, 2) aux XII Tables ou à la loi Atinia; tandis que Gaius (2, 45, 49) ne cite que la loi des XII Tables. D'après Aulu-Gelle, 17, 7, 1, la loi Atinia aurait été ainsi conçue : *quod*

sûr que, d'après le plébiscite Atinien du dernier siècle de la République, la chose volée peut être réclamée à toute époque, même au possesseur de bonne foi (1). Toutefois cette revendication n'aurait dû être admise en droit qu'autant que ce n'était pas par l'action de vol que le volé obtenait satisfaction. A raison du caractère arbitral de l'instance, la procédure de composition a tout d'abord pour objet la restitution de l'objet volé à laquelle s'ajoute comme supplément pénal le paiement de l'équivalent et le doublement n'a lieu que si la restitution n'est pas opérée. Même dans ce dernier cas, l'équité réclame qu'on écarte la revendication; le vol de choses non fongibles serait, en effet, plus durement réprimé que celui de l'argent ou d'autres choses du même genre qui échappent aisément à la revendication, si le propriétaire gardait pour cette première catégorie de choses la revendication, et si, par conséquent, en pareil cas le voleur était évincé de la chose volée. On trouve aussi des traces de cette conception non seulement dans ce fait, qui n'est d'ailleurs pas général, que les actions de vol à un multiple embrassent l'indemnité du préjudice causé (III p. 57 n. 2), mais encore dans cet autre fait que le paiement de la *litis aestimatio* au propriétaire de la chose volée fait cesser l'impossibilité de l'usucapion pour le voleur qui possède (2). Néanmoins, cette conception rationnelle n'a pas triomphé (3);

subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto. Ces termes de la loi n'ont pas pour but de renouveler une prescription antérieure, ainsi que le prouve la controverse des juriconsultes du dernier siècle de la République sur l'effet rétroactif de cette disposition. La conjecture la plus vraisemblable est que la défense de la loi des XII Tables n'était dirigée que contre le voleur possesseur — ce n'est vraisemblablement que plus tard qu'on a exigé la bonne foi comme condition de la possession extinctive de la revendication — et que la loi Atinia, en excluant la prescription extinctive, donna la faculté d'exercer la revendication contre tout possesseur de la chose volée.

(1) Gaius, 4, 8. 111. Paul. 2, 31, 13. *Inst.*, 4, 1, 19. tit. 6. 18. *Dig.*, 11, 3, 11, 2. 13, 1, 7, 1. 47, 2, 55, 3. *Cod.*, 6, 2, 12 et souvent ailleurs.

(2) Paul. *Dig.*, 47, 2, 85: *quomodo res furtiva, nisi ad dominum redierit, usucapi non possit, tamen si eo nomine lis aestimata fuerit vel furi dominus eam vendiderit, non interpellari jam usucapionis jus dicendum est.*

(3) Les juriconsultes donnent même comme motif de cette anomalie

(757) les actions de vol au double ou au quadruple ont été ordinairement considérées comme des actions purement pénales, à côté desquelles les actions qui sanctionnent le droit de propriété restent possibles (III p. 57 n. 2).

*Condictio
furtiva.*

Le droit romain est allé encore plus loin en étendant à tout volé la *condictio* apparue, comme nous le montrerons plus loin, à propos du vol entre époux (1). Accorder l'action non délictuelle donnée contre l'acquéreur d'un enrichissement injuste, lorsque le magistrat refuse l'action de vol pour des liens d'affection qui unissent le voleur et le volé, c'est là un fait anormal, puisque le voleur n'acquiert pas, mais un fait explicable; il est par contre difficile de comprendre que cette même *condictio* ait été donnée à tout volé, non pas comme une action qu'il peut à son choix exercer aux lieux et places de l'action délictuelle, mais comme une action qu'il peut intenter en même temps que cette dernière. Du reste, cette *condictio*, pour laquelle on ne tient aucun compte du délit commis, est complètement traitée d'après les règles des créances non délictuelles et se sépare par conséquent essentiellement de l'action de vol. Tandis que celle-ci appartient à toute personne lésée par le vol, la *condictio* ne compétente qu'au propriétaire de la chose volée (2) ou à celui qui a un droit réel sur cette dernière (3), exactement comme si le vol avait déplacé la propriété. On agit sous cette fiction pour la valeur de la chose, y compris les fruits et les dommages

odio furum quo magis pluribus actionibus teneantur (Gaius, 4, 4 = *Inst.* 4, 6, 14). A vrai dire, l'application correcte de cette idée aurait conduit à des longueurs; le demandeur, vainqueur dans l'action de vol, n'aurait obtenu que le simple de la valeur de l'objet, s'il avait auparavant intenté la revendication avec succès, et il aurait dû céder l'objet au voleur, lorsque la revendication n'avait pas été intentée.

(1) Gaius, 4, 4 = *Inst.*, 4, 6, 14 : *receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur : si paret eos dare oportere*. *Dig.*, 13, 1, 7, *pr.* 23, 2, 21, 5. 47, 2, 48, *pr.* 47, 6, 2 et souvent ailleurs.

(2) *Dig.*, 13, 1, 1, 47, 2, 14, 16. Si le propriétaire de l'objet volé dispose volontairement de sa propriété, par exemple, par un legs, la *condictio* est refusée à l'ayant cause (*Dig.*, 13, 1, 11).

(3) *Dig.*, 13, 1, 12, 2, 23, 2, 17, 3.

et intérêts (1), que la chose soit encore en la possession du défendeur ou non, qu'elle existe encore ou non (2). Comme action d'indemnité, elle peut être intentée pour son montant intégral contre chacun des auteurs proprement dits du vol (3), mais, l'indemnité une fois fournie, l'action ne peut pas être dirigée contre les autres coupables (4); la restitution de l'objet volé (5) ou tout autre dédommagement (6) produit le même effet; de même; si le voleur lui-même possède l'objet volé, la revendication, possible d'après ce que nous avons précédemment dit, ne peut pas être intentée à côté de cette *condictio* (7). La conséquence de beaucoup la plus importante de cette transformation des effets juridiques du vol a été l'extension de l'action d'indemnité aux héritiers du voleur (8). Cette extension se justifiait d'ailleurs pratiquement : si le créancier du *de cuius a*, vis-à-vis des héritiers de celui-ci, absolument les mêmes droits que ceux qui lui appartenaient contre son débiteur pri-

(758)

(1) *Dig.*, 13, 1, 3. 1. 8, 2. 25, 2. 21, 4. *Cod.*, 9, 32, 4, 2.

(2) *Dig.*, 13, 1, 8, *pr.* 25, 2, 17, 2.

(3) *Dig.*, 13, 1, 6 : *etsi ope consilio alicujus furtum factum sit, condictioe non tenebitur, etsi furti tenetur*. Le motif pour lequel la *condictio* n'est pas donnée contre ceux qui ont simplement aidé à l'accomplissement du délit réside peut-être dans ce fait que l'*altrectatio furtiva* fut conçue comme une tentative d'acquisition de propriété et remplaça celle-ci dans la liste des conditions d'exercice de l'action. Toutefois, en cas de vol entre époux, la simple assistance prêtée fonde la *condictio* (*Dig.*, 25, 2, 19. 1. 20. 47. 2. 52, 2).

(4) Dioclétien. *Cod.*, 4, 8, 1 : *furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, condictioe vero nummorum furtim subtractorum electionem esse ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari*.

(5) *Dig.*, 13, 1, 8, *pr.* 1. 10, *pr.* 47, 2, 55, 3. Telle est probablement aussi la règle que vise Paul, 2, 31, 34.

(6) Par exemple par voie d'*actio tutelae* : *Dig.*, 27, 3, 2, 1.

(7) *Dig.*, 25, 2, 22, *pr.* 47, 2, 9, 1.

(8) *Dig.*, 47, 1, 1, *pr.* : *condictio adversus eos (heredes furis) competit*. 12, 2, 13, 2. 13, 1, 2. 1. 7, 2. 1. 9. Cette règle est également appliquée au vol entre époux : *Dig.*, 25, 2, 6, 3 : *heres mulieris ex hac causa tenebitur sicut condictioe nomine ex causa furtiva*. Dioclétien n'a pas laissé subsister cette disposition rigoureuse (*Cod.*, 5, 21, 3 : *de rebus, quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores ejus non in solidum, sed quantum ad eos pervenit... uli non prohiberis*); car on ne peut guère songer ici à des ayant cause à titre particulier comme dans les cas cités III p. 59 n. 8.

mitif, il eût été choquant que celui qui avait été volé par le *de cuius* n'eût pas, au point de vue de la créance d'indemnité, les mêmes droits vis-à-vis des héritiers du voleur. — Quant à l'infamie, qu'on a voulu précisément éviter en créant cette action, il n'est pas incontestable, mais vraisemblable, qu'elle est écartée, même lorsque la *condictio* n'est pas intentée entre époux.

(739) Le système juridique qui traitait le vol commis vis-à-vis du patrimoine d'un particulier comme un délit qui ne pouvait être poursuivi qu'à la réquisition de la partie lésée cadrait mal avec la vie plus complexe de la dernière période du droit romain et l'exposé soigné et subtil, que nous donnent les sources juridiques, des actions privées fondées sur le vol est certainement plutôt emprunté aux développements d'école qu'aux données de la pratique (1). Toutefois, à maints égards, notamment pour le détournement et pour les vols si fréquents d'esclaves, cette forme d'action n'est nullement impropre; la possibilité (2), et même dans certains cas la nécessité (3), de l'action privée sont encore relevées dans les compilations de Justinien. La seule limitation de cette faculté est que les tribunaux ne doivent pas être importunés avec les petits vols domestiques (4).

(1) Aulu-Gelle, 11, 18, 10 indique déjà que l'action civile (*jure atque ordine*) pour cause de vol n'est pas usitée. Presque tous les textes relatifs au *furtum* sont empruntés à la littérature du droit civil; très peu aux commentaires de l'édit prétorien; presque aucun ne provient des *responsa prudentium*. Des controverses comme celle sur la consommation du *furtum manifestum* (III p. 51 n. 3) auraient été très rapidement éteintes, si la pratique s'en était occupée.

(2) Ulpien, *Dig.*, 47, 2, 93 : *si qui velit, poterit civiliter agere*. Julien, *Dig.*, 47, 2, 57, 1.

(3) Ulpien, *Coll.*, 7, 4, 1 : *fures ad forum remittendi sunt diurni*. *Dig.*, 47, 17, 2 : *si interdum furtum fecerunt, ad jus ordinarium remittendi sunt*. Tandis que l'*abigeatus* est réprimé par une procédure criminelle, on dit du simple voleur de bestiaux aux *Dig.*, 47, 14, 1, 4 : *ad examinationem civilem remittendus est* et la même règle est posée pour le cas où le vol de bestiaux a eu lieu au cours d'un procès (Paul, 5, 18, 3 = *Coll.*, 11, 6, 2).

(4) *Dig.*, 47, 2, 90 : *si libertus patrono vel cliens vel mercennarius ei qui eum conduxerit furtum faciet, furti actio non nascitur*.

2. Vol entre époux (*actio rerum amotarum*).

Par égard pour les liens du mariage les mœurs ne permettent pas à l'époux ou à son héritier d'intenter contre l'autre époux, même après la dissolution du mariage par le divorce ou par la mort (1), les actions infamantes de vol (2) pour enlèvement d'un objet appartenant au premier époux ou, si celui-ci est en puissance, à son *paterfamilias*. Toutefois, comme on ne peut pas équitablement refuser un dédommagement pour le bien volé, on accorde au volé ou à ses ayants cause et à son *paterfamilias* une action personnelle en répétition (3) (760) de même nature que celle qui compète au créancier contre le

Vol
entre époux.

(1) L'action est donnée à la condition, d'une part, que le vol ait été commis pendant le mariage et, d'autre part, que le mariage soit dissous. Mais on traite aussi de la même manière le vol commis antérieurement au mariage vis-à-vis d'une personne dont l'époux a hérité ou vis-à-vis de cet époux lui-même (*Dig.*, 25, 2, 3, 2) et l'action peut être intentée même pendant le mariage (*Dig.*, 25, 2, 25, cpr. l. 6, 5). Cette opinion n'est pas contredite par ce fait que dans ce cas l'action est désignée comme *condictio* fondée sur l'absence de *justa causa* (*Dig.*, 25, 2, 25) ou comme *actio de damno in factum* (*Cod.*, 5, 21, 2) ou comme *condictio furtiva* (*Dig.*, 25, 2, 3, 2), car la *condictio* est une action en répétition pour cause d'enrichissement injuste, toujours la même dans tous les cas, et toutes les dénominations qui viennent d'être rapportées ne sont, comme celle d'*actio rerum amotarum* elle-même, que des termes qui servent à désigner des cas d'application différents d'une même action. Comme conséquence logique, on ne restreint pas le domaine de l'*actio rerum amotarum* aux objets volés, mais on l'étend aussi aux choses consommées sans droit (*Dig.*, 25, 2, 3, 3 : *etiam eas res, quas divortii tempore mulier comederit vendiderit donaverit qualibet ratione consumpserit, rerum amotarum iudicio contineri*; de même l. 23).

(2) En dehors de l'*actio furti*, il faut également citer ici le *crimen expilatae hereditatis* (*Dig.*, 47, 19, 5. *Cod.*, 9, 32, 4). Les actions noxales pour cause de vol commis par un esclave sont naturellement permises (*Dig.*, 25, 2, 3, 1. l. 21, 2. 47, 2, 52, 3).

(3) *Dig.*, 25, 2, 6, *pr.* Toutefois, l'action de vol n'est refusée au détenteur de la puissance, en cas de vol de choses dotales, qu'autant que le père a qualité pour réclamer ces choses comme dotales; cette règle ne s'applique pas lorsque la belle-fille vole un autre objet appartenant au beau-père. Si l'époux accusé de vol est en puissance, l'action de vol elle-même peut être intentée contre celui qui a la puissance jusqu'à concurrence du pécule du fils ou de la fille; car le défendeur n'est pas le coupable lui-même et par conséquent l'infamie n'est pas encourue. Du reste, le *paterfamilias* n'est tenu que de restituer l'enrichissement qu'il a retiré éventuellement du délit. *Dig.*, 45, 1, 3, 12. 25, 2, 3, 4. l. 5. l. 6. l. 15, 1.

débiteur dont la dette est échue et, d'une manière générale, à toute personne lésée par une acquisition injuste contre l'acquéreur — par exemple contre les avocats et les magistrats comme sanction d'une créance de *repetundae* (1). Le vol est ici ignoré eu égard aux personnes entre lesquelles il se produit et pour cette raison l'action reçoit le nom d'*actio rerum amotarum* (2). Les éléments du délit qui fonde cette action sont les mêmes que ceux du *furtum* (3) et les conséquences de ce délit sont, abstraction faite de l'action pénale, identiques à celles du *furtum* (4). Comme cette *condictio* qui compete à l'époux n'est pas distincte, selon toute apparence, de celle qui fut plus tard accordée à tout volé, nous pouvons renvoyer ici aux explications que nous avons données à propos de cette dernière.

3. Vol commis vis-à-vis du patrimoine des dieux (*sacrilegium*) et de l'Etat (*peculatus*).

Le *sacrilegium* est, au sens littéral du mot (5) comme d'après l'usage du langage (6), le *furtum* d'un bien appartenant à

(1) Le *furtum* est aussi compris dans l'action de *repetundae* (III p. 14).

(2) *Dig.*, 25, 2, 26 : *rerum amotarum actio condictio est*. La diversité de nom s'explique par ce fait que dans l'édit du préteur la *rerum amotarum actio* est traitée à propos du droit matrimonial et la *condictio furtiva* à propos du vol. Ce n'est que dans les compilations de Justinien que la *condictio furtiva* a été groupée avec les formes de *condictio* naissant du *mutuum* et d'autres causes.

(3) *Dig.*, 23, 2, 29 : *veritate furtum fit*. De même l. 1.

(4) *Actio rerum amotarum* contre la femme à raison d'instigation ou d'assistance dans un *furtum* : *Dig.*, 25, 2, 49. l. 20. 47, 2, 52, 2. Exclusion en cas de prescription : *Dig.*, 25, 2, 29. Effet noxal : *Dig.*, 13, 1, 4. Evaluation de la valeur : *Dig.*, 25, 2, 29.

(5) *Sacrilegium* s'est formé comme *spicilegium* ; pour la seconde moitié du mot, cpr. les scolies sur Virgile, *Egl.*, 9, 21, *subtegere* = *subripere*. Ce terme correspond philologiquement et au point de vue du sens au mot grec *λεπροσυλία*.

(6) Cicéron, *De leg.*, 2, 9, 22 explique *sacrilegus* par ces mots *sacrum sacrove commendatum qui cleperit rapsitque* et interprète *loc. cit.*, 16, 49 *sacrilegium* par *sacrum auferre*. Ces deux mots se rencontrent fréquemment dans cette signification : Plaute, *Rud.*, 706 et Sénèque, *De benef.*, 7, 7, 1-4 ; Quintilien, 7, 3, 10 ; Julius Victor, 3, 3, c. 16. Les jurisconsultes des Pan-

la divinité (III p. 35 n. 2), comme le *peculatus* est le *furtum* (761) d'un bien appartenant à l'État (III p. 35 n. 3). Malgré la diversité de noms, le *sacrilegium* et le *peculatus* ont, sans aucun doute, toujours appartenu, en ce qui concerne leurs règles de fond, au même groupe; car les lois romaines distinguaient, plutôt par habitude que dans un intérêt juridique, le patrimoine des dieux de l'État et celui de l'État lui-même (1).

Les lois sur
le *sacrilegium*
et le *peculatus*.

Nous ne savons pas si ces délits ont fait à l'époque ancienne l'objet d'une réglementation législative: ils peuvent avoir été visés par la loi des XII Tables, mais nous n'avons aucun témoignage certain en ce sens. La procédure de la *quaestio*

dectes ne l'emploient que dans ce sens. Mais, en outre, à partir de Plaute, *sacrilegus* apparaît parmi les injures courantes (par exemple, Tertullien, *Apol.*, 2 : *nomen homicidae vel sacrilegi vel incesti vel publici hostis, ut de nostris elogiis loquar*); cet usage peut avoir contribué à dénaturer le sens du mot et, en faisant abstraction de la seconde partie du mot, à substituer à l'acception concrète et réelle la signification plus vague d'impiété. Lorsque Cornélius Nepos, *Alcib.*, 6, dans son récit des profanations des mystères commises par Alcibiade, traduit la condamnation pour cause d'*ἀσεβεία* par condamnation pour cause de *sacrilegium*, il fait sans doute très correctement allusion à la spoliation des sanctuaires. Mais, lorsque Tertullien, *Apol.*, 28, désigne comme *sacrilegium* et comme crime de lèse-majesté la violation du devoir qui incombe aux Romains de jurer par les dieux nationaux autant que par le génie de l'empereur, il y a là, comme nous l'avons déjà exposé (II p. 272 n. 4) une traduction incorrecte et, selon toute vraisemblance, particulière à cet auteur du terme grec ἀσεβεία, pour lequel les Romains n'ont pas d'expression correspondante. Le nom de *sacrilegus*, que le biographe de Marc-Aurèle, c. 18, donne à celui qui n'expose pas l'image de l'empereur est tout au moins imprécis. Dans la dernière période, la signification du mot devient flottante même dans les ouvrages juridiques. Abstraction faite de ce que, dans un langage imprécis, ce terme est appliqué à tout crime grave, il est employé, semble-t-il, dans le langage technique pour désigner le délit de religion chrétienne (II p. 310 n. 2). Avec beaucoup de maladresse, on a, dans le Code de Justinien, fait de la vieille rubrique (*Dig.*, 48, 13) *ad legem Juliam peculatus et de sacrilegis et de residuis*, où le *sacrilegus* est l'auteur d'un vol commis au regard d'un temple, deux rubriques 9, 28, et 9, 29 *de crimine peculatus et de crimine sacrilegii* et on a rangé sous cette dernière quelques fautes légères contre la religion et la puissance impériale qui ne constituent pas une catégorie propre de délits.

(1) *St. R.*, 2, 47 [*Dr. publ.*, 3, 53]. La vieille formule (*C. I. L.*, I, 185. 186) *aut sacrom aut publicom locom esse* montre clairement que ces deux expressions constituent l'opposition à *privatum* et que la division tripartite habituelle n'est pas correcte.

a certainement, si cela n'a pas eu lieu auparavant, été étendue à ces délits depuis Sylla et elle doit en cette matière avoir fait l'objet de lois plus anciennes (1); mais les seuls points qui soient prouvés à cet égard sont qu'une loi Julia, qui d'après son nom date de César ou d'Auguste, a fixé les règles de procédure pour le vol des biens des divinités et de ceux de l'État (2), et qu'une loi qui s'appelle également Julia, différente semble-t-il de la première, a été promulguée sur les reliquats de comptes (*de residuis*) (3). Ces lois sont restées en vigueur dans la suite. — En outre, les *leges templorum* (4) et les lois municipales ont maintes fois réglé, pour leur cercle restreint, la procédure relative à ces délits.

Notion
du *sacrilegium*.

Rentre surtout parmi les biens des dieux tout ce qui a été consacré aux dieux de l'État conformément au droit romain (*res sacrae*) (5). Peu importe en droit que ces objets se trou-

(1) Dans le dialogue *De deorum natura*, placé dans les années 676/78 à 678/76, Cicéron, 3, 30, 74 oppose la *quaestio peculatus* à la *quaestio testamentaria* introduite *lege nova*. Nous ne savons pas si la présidence de ce jury avait déjà été confiée auparavant à un préteur spécial ou si elle avait été assurée d'une autre manière; en tout cas, il est certain que depuis Sylla un des préteurs préside cette *quaestio* (Cicéron, *Pro Cluentio*, 34, 94, 53, 147. *Pro Mur.*, 20, 42. *St. R.*, 2, 201, n. 3 [*Dr. publ.*, 3, 230, n. 4]).

(2) Aux *Dig.*, 48, 13 (cpr. 22, 5, 13, 48, 1, 1), par lesquels seuls nous connaissons la loi, il est question de la *lex Julia peculatus et de sacrilegis et de residuis*, mais la *lex Julia de residuis* était peut-être une loi distincte (n. 3). La loi principale embrassait, comme le confirment les dispositions particulières, tout à la fois le *sacrilegium* et le *peculatus*. Isidore range le péculet dans le *sacrilegium* en s'attachant au vol de deniers de l'empereur (5, 23, 3: *sic iudicatur ut sacrilegus quia fur est sacrorum*). — En faveur de l'attribution de cette loi à César, on peut invoquer le silence de Suétone, *Aug.*, 34.

(3) La loi apparaît comme distincte aux *Inst.*, 4, 18, 11 et aux *Dig.*, 48, 13, 2, 1, 5, *pr.*, si la rédaction est correcte.

(4) La *dedicatio* du temple de Jupiter dans le *vicus* de Furfo datant de 696/58 (*C. I. L.*, IX, 3513 = Bruns, *Fontes*⁶, p. 260) pose la règle suivante: *sei qui heic sacrum surupuerit, aedilis multatio esto, quanti volet; idque vicus Furf(ensis) m[a]j[or] pars sfeltares (?) sei apsolvere volent sive condemnare, liceto*. Dans la disposition de la vieille loi sur le bois sacré de Spolète (Bruns, p. 260: *neque exvehilo neque exferro quod louci siet*), c'est bien aussi au *furtum* qu'il est fait allusion.

(5) On exige donc que la *dedicatio* soit accomplie (Sénèque, *De benef.*, 7, 7: *dis dedicata*). L'extension de la notion aux *res religioni destinatae* (Gordien, *Cod.*, 9, 19, 1) est un élargissement postérieur.

vent dans un lieu saint ou non (1). Quant à la question de savoir si les choses des particuliers qui sont gardées dans un sanctuaire rentrent dans les *res sacrae* et si l'enlèvement de ces objets constitue un *sacrilegium* ou un *furtum*, elle était controversée (2). La *dedicatio* privée du simple citoyen ne peut pas en général faire rentrer un bien dans le patrimoine des dieux (3) ; il n'y a d'exception que pour les sépultures qui ont fait l'objet d'une *dedicatio* aux mânes des ancêtres (*res religiosae*) (4). Les biens des divinités d'autres cités, même de cités amies, ne peuvent être assimilés (5) au patrimoine des divinités romaines que par un *privilegium* (6).

(1) Sans doute Cicéron, *De inv.*, 1, 8, 11, pose le dilemme : *si quis sacrum ex privato surripuerit, an sacrilegus sit iudicandus* ; mais la réponse ne peut être douteuse.

(2) *Dig.*, 48, 13, 6 : *divi Severus et Antoninus... rescripserunt res privatorum si in aedem sacram depositae subreptae fuerint, furti actionem, non sacrilegii esse*. Cicéron, (*De leg.*, 2, 16, 40) se prononce en sens contraire, lorsqu'il assimile le *sacrum* au *sacro commendatum* et *Dig.*, 48, 19, 16, 4 : *locus facit, ut idem vel furtum vel sacrilegium sit* concorde avec Cicéron. C'est là une controverse aimée des rhéteurs (Quintilien, 3, 6, 38. 40. 4, 2, 8. 68. 4, 4, 3, 5, 10, 39. 7, 3, 10. 21-24). Pratiquement, cette question a de l'importance parce qu'on déposait souvent dans les temples des deniers et des documents privés (Cicéron, *De leg.* 2, 16, 41 et autres textes ; Marquardt, *Handb.*, 3, 217 [*Manuel Antiq. Rom.*, XII, 261]). En tout cas, l'*aedituus* répond de ces objets conformément au droit civil comme dépositaire (*Dig.*, 43, 5, 3, 3 ; 48, 13, 11, 2).

(3) *Dig.*, 48, 13, 14, 1 : *qui privata sacra vel aediculas incustoditas temptaverunt, amplius quam fures, minus quam sacrilegi merentur*.

(4) La *lex municipii Tarentini* (l. 1) prescrit l'exercice de cette action pénale, s'il y a soustraction de *quidquid ejus municipi pecuniae publicae sacrae religiosae est erit* et la loi pénale Julia s'étend aussi à la *pecunia religiosa* (*Inst.*, 4, 18, 9. *Dig.*, 48, 13, 1, *pr.* l. 4, *pr.* l. 11, 2. *Inst.*, 4, 18, 9 *cpr.* *Dig.*, 48, 13, 5, 3). En cas d'enlèvement de statues ou d'autres objets mobiliers appartenant à un tombeau, il n'est toutefois pas question de *sacrilegium* (*Dig.*, 47, 12, 2).

(5) Cicéron qualifie de pécumat l'enlèvement des œuvres de sculpture laissées ou placées par les généraux romains dans les temples de Sicile (*cpr.* *Verr.*, 1, 4, 2), parce qu'elles proviennent du butin romain (*Verr.*, 4, 41, 83) et appartiennent en fait au peuple romain (*Verr.*, act. 1, 4, 11) ; par ailleurs de telles œuvres ne tombent donc pas sous la protection de la loi pénale romaine.

(6) C'est ce que firent Auguste et Agrippa pour les Juifs (Josèphe, 16, 6, 2, 4) : quiconque vole leurs livres saints ou des deniers appartenant à leurs temples doit être considéré comme *ἱερόσυλος* et son patrimoine est

Le vol commis vis-à-vis du patrimoine des divinités municipales est assimilé par les statuts locaux au vol d'un bien de la cité (III p. 69 n. 3).

Les éléments constitutifs du *furtum* se retrouvent dans le *sacrilegium* : l'attouchement (1), la restriction aux objets mobiliers (2), l'intention de réaliser un enrichissement injuste (3), le dommage causé à la divinité intéressée.

(764)

Notion
du péculat.

Le vol d'un objet mobilier appartenant à l'État s'appelle *depeculatus* ou *peculatus publicus* (4), d'ordinaire simplement *peculatus* (5). Ce *furtum* est ainsi nommé, parce qu'avant le début de l'économie de monnaie le bétail destiné aux sacrifices constituait l'élément le plus important du patrimoine mobilier de la communauté et parce que c'était lui surtout qui pouvait faire l'objet d'un vol.

A l'époque historique, on rencontre le vol d'un objet de l'État dans les cas suivants :

confisqué pour l'*aerarium* romain ; les voleurs sont même privés de la protection des asiles et livrés aux Juifs pour être punis par eux.

(1) Julius Victor, *Ars. rhet.*, 6, 3 : *si commovisse aliquid eorum, quae in templo erant posita, aut contaminasse* (cpr. III p. 36 n. 2) *sacrilegium videtur, quanto magis eo crimine tenetur aliquid de templo sustulisse.*

(2) C'est ce qu'indique le soin avec lequel, conformément à la loi Julia, on appuie sur la *pecunia sacra religiosa* (III p. 69 n. 4). Si la violation des sépultures était rentrée dans le *sacrilegium*, nous en trouverions des traces. Relativement à l'*ager publicus* cpr. III p. 43 n. 1.

(3) Julius Victor, *Ars. rhet.*, 6, 1 : *qui lucri faciendi causa in templum venit, sacrilegus est... si non ut lucrum facerem, sed ad ornatum commendarem* (prêt pour décoration), *detraxi aliquid de templo, non est sacrilegium.*

(4) Varron, *De l. L.*, 5, 93 (*appellarunt a pecude*) *peculatum publicum primo ut* (ainsi dans le manuscrit), *cum pecore diceretur multa et id esset coactum in publicum, si erat aversum.*

(5) Festus, *Ep.*, p. 75 : *depeculatus a pecore dicitur ; qui enim populum fraudat, peculatus poena tenetur.* Le même, p. 213 (cpr. p. 237) : *peculatus est tunc quidem quaecumque publicum furtum, sed inductum est a pecore.* Il ne résulte pas de l'expression *malus peculatus* de la langue légale (loi Acilia, l. 69 ; loi Cornélia de *quaestoribus*, l. 5) que le terme *peculatus* n'ait pas eu à l'origine par lui-même un mauvais sens ; mais *peculatus* doit être entendu, dès le début, comme équivalant à *dolus malus* (I p. 162 n. 1). L'appellation *furtum publicum pecuniae* ou *furtum publicum* (III p. 35 n. 3) est correcte, mais n'est pas technique.

4. La soustraction de métal ou de monnaies vis-à-vis de l'*aerarium* du peuple romain ou d'une autre caisse publique (1) est de beaucoup la forme la plus importante et la plus fréquente du péculation. Ce sont surtout les magistrats et leurs subalternes qui sont à même de commettre ce délit (2). Le détournement, qui ici, comme dans le *furtum* privé, est traité de la même manière que le vol (3), apparaît surtout à propos du péculation (4). C'est ainsi notamment qu'on se sert de l'action de péculation pour réclamer au comptable de deniers publics le reliquat dû à l'*aerarium* après reddition de compte (*pecuniae residuae*) (5). En vertu d'une disposition plus douce de la loi Julia sur les *pecuniae residuae*, la somme que le comptable reconnaît dans son compte devoir à l'*aerarium* est traitée pendant un an à partir du compte comme une simple dette d'argent du détenteur ; après cette année, ce comptable peut être poursuivi, sinon par l'action de péculation, du moins par une action publique et il est tenu de payer à titre de peine en plus de sa dette un tiers de la somme due (6). (765)

(1) *Dig.*, 48, 13, 13 : *qui perforaverit muros vel inde aliquid abstulerit, peculatus actione tenetur*. Le texte, comme le prouve le mot *inde*, n'est pas complet ; il ne se rapporte nullement au crime commis contre les murs de la ville (II p. 263 n. 4).

(2) Cicéron, *Pro Mur.*, 20, 42 : *sors tristis atrox : quaestio peculatus, ex altera parte lacrimarum et squaloris, ex altera plena catenarum atque indicum*. Sous le nom de *catenae*, il faut penser aux esclaves employés au service de la caisse que l'accusateur, en cas de fraude commise, force à déposer comme complice ou comme témoin.

(3) Lorsque Cicéron qualifie de *peculatus* le fait par une personne d'employer à son propre avantage les deniers destinés au paiement de la solde (*Verr.*, I, 3, 76, 177) et de prêter à intérêts à son propre profit les deniers de l'État (*pecuniae publicae feneratio* : *Verr.*, I, 3, 72, 168), l'élément juridiquement décisif dans les deux cas est l'appropriation de l'argent d'autrui.

(4) La *lex municipii Tarentini* désigne le péculation par les mots *fraudare* et *avertere* et la dernière expression, employée aussi par Varron (III p. 70 n. 4), est ici usitée de préférence.

(5) C'est à raison de ces *pecuniae residuae* (ainsi Cicéron, *Pro Cluentio*, 34, 94 et *De leg. agr.*, 2, 22, 59, où elles sont aussi nommées *pecuniae repelandae* : cpr. III p. 12 n. 1) qu'un procès de péculation fut intenté en 88/86 contre les héritiers du dictateur Sylla (Cicéron, *loc. cit.*). Cette action s'étendait également aux deniers prélevés sur les caisses publiques (Asconius, p. 72) et à ceux qui provenaient du butin (Cicéron, *De leg. agr.*, I, 4, 12).

(6) *Dig.*, 48, 13, 11, 6.

2. On s'est également demandé ici si l'objet mobilier public, qui ne se trouve pas dans les caisses publiques, doit être, en cas de soustraction, réclamé par l'action de péculat ou par l'action de vol (1); c'est incontestablement la première opinion qui est exacte. Cette règle s'applique notamment au butin de la guerre (2); celui-ci n'appartient pas moins à l'État que les objets déposés dans l'*aerarium*. Le magistrat qui le rapporte chez lui peut en disposer librement et n'est pas, en ce qui le concerne, soumis à une reddition formelle de compte comme pour les deniers de l'*aerarium* qui lui ont été confiés, mais il n'a pas le droit de le conserver ni de l'employer à son profit. Toute partie de butin trouvée en la possession particulière du général est considérée comme volée (3), tout profit que celui-ci a retiré de l'utilisation du butin est traité comme un détournement (4) et l'action *de pecuniis residuis* est également possible ici (5).

(766) 3. On a fait rentrer dans ce délit toute fraude commise vis-

(1) Dans la *Rhet. ad Her.*, I, 12, 22, la question de savoir si le *vasa argentea publica de loco privato sustulisse* est un péculat ou un *furtum* apparaît comme controversée.

(2) *Dig.*, 48, 13, 15 : *is qui praedam ab hostibus captam subripuit, lege peculatus tenetur et in quadruplum condemnatur*. Cpr. III p. 69 n. 5.

(3) Telle est la règle sur laquelle se fondent le plus ancien procès de péculat que nous connaissons, celui du dictateur Camille en 363/391 — car le récit, provenant d'une source compétente, s'appuyait sans aucun doute sur l'affaire des portes de bronze (*aerata ostia*) du butin de Véies (Pline, *N. h.*, 34, 3, 13; Plutarque, *Cam.*, 12) et ne mentionnait qu'accessoirement l'usage que Camille avait fait de chevaux blancs pour son triomphe — et le procès intenté en 668/86 contre le fils de Cn. Pompeius Strabo à raison de pièces du butin d'Asculum qu'il avait utilisées pour sa maison (Plutarque, *Pomp.*, 14; Cicéron, *Brut.*, 64, 230). C'est précisément ce délit que vise Caton chez Aulu-Gelle, 11, 18, 18.

(4) J'ai exposé dans ma dissertation sur les procès des Scipions (*Röm. Forsch.*, 2, 444 sv.) la diversité pratique des règles applicables aux deniers de l'*aerarium* et aux sommes provenant du butin et leur relation avec le péculat.

(5) C'est surtout à ces *pecuniae residuae* que se rapportaient les procès de péculat intentés contre les héritiers de Cn. Pompeius Strabo (III p. 72 n. 3) et du dictateur Sylla (III p. 71 n. 5). Le recouvrement général de telles créances de l'*aerarium*, ordonné par la loi agraire de Servilius (Cicéron, *De leg. agr.*, 2, 22 et ailleurs), n'était que la réitération d'une prescription ancienne.

à-vis des caisses publiques, même si elle ne se produit pas par enlèvement de deniers, mais simplement, par exemple, par falsification de titres, et ne présente pas les véritables caractères du *furtum* (1). Les cas suivants, que nous relevons spécialement, ne sont que des applications particulières de cette idée générale.

4. La remise injuste d'une créance appartenant à la cité faite par le magistrat chargé de la recouvrer (2), de même que l'encaissement d'une créance de ce genre par une personne non compétente (3).

5. Le fait de diminuer la valeur de monnaies frappées dans des officines publiques en leur faisant subir un alliage illégal (4).

6. La frappe de monnaies publiques au delà du mandat reçu en faveur des fonctionnaires chargés de ce service (5).

7. Vraisemblablement aussi la manipulation (6) ou la sup-

(1) La *lex municipii Tarentini* fait rentrer dans le pécunia, à côté de l'*avertere* de la *pecunia publica*, le *publicum pejus facere per litteras publicas fraudemve*, par exemple donc le mandat de paiement illégal, ou peut-être même falsifié, adressé à une caisse publique.

(2) Cicéron, *Verr.*, l. 3, 36, 83.

(3) *Dig.*, 48, 13, 11, 3 : *privatam (pecuniam) crimen peculatus facere, si quis quod fisco debetur simulans se fisci creditorem accepit*. Il faut bien supposer que, par suite de quelques circonstances accessoires, le fisc est dans l'impossibilité d'agir contre celui qui a payé à tort; sans cela, il ne subirait pas de préjudice.

(4) *Dig.*, 48, 13, 1 : *lege Julia peculatus cavetur... ne quis in aurum argentum aes publicum quid indat neve immisceat... sciens dolo malo quo id pejus fiat*. L'altération même de monnaies de cuivre à l'aide d'étain ou de plomb a lieu fréquemment.

(5) *Dig.*, 48, 13, 8, pr. : *qui cum in moneta publica operarentur, extrinsecus (en dehors de l'officine) sibi (pour leur propre compte) signant pecuniam forma publica... videntur... furtum publicae monetae fecisse*. On pense dans ce texte à une fabrication de pièces de monnaies pour une valeur supérieure à celle du métal.

(6) Cicéron, *De d. n.*, 3, 30, 74 parle d'un procès criminel contre L. Aenus, *qui transcripserit tabulas publicas* ou, comme il est dit plus loin, *qui chirographum sex primorum* (c'est-à-dire des chefs des scribes de l'*aerarium* romain) *imitatus est*. Il s'agit sans doute d'un acte falsifié peut-être par un employé de l'*aerarium* et se présentant comme extrait officiel des livres de caisse romains; ce délit peut avoir été un pécunia, bien que la falsification des livres publics soit également citée à propos de la *lex majestatis* (II p. 259 n. 2) et à propos du *fulsum* (II p. 394).

(767) pression (1) illégale des livres de caisse publics, et même, d'après un sénatusconsulte postérieur, la permission illégalement donnée de prendre connaissance de ces livres (2).

8. Il n'y a pas en soi de péculat, lorsque les deniers publics sont passés, du consentement de l'État, mais en vue d'un but déterminé, dans la propriété d'un particulier et qu'ils n'ont pas été employés conformément à leur destination (3). Toutefois la loi Julia sur les *pecuniae residue*, déjà mentionnée, a également établi, pour la réclamation des deniers de l'État qui n'ont pas été employés conformément à leur destination, une action publique comprenant comme supplément pénal un tiers de la somme due (4).

9. Peut-être a-t-on fait aussi rentrer dans le péculat la perte dolosive ou simulée d'un navire au préjudice de la caisse de l'État (5).

A l'époque impériale, le patrimoine de l'empereur a été, en substance, traité au point de vue pénal comme le patrimoine de l'État (6).

Le péculat municipal, le détournement de deniers municipi-

(1) C. Curius, un parent de C. Rabirius, fut accusé de *peculatu facto et de tabulario incenso* (Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 3, 7); un chevalier romain de Picenum, homme notable, Q. Sestius, fut accusé d'avoir mis le feu à un *tabularium* (Cicéron, *De n. d.* 3, 30, 74). Il n'est pas certain, mais n'est pas invraisemblable, qu'il s'agit ici de la même affaire et que les textes appartiennent à notre matière.

(2) *Dig.*, 48, 13, 11, 5.

(3) *Dig.*, 48, 13, 11, 4.

(4) *Dig.*, 48, 13, 2. 1 5, *pr.* 1. 2. Cette règle ne peut s'appliquer aux choses non fongibles, même s'il y a obligation de fournir une indemnité.

(5) Il y a doute sur le point de savoir, si le préjudice causé à l'*aerarium*, en provoquant par dol ou en simulant un sinistre maritime entraînant la perte des objets achetés pour les besoins de l'armée, préjudice sur lequel se fonde l'accusation capitale dirigée en 542/212 par voie de procédure tribunitienne-comitiale contre le fournisseur M. Postumius (Tite-Live 25. 3, 40. 11), doit être considéré comme un crime de lèse-majesté ou comme un péculat. La première opinion est plus vraisemblable, parce que l'action est tribunitienne et que les éléments du délit indiquent plutôt un *damnum* qu'un *furtum*; le fait que l'accusé n'est pas un magistrat n'est pas un argument décisif contre cette opinion (II p. 260 n. 6). *Cpr.* III p. 79 n. 2.

(6) Paul, 5, 27. *Dig.*, 48, 13, 8, 1.

paux (1) et la falsification des livres et des titres de la cité (2) ont été traités comme délits conformément aux règles posées dans les différents droits municipaux. Ceux-ci contiennent aussi des dispositions spéciales sur les *pecuniae residuae*; d'après la *lex Malacitana*, l'administrateur de deniers publics ou son héritier doit, dans un délai de trente jours à partir de la cessation de l'administration, rendre compte à la caisse municipale et lui acquitter le reliquat dû (3). — Ces actes malhonnêtes commis vis-à-vis des patrimoines municipaux n'ont certainement pas été, à l'époque ancienne, traités par le droit romain comme péculat; la jurisprudence postérieure a, non pas, à vrai dire, sans hésitation, assimilé le péculat municipal à celui qui est commis vis-à-vis de l'État (4). (768)

Les éléments constitutifs du *furtum* se retrouvent aussi dans le *péculat* tel qu'il était originairement délimité: ce sont l'attachement (5), la restriction aux objets mobiliers (6), l'intention de réaliser un enrichissement injuste, le dommage causé à la communauté. Ces éléments ne se rencontrent pas dans les extensions du péculat, notamment dans les *pecuniae residuae*.

(1) La *lex municipii Tarentini* établit pour ce cas une action populaire au quadruple qui doit être portée devant des récupérateurs (I p. 263 n. 3).

(2) Cicéron, *Pro Cluentio*, 14, 41, 44, 125: *qui tabulas publicas municipii manu sua corrupisse iudicatus sit*. On trouve des dispositions semblables dans des droits municipaux non romains: Cicéron, *Verr.*, I, 2, 37, 90.

(3) *Lex. Col. Mal.*, c. 67.

(4) Papinien, *Dig.*, 47, 2, 82: *ob pecuniam civitati subtractam actione furti, non crimine peculatus tenetur*. En sens contraire, Marcellus, *Dig.*, 48, 13, 5, 4: *sed et si de re civitatis aliquid subripiat[ur], constitutionibus principum divorum Trajani et Hadriani cavetur peculatus crimen committi, et hoc jure utimur*. Il n'est pas possible de concilier ces deux textes; peut-être les constitutions citées ne visaient-elles que des cas particuliers et les juriconsultes se séparaient-ils sur le point de savoir si elles étaient d'une application générale ou non.

(5) Paul, 5, 27: *si quis fiscalem pecuniam attraxerit subripuerit mutaverit* (cpr. III p. 36 n. 3) *seu in suos usus converterit, in quadruplum ejus pecuniae quam sustulit condemnatur*. *Dig.*, 48, 13, 1: *lege Julia peculatus cavetur, ne quis ex pecunia sacra religiosa publicave auferat neve intercipiat neve in rem suam vertat*.

(6) C'est ce que montre l'emploi du mot *péculatus* et l'importance toute particulière donnée au mot *pecunia* dans la loi.

Procédure
capitale en
cas de
sac. *ilegium* et
de *peculatus*.

(769)

La nature même du délit implique que le vol d'un objet appartenant aux dieux ou à l'État ait été de tout temps réprimé d'office comme le crime d'État (1) et les renseignements peu abondants qui nous sont parvenus à cet égard confirment que ces deux délits renaient originairement dans la compétence des questeurs pour meurtre. C'est certainement en s'inspirant de l'ancien droit que Cicéron, dans sa constitution imaginaire, range le *sacrilegium* dans la notion procédurale du meurtre (2), et le plus ancien procès de péculat que mentionnent les annales fut, d'après la meilleure version, porté par les questeurs devant les comices (3). — On ne peut ni affirmer ni nier avec certitude que cette procédure ait été plus tard remplacée par le procès d'amende tribunitien. On peut en faveur de l'affirmative faire valoir que la procédure des questeurs, qui ne connaît vraisemblablement pas d'autre peine que la peine capitale, ne cadre pas avec les tendances de la fin de la République et que la communauté est aussi directement intéressée à la répression, en cas de *sacrilegium* et de *peculatus*, que dans les accusations à raison d'un crime d'État; mais tout ce que nous savons par ailleurs sur la répression de ces dé-

(1) J'ai méconnu ce point dans mes *Röm Forsch.*, 2, 447. Si le *sacrilegium* et le *peculatus* avaient été uniquement réprimés suivant les règles de l'action privée comme *furtum rei sacrae* ou *rei publicae*, la science du droit romain n'aurait nullement mis à part ces catégories de délit.

(2) II p. 222. Cicéron, *De leg. agr.*, 2, 9, 22 : *sacrum qui cleperit rapsitque, parricida esto*. Comme le mot *parricidium* n'a jamais été appliqué aux délits contre la propriété, l'expression *parricida esto* peut seulement signifier que ce délit vient devant les *quaestores parricidii*.

(3) Sur le procès de péculat du dictateur Camille (III p. 72 n. 3) nous avons deux versions: d'après l'une (Pline, *H. n.*, 34, 3, 17, vraisemblablement empruntée à Pison; cpr. O. Hirschfeld dans *Festschrift für Friedländer*, p. 131), l'action est intentée par le questeur Sp. Carvilius; d'après l'autre, (Tite-Live, 5, 32, 8 et les écrivains qui s'inspirent de lui) par le tribun de la plèbe L. Appuleius. Tandis qu'une action d'amende tribunitienne ne se conçoit pas bien à cette époque ancienne et que le nom démagogique de l'institution révèle une origine tardive, on peut conclure de la première version, bien qu'elle ne soit pas plus confirmée que la seconde, que des annalistes bien renseignés font rentrer le péculat dans la compétence des questeurs.

lits est dans l'ensemble défavorable à une telle conjecture (1).

Nous avons la preuve pour le *sacrilegium* (2) et en quelque sorte aussi pour le pécumat que la peine était originairement capitale (3). Mais il est certain que cette peine n'a pas disparu (770) beaucoup plus tard pour le vol public que pour le vol commis vis à-vis du patrimoine d'un particulier. Comme nous l'avons déjà dit, nous n'avons pas de preuves suffisantes que cette peine ait été remplacée par une procédure d'amende criminelle (4) et il est bien possible qu'on se soit plus tard contenté à cet égard de la procédure d'indemnité rigoureuse dont nous allons maintenant parler.

(1) En dehors de la version plus récente du procès de pécumat dirigé contre Camille (III p. 76 n. 3), on peut citer ici le procès de pécumat intenté contre les Scipions et qui se termina par la condamnation de L. Scipio à une amende pécuniaire (Aulu-Gelle, 4, 18, 6, 19. Tite-Live, 38, 56, 8; pour plus de détails: *Röm. Forsch.*, 2, 466 sv.). Mais le fait que ce procès fut intenté *nullo exemplo* enlève toute force à cette preuve.

(2) Sénèque, *De benef.*, 7, 7: (*Bion*) *omnes (sacrilegus) de saxo dejecturus est*, sans aucun doute eu égard à la règle du droit romain. Julius Victor, *Ars rhet.* 3, 15: *fur quadruplum solvat, sacrilegus capite punitur*. Claudius Saturninus, *Dig.*, 48, 19, 16, 4: *locus facit, ut idem vel furtum vel sacrilegium sit et capite luendum vel minore supplicio*.

(3) D'après Diodore, 29, 21 = *Excerpta Vatic.*, p. 70, L. Scipio est menacé de la peine de mort à raison du pécumat qui lui est imputé (*κατηγορούμενος; ἐπ' αὐτῶν* — les tribuns qui accusent — *δεινὸν θανάτῳ*), renseignement qui a sans doute été emprunté à Polybe. On peut vraisemblablement citer aussi en ce sens les procès intentés par les Génois contre les Vituriens qui, au dire des premiers, poussaient à tort leurs troupeaux sur la campagne génoise. D'après la sentence arbitrale de 637/117 (*C. I. L.*, V, 7749 = Bruns, *Fontes*, p. 358), les Génois devaient dans un délai déterminé rendre la liberté à ceux *qui ob injurias judicati aut damnati sunt, sei quis in vinculis ob eas res est*. Il semble qu'on pense ici à des condamnations capitales (*judicati*) et à des condamnations d'amendes (*damnati*) qui conduisirent à un emprisonnement, parce que la peine de mort ne fut pas exécutée et que l'amende ne fut pas payée. La notion générale d'*injuria* devra donc, selon les circonstances, être appliquée au préjudice causé à la propriété publique, donc à des délits du même genre que le pécumat.

(4) D'après la loi du village de Furfo, en cas de vol d'un objet appartenant à un temple (I p. 262 n. 3), le chef du village a le droit d'indiger une peine pécuniaire dont il fixe arbitrairement le montant, sous réserve de l'appel à l'assemblée du village. Si l'on remplace le chef du village par le magistrat et l'assemblée du village par le peuple, cette procédure concorde parfaitement avec son modèle; la procédure d'amende peut très bien avoir pris ici la place de la procédure capitale exclue dans cette quasi-autonomie.

Procédure
d'indemnité
en cas de
sacrilegium et
de *peculatus*.

(771)

A côté de l'action pénale publique pour cause de *sacrilegium* et de *peculatus*, la communauté lésée a dû avoir à sa disposition une procédure d'indemnité, car le préjudice subi n'est nullement réparé par la peine capitale, et si la procédure d'amende a été permise dans ce cas, l'amende ne pouvait pas être regardée en droit comme une indemnité (1). Il y a sans doute eu de tout temps dans ce but une forme de procédure analogue à l'action privée de vol (2), que nous rencontrons dans les lois municipales comme *judicium publicum*, tantôt avec limitation au magistrat du droit d'intenter l'action, tantôt sous la forme d'une action populaire (3). C'est de ce procès qui se déroule dans la forme d'une action délictuelle privée et non de la procédure à proprement parler criminelle qu'est issue au dernier siècle de la République la *quaestio* spéciale au *sacrilegium* et au *peculatus*. La procédure de la *quaestio*, pour laquelle on mentionne aussi la *litis aestimatio* (4), ne peut pas avoir été essentiellement distincte de celle de l'action de vol. Elle tend ordinairement, d'après le droit romain comme d'après les droits municipaux, à faire obtenir le quadruple du montant du vol ou de la valeur des objets vo-

(1) On ne peut recourir dans ce but ni à la confiscation du patrimoine qui se lie à la perduellion, car le voleur d'un objet de la communauté n'est pas *perduellus* (Appien, *B. c.*, 3, 54); ni à la réglementation consulaire-censoriale des rapports patrimoniaux entre la cité et le citoyen, car cette institution ne s'étend pas à la matière des délits.

(2) En faveur d'un procès civil par voie de représentation de la cité, on peut faire valoir qu'à raison des fraudes commises par les fournisseurs de l'armée pendant la guerre d'Hannibal (III p. 74 n. 5) une dénonciation fut faite au préteur urbain M. Æmilius (ou M. Atilius) et que celui-ci, après un débat sur l'affaire devant le Sénat, ne donna pas suite à cette dénonciation (Tite-Live, 23, 3, 12). Une procédure du même genre se trouve sans doute aussi servir de base au récit du procès des Scipions chez Valère d'Antium (*Röm. Forsch.*, 2, 445. 471).

(3) La *lex municipii Tarentini*, l. 4, donne, en cas de péculat, une action civile au quadruple qu'elle réserve au magistrat : *quanti ea res erit, quadruplum multae esto eamque pecuniam municipio dare damnas esto, ejusque pecuniae magistratus quaequomque in municipio erit, petitio exactioque esto*; la loi de Malaca, c. 67, donne l'action civile au double à tout citoyen : *q(uanti) e(a) r(es) erit, tantum et alterum tantum municipibus ejus municipi d(are) d(amnas) e(sto) ejusque pecuniae... qui volet.. actio petitio persecutio esto*.

(4) Cicéron, *Pro Mur.*, 20, 42.

lés (1); mais, dans les cas les moins graves, la condamnation ne s'élève qu'au double (2) ou ne comprend même qu'un supplément pénal du tiers (III p. 71 n. 6, III p. 74 n. 4). Pendant un certain temps, la vieille procédure capitale et l'action d'indemnité se sont maintenues à côté l'une de l'autre dans la théorie, comme le procès comitial de perduellion a subsisté à côté de l'action de lèse-majesté; c'est pour cela que le *sacrilegium* a encore été traité longtemps, au moins nominativement, comme crime capital (III p. 76 n. 2). Mais on vit alors apparaître dans la procédure de *quaestio* des peines criminelles proprement dites pour le délit principal: la loi Julia introduisit vraisemblablement le bannissement hors de l'Italie et l'interdiction (3); celle-ci fut remplacée, suivant l'évolution ordinaire, par la déportation pour les personnes de condition et par les travaux forcés pour les petites gens (4). A côté d'elles, la peine du quadruple pouvait subsister, car l'interdiction ne privait pas le condamné de son patrimoine et pratiquement la déportation ne s'appliquait vraisemblablement que comme peine *maxima*.

Pendant la dernière période de l'époque impériale, le vol d'un objet appartenant à un temple fut rangé parmi les vols qualifiés et nous aurons à en reparler à propos de ces derniers (III p. 83). Quant au péculat des magistrats, les empereurs, en vertu de leur pouvoir répressif illimité, l'ont fré-

(1) La *lex municipii Tarentini* l. 4 (III p. 78 n. 3), Paul, 5, 27 = Edit de Théodoric, 115. *Dig.*, 48, 13, 8, 1, l. 15. Indemnité du quadruple en cas d'acceptation d'un prêt d'argent sur les fonds des caisses publiques: *C. Th.*, 10, 24, 1 = *C. Just.*, 10, 6, 1. Par contre, il suffit ici, lorsqu'il y a plusieurs coupables, d'une seule prestation du quadruple (*Dig.*, 49, 14, 46, 9: *si multi fisco fraudem fecerint, non ut in actione furti singuli solidum, sed omnes semel quadrupli poenam pro virili portione debent. Sane pro non idoneis qui sunt idonei conveniuntur*).

(2) Telle est la règle posée par le droit municipal de Malaca pour le cas où les *pecuniae residuae* ne sont pas acquittées à temps (III p. 78 n. 3).

(3) Nous n'avons pas de témoignage en ce sens, mais il est vraisemblable que la déportation s'est également ici substituée à l'interdiction.

(4) *Dig.*, 48, 13, 3, l. 8, 1. Le vol d'un bien appartenant à un temple est puni de la même manière (III p. 83).

quemment réprimé plus sévèrement et même parfois frappé de la peine capitale (1).

(772)
Action
de péculation
contre
les héritiers.

La règle générale, d'après laquelle le délit s'éteint par la mort du coupable et la peine ne peut être réclamée des héritiers qu'autant que le procès a été engagé du vivant de l'accusé, a été écartée en cas de *peculatus* et sans doute aussi en cas de *sacrilegium*. Nous avons déjà mentionné les procès intentés dans la forme de la *quaestio* contre les héritiers de Cn. Pompeius Strabo (III p. 72 n. 3) et du dictateur Sylla (III p. 71 n. 5), et même, d'après les témoignages de l'époque postérieure, les actions de ce genre ne se sont pas limitées à la réclamation de l'enrichissement ou de l'indemnité du simple, mais elles ont été permises contre les héritiers dans la même mesure que contre le coupable lui-même (2). Il n'y a pas de principe qui justifie cette procédure exceptionnelle, on ne peut que l'excuser au nom de l'intérêt public (3).

Prescription
de l'action
de péculation.

Par exception, on fixe un délai de cinq ans pour la prescription de l'action en matière de péculation (4).

4. Vol de moissons.

Vol
de moissons.

La loi des XII Tables, à notre connaissance, ne frappe d'une peine publique le vol d'objets appartenant à des particuliers que dans une seule hypothèse : en cas de vol de moissons sur pied, lorsqu'on le commet la nuit en faisant pacager les récol-

(1) *C. Th.*, 9, 28, 1 = *C. Just.* 9, 28, 1. *Cpr. C. Th.*, 9, 27, 5 (adoucie, *C. Just.*, 9, 27, 3). *C. Th.*, 10, 24, 2 = *C. Just.*, 10, 6, 2. On signale des mesures sévères contre le péculation de la part d'Aurélien (*vita*, 39) et de Valens (*Amm.*, 31, 14, 2).

(2) Cela est dit de la manière la plus nette dans le droit municipal de Malaca (III p. 78 n. 3). De même, le langage de Papinien *Dig.*, 48, 13, 16: *publica judicia peculatus et de residuis et repetundarum similiter adversus heredem exercentur* ne peut pas être interprété dans le sens d'une simple obligation de restituer l'enrichissement.

(3) Lorsque Papinien, *loc. cit.*, poursuit: *nec immerito, cum in his quaestio principalis ablatae pecuniae moveatur*, cela ne peut s'appliquer au supplément pénal et pourrait être dit avec autant de raison de l'action privée de vol.

(4) *Dig.*, 48, 13, 9.

tes par des troupeaux ou en les coupant (1), ou encore lorsqu'on le réalise au moyen de sortilèges (2). La cause de cette règle spéciale est que le possesseur n'est pas en état de se défendre contre ces deux sortes de préjudice. La preuve que ce délit est réprimé comme délit public résulte non seulement de son groupement avec le meurtre, mais aussi de la *sacratio* (3). Cette procédure est certainement tombée rapidement en désuétude; nos sources juridiques, dans leurs mentions fréquentes du vol de moissons, ne font jamais allusion à la vieille prescription pénale. Il y a également eu, d'après la loi des XII Tables, en cas de vol de moissons, une procédure d'indemnité; toutefois les dispositions du droit romain à cet égard ne nous sont pas connues d'une façon suffisamment claire (4). (773)

5. Vol qualifié de l'époque impériale.

Il est naturel que de tout temps les chefs de la cité romaine soient intervenus par voie administrative contre les catégories de voleurs qui ne causent pas seulement un préjudice aux particuliers, mais qui mettent aussi en danger la sécurité publique. Le gouvernement romain ne se laisse guère arrêter par des scrupules juridiques dans son intervention administrative arbitraire, qui se produit surtout vis-à-vis des couches inférieures de la population de la capitale. Le manque de continuité

Vol qualifié
de l'époque
impériale.

(1) Pline, *H. n.*, 18, 3, 12 (= Schöll 8, 8 [Girard, 8, 9]): *frugem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat suspensumque Ceveri necari jubebant gravius quam in homicidio convictum, impubem praetoris arbitrato verberari noxiamve duplionemve decerni.*

(2) Schöll, 8, 7 [Girard, 8, 8]. On interdit *alienos fructus excantare* (Sénèque, *N. q.*, 4, 7; presque dans les mêmes termes: Pline, *H. n.*, 28, 2, 17) où *fruges alienas veneficiis pellicere* (Pline, *H. n.*, 18, 6, 41, de même Servius sur Virgile, *Egl.*, 8, 99) sous peine du *supplicium* (Cicéron, chez Augustin, *De c. d.*, 8, 19). Cette action est encore portée à une époque relativement tardive devant le tribunal du peuple dans la forme d'une procédure d'amende édilicienne (Plin. *n. h.* 18, 8, 41-43).

(3) Sur la conception de la peine publique comme sacrifice et sur son exécution par crucifiement cpr. le Liv. suiv.

(4) Le passage cité n. 1 paraît ordonner, pour le cas où le coupable est un impubère en puissance, la procédure privée, c'est-à-dire l'action de vol noxale.

de ce régime et la mollesse qui s'est manifestée dans son application ont été les principales causes qui l'ont empêché d'assurer l'ordre et la sécurité; il n'y a aucun doute sur ce point. L'avènement de la monarchie a opéré un changement à cet égard, du moins dans une certaine mesure; mais cette réforme eut plutôt lieu par un accroissement de la répression administrative que par une modification de la loi pénale. Les nouveaux fonctionnaires de la capitale, dépendant immédiatement de l'empereur, notamment le préfet de la Ville et le préfet des vigiles, ont inauguré une administration de la justice très énergique et sommaire, et un mouvement analogue eut lieu dans une certaine mesure pour les provinces où l'action du pouvoir central provoqua un fonctionnement plus rigoureux de la police de sûreté. Cette réaction eut surtout lieu à l'égard des délits contre la propriété.

(774) Nous ne trouvons de prescriptions de droit pénal en ce sens qu'à partir du second siècle de l'ère chrétienne; depuis lors, il peut être question quant au fond — car il n'y a pas d'expression spéciale à cet égard — d'un vol qualifié, c'est-à-dire d'une répression criminelle de certaines catégories de vols désignées comme délits extraordinaires. Il leur manque à tous d'être formellement réprimés sur le fondement de vieilles lois; de là vient leur nom de délits extraordinaires (1), mais au fond ils appartiennent à l'administration régulière de la justice (III p. 64 n. 1) et sont traités comme tels par la science du droit. La fixation du taux de la peine est ici encore beaucoup plus arbitraire que pour les délits ordinaires de cette époque, (2) toutefois, lorsqu'il n'y a pas de circonstances par-

(1) Rigoureusement cette appellation signifie seulement que le magistrat examine cette affaire en dehors de l'ordre fixé par le rôle (*Coll.*, 7, 4, 1: *fures ad forum remittendi sunt diurni, nocturnique extra ordinem audiendi*), mais cela revient au sens indiqué au texte. Pour les délits ordinaires, la loi qui les concerne indique l'ordre précis à suivre pour l'examen des affaires; cette base fait défaut pour les délits extraordinaires. On oppose à ces derniers le *judicium publicum*. *Dig.*, 47, 14, 2: *abigeatus crimen publici iudicii non est, quia furtum magis est*. *Dig.*, 47, 2, 93.

(2) Ce qui est dit des *expilatores*: *nulla specialis poena rescriptis principa-*

ticulièrement aggravantes, notamment lorsqu'il n'a pas été fait usage d'armes, on ne dépasse pas la relégation pour les personnes de condition et les travaux forcés pour les petites gens (1). En outre, la peine publique ne peut pas être cumulée avec la peine privée (2). Ces délits sont principalement réprimés par voie de *cognitio*; toutefois, bien qu'ils ne rentrent pas dans le champ d'application des *judicia publica*, on leur applique aussi parfois la procédure d'accusation (3). La seule restriction est qu'il ne faut pas importuner les tribunaux dans cette forme avec des vols de peu d'importance (4). Nous devons maintenant dresser la liste de ces catégories de vols qualifiés qui se rattachent, pour partie, à certaines particularités du milieu de la capitale, et pour partie, comme l'abigeat, à des états de choses spéciaux au milieu provincial. (775) Dans l'ensemble, ils offrent plus d'intérêt pour les sciences sociales que pour le droit; en outre, maints détails restent obscurs.

1. Lorsqu'un délit contre la propriété est commis à main armée, le droit pénal ne le réprime pas comme tel, car cet acte tombe sous le coup de la loi sur le meurtre. Toutefois, s'il n'y

libus imposita est; idcirco causa cognita liberum erit arbitrium statuendi et qui cognoscit (Ulpian, Dig., 47, 18, 1, 1) s'applique à toutes les catégories. D'après une constitution d'Alexandre Sévère (vita, 15), on interdit, par voie administrative, au voleur de séjourner dans les villes.

(1) Ulpian, *Dig.*, 47, 18, 1, 2: *oportebit aeque et in effractores et in ceteros supra scriptos causa cognita statui, prout admissum suggerit, dummodo ne quis in plebeio operis publici poenam vel in honestiore relegationis excedat.*

(2) Paul, 5, 18, 1. *Dig.*, 47, 2, 57, 1.

(3) Ulpian, *Dig.*, 47, 2, 93: *meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coerendam.* La procédure d'accusation est également mentionnée ici à propos du vol d'hérédité (*Dig.*, 47, 19, 1) et à propos de l'abigeat et n'y est nullement considérée comme une anomalie, ainsi que cela ressort de l'extrait inexact (*Cod. Just.*, 9, 37, 1) de la constitution correctement rapportée au *C. Th.*, 2, 1, 8, 1.

(4) Marcien, *Dig.*, 48, 19, 11, 1: *furta domestica si viliora sunt publice vindicanda non sunt nec admittenda est hujusmodi accusatio, cum servus a domino vel libertus a patrono, in cujus domo moratur, vel mercennarius ab eo, cui operus suas locaverat, offertur quaestioni.*

a pas eu de blessure causée, le délit est aussi traité comme vol grave (1).

2. Les aubergistes, qui font profession de donner abri aux brigands et aux voleurs (*receptores ou receptatores*) (2), sont frappés au criminel d'une peine que le droit ne détermine pas (3). On s'attache ici principalement au fait de recevoir des criminels, mais on tient également compte de la réception des biens volés, c'est-à-dire du recel (4).

3. Le ravisseur de bétail (*abigeus*) est traité comme voleur qualifié, lorsqu'il a chassé le bétail de la prairie (5) ou même de l'écurie (6), à la condition qu'il enlève au moins un étalon ou deux juments ou deux vaches ou cinq porcs ou dix moutons ou dix chèvres (7). Les principales circonstances aggravantes sont l'emploi d'armes, l'accomplissement du délit en bande (8), la répétition du délit (9) et aussi la fréquence de ce délit au même endroit (10). On rencontre ici la peine de

(1) *Coll.*, 7, 4, 2 = *Dig.*, 47, 17, 1.

(2) Paul, 5, 3, 4 : *receptores adgressorum itemque latronum eadem poena adficiuntur qua ipsi latrones*. Ulpien, *Dig.*, 1, 18, 13 pr. : (*praeses*) et *sacrilegos latrones plagiarios fures conquirere debet... receptoresque eorum coercere, sine quibus latro diutius latere non potest*. De même, *Dig.*, 1, 15, 3, 1, 47, 16, 1. *C. Th.*, 9, 29, 2 = *C. Just.*, 9, 39, 1, 1. Callistrate, *Dig.*, 47, 14, 3, 3 : *receptores abigeorum*.

(3) Sous le nom de *receptatores*, on pense surtout à ceux qui donnent l'hospitalité aux voleurs de grand chemin ; mais étant donné que chez Paul, *loc. cit.*, comme au titre des *Dig.*, 47, 16 de *receptoribus*, il en est question à propos de la liste des crimes extraordinaires, il m'a paru plus convenable de n'en traiter ici qu'à propos du vol de grand chemin.

(4) *Dig.*, 47, 9, 3, 3. Les deux choses se confondent quand on donne abri à un esclave fugitif.

(5) Paul, *Coll.*, 11, 2 : *de stabulo vel de pascuis*. Ulpien, *Coll.*, 11, 8, 1 = *Dig.*, 47, 14, 1, 1 : *ex pastu et ex armentis*.

(6) Paul, *loc. cit.* *Dig.*, 47, 14, 3, 1.

(7) Paul, 5, 18, 1, cpr. *Coll.*, 11, 3. Callistrate, *Dig.*, 47, 14, 8 indique des chiffres un peu différents.

(8) Paul, *Coll.*, 11, 2 : *aut ferro aut conducta manu*.

(9) Paul, *Coll.*, 11, 2 : (ou il faut rayer *vel* avant *si*) ; Callistrate, *Dig.*, 47, 14, 3, 2. Rechute : *Coll.*, 11, 7, 2. Profession : *Coll.*, 11, 8.

(10) Hadrien, *Coll.*, 11, 7 : *puniuntur durissime non ubique, sed ubi frequentius est hoc genus maleficii*. Cela semble avoir été notamment le cas dans la Bétique ; Virgile (*Georg.*, 3, 408 avec les scolies) le dit déjà et les constitutions d'Hadrien et d'Antonin le Pieux (*Coll.*, 11, 6, 7), relatives à cette

mort, notamment lorsque le voleur s'est servi d'armes (1). Ordinairement, ce délit est réprimé, chez les personnes de condition, par la relégation et la perte de la situation honorifique (2), et, chez les petites gens, abstraction faite de la correction, par les travaux forcés à temps ou à perpétuité (3).

4. Le vol d'un bien appartenant aux dieux apparaît maintenant comme vol qualifié. On ne retrouve pas ici la restriction formelle du *sacrilegium* aux sanctuaires du peuple romain; mais la peine s'élève si le préjudice atteint un sanctuaire public et fréquenté (III p. 69 n 3.) En général, les voleurs de temple sont punis de la déportation, s'ils appartiennent aux meilleures classes, et des travaux forcés, si ce sont de petites gens. Le vol a-t-il eu lieu la nuit avec effraction et en bande, on condamne à une peine de mort rigoureuse (4).

5. Le voleur avec effraction (*effractorius*, *effractor*) (5), notamment si le délit est commis la nuit (6). Il peut aussi être poursuivi à raison de la violence commise (II p. 384). On mentionne incidemment l'application de la peine de mort au regard

catégorie de délits, sont faites pour ce pays. Il est intéressant de signaler que Valentinien I, pour remédier aux vols de bestiaux dans l'Italie centrale et inférieure, y défendit l'usage des chevaux aux personnes qu'il n'exceptait pas de sa prohibition (C. Th. 9, 30).

(1) *Coll.*, 11, 8, 4 = *Dig.*, 47, 14, 1, 3: *Romae etiam bestiis subici abigeos videmus, et sane qui cum gladio abigunt, non inique hac poena adficiuntur.* *Coll.*, 11, 2, 6. *Dig.*, 47, 14, 2. En général, la peine de mort est critiquée et le mot *gladius* dans une constitution bizarrement rédigée d'Hadrien est au moins interprété comme ne désignant que la condamnation aux combats de gladiateurs (*Coll.*, 11, 7). Edit de Théodoric 56-58.

(2) *Coll.*, 11, 8, 3 = *Dig.*, 47, 14, 1, 3: *aut relegandi erunt aut removendi ordine.* Les *receptores* sont relégués pour dix ans dans les provinces: *Dig.*, 47, 14, 3, 3.

(3) *Metalum* ou *opus publicum*: *Coll.*, 11, 2, 7 = *Dig.*, 47, 14, 1, 3.

(4) Paul, 5, 19: *qui noctu manu facta praedandi ac depopulandi gratia templum intrupunt, bestiis obiciuntur; si vero per diem leve aliquid de templo abstulerint, vel deportantur honestiores vel humiliores in metallum damnantur.* Ce texte montre déjà combien les vols dans les temples étaient nombreux au cours de la dernière période de l'Empire; les instructions des empereurs recommandent notamment aux gouverneurs de province de punir sévèrement les *sacrilegi* (*Dig.*, 1, 18, 13, pr. 48, 13, 4, 2. l. 7. l. 11, pr.).

(5) *Effractorius*: Sénèque, *Ep.*, 69, 4; ailleurs *effractor*.

(6) *Dig.*, 1, 15, 3, 1. 2. *Coll.*, 7, 4 = *Dig.*, 47, 17, 1, 2. tit. 18, 2, 48, 19, 16, 5.

(777) des esclaves (1), mais on ne l'approuve pas (2). Régulièrement, on condamne ici, comme en cas d'abigeat, les personnes de condition à la relégation (3) et à la perte des droits honorifiques (4), et les petites gens, en dehors de la correction (5), aux travaux forcés qui dans certains cas sont infligés à perpétuité (6).

6. Celui qui commet un vol dans un établissement de bains (*fur balnearius*) (7), qu'il soit un employé des bains (*capsarius*) ou une autre personne (8).

7. Le voleur au sac (*saccularius*), terme sous lequel on semble embrasser les fraudes commises dans le remplissage ou par l'ouverture des sacs de marchandises et d'argent (9).

8. Le voleur de nuit (10).

9. Le voleur de grande envergure (*expilator*) (11).

Cette énumération semble n'avoir dans les écrits juridiques que la valeur d'une direction donnée aux magistrats intéressés; ceux-ci doivent, lorsqu'ils découvrent une circonstance

(1) *Dig.*, 42, 4, 15.

(2) *Dig.*, 47, 18, 1, 2.

(3) *Coll.*, 7, 4 = *Dig.*, 47, 17, 1, tit. 18, 1, 2 où la relégation est déterminée d'une manière plus précise comme exclusion du ressort du pays d'origine, mais où l'on ajoute qu'elle peut avoir lieu dans une forme plus rigoureuse.

(4) *Ordine ad tempus moveri* : *Dig.*, 47, 18, 4, 1.

(5) *Dig.*, 47, 18, 2.

(6) *Coll.*, 7, 4 = *Dig.*, 47, 17, 1. *Dig.*, 47, 18, 1, 1, 2. l. 2.

(7) Gloses, 2, p. 255, Goetz : βαλανοκλέπτης = *fur balnearius* ; Catulle, 33 ; Tertullien, *De persecut.* 13, *Apol.*, 44. Ce vol doit avoir été tenu pour particulièrement abject, car le soldat qui s'en rend coupable est exclu de l'armée (*Dig.*, 47, 17, 3).

(8) *Coll.*, 7, 4 = *Dig.*, 47, 17, 1. *Dig.*, 1, 15, 3, 5. Paul, 5, 3, 5 range les *fures vel raptores balnearum* parmi les criminels qui opèrent en *turba* (II p. 382).

(9) *Dig.*, 47, 11, 7 : *saccularii qui vetitas in sacculos artes exercentes partem subducunt, partem subtrahunt*. Cette explication ne convient guère aux voleurs à la tire (*manticularii*, Festus, p. 132 ed. Müller ; Tertullien, *Apol.*, 44) ; par contre, *subducere* pourrait bien signifier le détournement dans l'ensachement et *subtrahere* le détournement par voie d'ouverture du sac. On pense ici surtout au sac d'argent, au *foliis*, qui circulait souvent fermé.

(10) *Coll.*, 7, 4, 1 = *Dig.*, 47, 17, 1.

(11) L'*expilator* (*Dig.*, 47, 18, 1, 1. 48, 19, 16, 6) ne semble se distinguer du voleur ordinaire que par la grande importance du délit.

aggravante dans un vol, réprimer celui-ci au criminel, et non pas renvoyer l'affaire à un tribunal civil. Ils ont en fait le droit de frapper d'une peine publique tout voleur dénoncé (1) et ils peuvent aussi, pour les cas de peu d'importance, lorsque le voleur a rendu la chose, le renvoyer en lui donnant un simple avertissement (2).

6. Vol d'hérédité.

Lorsque l'hérédité échoit à des personnes qui, au moment de la mort du défunt, étaient en sa puissance, les rapports juridiques qui constituaient le patrimoine du défunt passent (778) d'office et sans interruption aux héritiers et dans ce cas la mort n'a aucune importance pour la théorie du vol. Mais, comme dans les autres cas la mort supprime d'abord les droits patrimoniaux du défunt et laisse ainsi sans maître les objets dont il était propriétaire, aucun vol ne peut, suivant la remarque faite III p. 42, être commis vis-à-vis des éléments de cette « hérédité jacente » (*hereditas jacens*) et toute personne a le droit de s'emparer de ces objets comme d'une pièce de gibier ou d'un bien de l'ennemi et en acquiert la pleine propriété suivant les règles de la prescription acquisitive (3). Si cette première règle relative à l'hérédité jacente résulte de l'essence même de la construction juridique romaine, on ne peut pas en dire autant des autres règles relatives à cette matière, d'après lesquelles la possession d'un objet héréditaire ne fait pas acquérir par prescription ce seul objet, mais la qualité même d'héritier (4); la prescription d'un an, exclue pour les im-

(1) C'est ainsi qu'en cas de vol de bétail rentrant dans la catégorie de l'abigeat on laisse à l'appréciation du magistrat le soin ou de soumettre l'affaire aux règles de la répression civile ou d'infliger au voleur la peine de la correction et celle des travaux forcés légers pendant un an (Paul, 5, 48, 1). On rencontre aussi une peine publique ailleurs, même pour des cas peu graves (*Dig.*, 47, 2, 71, 1. l. 93).

(2) *Dig.*, 47, 2, 57, 1.

(3) En droit civil, la pleine propriété ne s'acquiert jamais par la simple occupation, même sur un bien sans maître.

(4) *Gaius*, 2, 54. Par conséquent, on appelle *usucapio pro herede* la pres-

meubles, s'applique à l'hérédité, même si celle-ci comprend des immeubles ; et la bonne foi requise pour la prescription n'est pas supprimée par la connaissance que le possesseur acquiert non seulement des réclamations de personnes qui se prétendent héritières, mais même de l'adition faite par un héritier véritable. Ces prescriptions irrationnelles qui n'existent que dans l'ancien droit civil ont sans doute pour seule explication que la corporation au sein de laquelle le droit romain s'est formé et développé avait en même temps la haute surveillance de la vie religieuse des Romains et s'efforçait, surtout en matière d'hérédité, d'assurer en fait la continuité des *sacra privata* (1).

(779) Voulait-on rattacher fermement ces derniers et en même temps aussi les dettes du défunt au patrimoine et réagir efficacement contre la tentative très possible des héritiers ab intestat de se soustraire aux charges de l'hérédité en occupant simplement en fait l'actif du défunt, il fallait absolument lier les obligations qui résultaient de l'adition d'hérédité à la prise de possession des objets individuels de cette hérédité, et,

cription acquisitive d'une chose qu'on a appréhendée croyant avec raison qu'elle faisait partie d'une hérédité (cas qu'il faut distinguer de celui où un héritier possède une chose qu'il croit à tort appartenir à l'hérédité : *Dig.*, 41, 5, 3 ; *Cod.*, 7, 29, 4). Les théoriciens du droit protestèrent contre cette règle (Sénèque, *De benef.*, 6, 5 : *juris consultorum istae ineptiae sunt acutae, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea [peut-être posse, posse ea], quae in hereditate sunt, tamquam quicquam aliud sit hereditas quam ea quae in hereditate sunt*) et cela avec raison ; mais les conséquences de la règle attaquée avaient été jadis admises par le droit : *quamvis postea creditum sit*, dit Gaius, *ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit*.

(1) Cicéron, *De leg.*, 2, 19, 48, expose en détail que la préoccupation d'assurer la perpétuité des *sacra* qui incombait aux familles (*familiae*) avaient poussé les pontifes à formuler la règle *ut ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, us essent ea adjuncta, ad quos ejusdem morte pecunia pervenerit*. Gaius, 2, 53 : *quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur*. On alla même si loin dans cette voie du rattachement de la charge des *sacra* au patrimoine qu'en cas d'insolvabilité de la masse on imposa cette charge aux créanciers qui perdaient le moins.

étant donné qu'il n'y avait, abstraction faite de prescriptions particulières, aucun délai fixé pour cette adition, transformer rapidement en succession par un court délai de prescription cette occupation de fait qui, au regard des immeubles, ne pouvait guère tarder à se produire. Par nature, cette usucapion, dont l'exposé plus détaillé appartient à la théorie de l'hérédité, n'était donc, comme l'adition d'hérédité elle-même, que la reprise non seulement des droits, mais aussi des obligations du défunt ; l'*usucapiens* n'était même pas absolument libéré de ces dernières, lorsque l'adition avait eu lieu (1). Il est vrai cependant que, si l'héritier fait adition, cette usucapion privilégiée est ordinairement superflue (2), et c'est pour cette raison qu'elle fut supprimée par un sénatus-consulte sous Hadrien (3). Il n'en résultait nullement que l'action de vol du droit civil fût étendue aux objets héréditaires (4). Ce fut seulement pendant le règne de Marc-Aurèle que, sous l'empire de la tendance alors dominante à réprimer le vol au criminel, un autre sénatus-consulte fit rentrer l'appropriation injuste d'objets héréditaires, comme *crimen expilatae hereditatis*, dans la liste des délits formellement extraordinaires (5). Les éléments de ce délit sont les mêmes que ceux du *furtum* (6) ; cette action pénale vient uniquement combler la lacune précédemment indiquée. (780)

(1) D'après l'exposé de Cicéron, les *sacra* lui incombent, s'il acquiert au moins autant que tous les héritiers ensemble. Mais les créanciers ne peuvent dans ce cas s'adresser qu'aux héritiers.

(2) C'est pourquoi cette *usucapio* s'appelle *lucrativa* (Gai., 2, 56, 57. *Dig.*, 47, 2, 72, 1) ou *improba* (Gai., 2, 55).

(3) Gai., 2, 57, 3, 201. *Cod.*, 7, 29, 1.

(4) Paul, 2, 31, 11. *Dig.*, 23, 2, 6, 6. 47, 4, 1, 15, tit. 19, 2, 1. l. 6. Si d'autres personnes que l'héritier ont à l'objet héréditaire un intérêt qui leur donne droit à l'*actio furti*, ils ont naturellement la faculté d'exercer cette action (*Dig.*, 41, 3, 35. 47, 2, 69-71)

(5) *Dig.*, 47, 19, 1.

(6) *Dig.*, 47, 19, 2. L'appropriation d'un objet qui appartient en réalité à l'hérédité, tandis que celui qui se l'approprie la considère comme ne faisant pas partie de l'hérédité, n'est pas plus un vol (*Dig.*, 47, 19, 6) que l'appropriation d'un objet non héréditaire qui est considéré comme héréditaire par celui qui s'en empare. (*Dig.*, 47, 2, 84, *pr.*)

Appropriation du pouvoir dominical (*Plagium*).

Notion
du *plagium*.

La loi Fabia, certainement promulguée avant la fin de la République (1), mais dont la date est par ailleurs incertaine, prohibe le *plagium* — ainsi nommé, semble-t-il, du mot grec *πλαγίως*, oblique au sens moral du mot (2) — c'est-à-dire l'appropriation dolosive de la puissance dominicale soit sur un citoyen romain ou sur l'affranchi latin ou pérégrin déditice (3) d'un citoyen romain, lorsqu'elle a lieu contre la volonté de cette personne (4), soit sur l'esclave d'une de ces personnes, lorsqu'elle a lieu contre la volonté du maître (5). Par contre, l'appropriation du pouvoir dominical sur l'homme libre pérégrin, y compris le Latin, ou sur l'esclave d'un pérégrin, ne tombait pas sous le coup de la loi (6). Cette loi a été provoquée par l'anarchie sociale qui régnait en Italie à la fin de la République. Elle avait pour but de réprimer le délit de rapt d'hommes et de soustraction d'esclaves (7), devenu alors fréquent et princi-

(1) Cicéron, *Pro Rab. ad. pop.* 3, 8 : *de servis alienis contra legem Fabiam retentis*. Apulée, *met.*, 8, 24 cite pour ce délit, sans doute par méprise, la loi Cornélia : *crimen legis Corneliae incurrens, si civem Romanum pro servo tibi vendidero*.

(2) Isidore, 10, 221 : *plagiator ἀπὸ τοῦ πλαγίως, id est ab obliquo*.

(3) Ulpien, *Coll.*, 14, 3, 4 : *civem Romanum eumve qui in Italia liberatus est*. Paul, *Coll.*, 14, 2, 1 : *civem Romanum ingenuum libertinumve*. Cette protection s'étendait donc à tous les affranchis du citoyen romain, même aux latins et aux pérégrins déditices. Lorsque la loi fut promulguée, sans doute après la Guerre Sociale, il n'y avait vraisemblablement plus en Italie d'autres latins que les affranchis latins, et, en dehors de l'Italie, les citoyens romains étaient si peu nombreux qu'on pouvait ne pas tenir compte de ceux de leurs affranchis qui étaient privés du droit de cité.

(4) *Dig.*, 48, 15, 6, 2.

(5) Cette règle est contenue dans le deuxième chapitre de la loi. Ulpien, *Coll.*, 14, 3, 5, Cicéron (n. 1), Paul, *Coll.*, 14, 2, 1.

(6) La loi ne réprimait donc pas le rapt d'hommes dans les provinces, aussi y était-il encore pratiqué au III^e siècle de l'ère chrétienne. Cette restriction a disparu dans le droit de Justinien.

(7) Les mesures prises par Auguste à la fin des guerres civiles nous montrent comment les choses allaient à cette époque. Suétone, *Aug.*, 32 : *rapti per agros viatores sine discrimine liberi servique ergastulis possessorum supprimebantur et plurimae factiones titulo collegii novi ad nullius non facinoris societatem coibant... ergastula recognovit*.

pareillement commis, semble-t-il, par des sociétés qui faisaient de pareilles opérations une véritable entreprise (1). Peu important en droit de quelle manière l'appropriation avait lieu (2); peu important aussi, en cas de *plagium* d'esclave, si le *plagiator* agissait contre la volonté de ce dernier, ou si, comme cela était fréquent, il opérait d'accord avec lui (3). Naturellement, quiconque sachant qu'il y avait eu appropriation injuste du pouvoir dominical acceptait cependant la transmission de ce dernier, encourait la même peine que le premier *plagiator* (4). Par suite des nombreux abus commis par les personnes qui accueillaient les esclaves fugitifs, on prohiba plus tard tout déplacement de propriété vis-à-vis de l'esclave tant qu'il était en fuite et toute tentative de réaliser une aliénation de ce genre entraîna pour les deux contractants la peine du *plagium* (5).

L'ancien droit n'accordait pas contre une usurpation de ce genre d'autre protection que l'attribution à la personne libre, traitée à tort comme esclave, de la revendication privilégiée de liberté devant les décevirs, et la reconnaissance, au profit du maître de l'esclave soustrait, de l'action de vol dont les conditions d'exercice coïncidaient en principe avec les éléments du

Peine
du *plagium*.

(1) Si la loi punit comme complice celui qui *in eam rem socius fuerit* (*Coll.*, 14, 3, 4. *Dig.*, 48, 15, 6, 2), cette expression ne convient pas à la complicité; on pense sans doute ici aux *societates* de publicains qui ont toujours joué le premier rôle dans le rapt d'hommes. L'extension de l'amende élevée à chaque sociétaire, impossible sans une prescription spéciale, était ici ordonnée. Cpr. Suétone, *Aug.*, 32 (III p. 90 n. 7).

(2) Le *vincire vinculum habere* vise l'appropriation violente (*Coll.*, 14, 2, 1. c. 3, 4). *Dig.*, 48, 15, 1, parle de l'achat de l'homme libre. Ordinairement l'appropriation est désignée par les mots : *celare* (*Coll.*, *loc. cit.*, et ailleurs), *supprimere* (Suétone, III p. 90 n. 7. *Dig.*, 47, 2, 83, 2. 48, 15, 3, 1. 6, 1. *Cod.*, 9, 20, 5), *subtrahere* (*Coll.*, 14, 2, 3).

(3) Fréquemment le *plagiator* donne abri à l'esclave en fuite et le cache (*Dig.*, 48, 15, 3. *Cod.*, 9, 20, 2) ou bien même il décide l'esclave à fuir (*Coll.*, 14, 3, 5. *Dig.*, 48, 15, 6, 2). Le simple fait d'occuper des esclaves fugitifs ne suffit pas à prouver qu'il y ait eu *plagium* (*Dig.*, 48, 15, 6, 1).

(4) C'est ce cas que vise le *vendere, comparare, emere*. *Coll.*, 14, 2, 1, 3. c. 3, 4. Il en est de même de toute autre aliénation (*Dig.*, 48, 15, 4).

(5) *Fr. de jure fisci*, 9. Paul, 1, 6 A, 2. *Dig.*, 48, 15, 2. *Cod.*, 9, 20, 6. Il est vraisemblable que le *plagiator* cherchait fréquemment à déterminer le volé à consentir une aliénation à bas prix.

(782) *plagium* d'un esclave (1). Pour les deux cas, la loi Fabia établissait, semble-t-il, une action populaire. Chaque citoyen pouvait se présenter devant le préteur comme demandeur et une amende de 50.000 sesterces par personne frappait celui qui était convaincu de la faute ou son associé (III p. 91 n. 1). Cette somme, certainement après déduction d'une quote-part pour le demandeur, tombait dans l'*aerarium* (2). Lorsqu'un esclave se rendait coupable d'un tel crime, il ne pouvait pas être affranchi pendant un délai de dix ans (3). Plus tard — cette réforme fut vraisemblablement l'œuvre de Caracalla (4) — on prescrivit, pour le délit principal (5), une répression criminelle (6) et la peine fut en même temps aggravée. Depuis lors, on condamnait ordinairement les personnes de condition à la relégation avec confiscation de la moitié du patrimoine et les petites gens aux travaux des mines ou même à la peine de mort (7). Par suite, dans le droit romain pos-

(1) D'après la constitution *C. Th.*, 9, 20, 1 = *C. Just.*, 9, 34, 1, on peut, en cas de vol d'esclave, agir au civil par l'action de vol ou au criminel par l'action fabienne. Hadrien, (*Dig.*, 48, 15, 6 *pr.*), dit, il est vrai, que tout vol d'esclave n'est pas un *plagium*; mais, quant aux éléments du délit, la seule différence à signaler est que le *furtum usus* n'est pas compris dans le *plagium* (*Dig.*, 47, 2, 83, 2 : *qui ancillam non meretricem libidinis causa subripuit, furti actione tenebitur, et si suppressit, poena legis Fabiae coercetur*; cpr. III p. 44 n. 1).

(2) *Coll.*, 14, 3, 5. *Fr. de jure fisci*, 9. Paul, 1, 6 A, 2 (où l'on a remplacé avec raison *quingenta* par *quingaginta*). La peine échet tout d'abord au *populus* (*Coll. loc. cit.*), c'est-à-dire à l'*aerarium*, plus tard au *fiscus* (*Fr. de j. f., loc. cit.* : *quae hodie fisco vindicatur*).

(3) *Dig.*, 40, 1, 12 : *lege Fabia prohibetur servus, qui plagium admisit, pro quo dominus poenam intulit, intra decem annos manumitti*. 49, 15, 12, 16. Lorsque le maître ne voulait pas payer l'amende, une peine criminelle frappait l'esclave.

(4) Ulpien, *Coll.*, 14, 3, 3 dit à la vérité simplement que cet empereur avait confié à titre exceptionnel la connaissance de cette action capitale au *procurator* qui ne remplissait pas les fonctions de gouverneur de province; mais cela a eu seulement lieu, parce que l'action d'amende antérieure était aussi fréquemment et non moins abusivement portée devant les *procuratores*.

(5) Pour l'achat et la vente de l'esclave fugitif, les peines pécuniaires ont subsisté (*Cod.*, 9, 20, 6).

(6) *Cod.*, 9, 20, 3 : *ut legis Fabiae poena debeatur, in crimen subscriptio et accusatio et sententia necessaria est*. *Cod.*, 9, 20, 13

(7) *Coll.*, 14, 2, 2. 3. *Dig.*, 48, 15, 1. 1. 7. *Cod.*, 9, 20, 7. Edit de Théodoric,

térieur, le *plagium* a eu sa place dans la liste des *crimina*.

La vente de l'enfant en puissance par son père ne rentre pas dans le *plagium*. D'après l'ancien droit, un tel acte est justifié par le droit de propriété qui appartient au père. Il ne peut pas enlever à l'enfant la liberté politique, mais il le met sous une sorte de puissance dominicale conformément au droit privé. Plus tard, lorsque cette vente d'enfant fut désapprouvée, elle fut tout au plus considérée comme un abus de la puissance paternelle (1). La vieille conception de cette puissance était à cette époque encore si vivante qu'on ne pensa pas à punir une telle vente comme rapt de liberté.

Vente
de l'enfant.

(783)

83 (où les peines sont modifiées). Constantin avait prescrit la peine de mort d'une manière générale (*C. Th.*, 9, 18, 1 = *C. Just.*, 9, 20, 16); Justinien, *Inst.*, 4, 18, 10 limite son application aux cas graves. Le passage de Paul, 5, 6, 14 *lege... Fabia aut etiam poena nummaria coarctatur* est altéré.

(1) Cpr. sur cette question Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 359 sv. Le *puer ingenuus* (ὁ ἐλεύθερος dans la traduction grecque) *Cod.*, 3, 15, 2 ne désigne pas un fils ingénu, mais un jeune ingénu quelconque.

ATTEINTE A LA PERSONNALITÉ (*INJURIA*)

Injuria dans le langage usuel.

Au droit, *jus*, non pas au sens éthique du mot, mais dans la signification qu'il reçoit au point de vue sociologique, on oppose le tort, *injuria*. C'est sur cette étymologie que se fonde l'acception générale de ce mot *injuria*, restreinte il est vrai aux rapports de la vie sociale, mais essentiellement négative (1). Par contre, le langage technique l'emploie dans un sens restreint et positif pour désigner la lésion du corps (2) ou de la chose d'autrui, par opposition à l'appropriation injuste, au *furtum*. Tout en respectant cette opposition, l'*injuria* s'est, dans le développement postérieur du droit, divisée en atteinte à la personnalité, l'*injuria* pure et simple, et en dommage causé injustement à la chose d'autrui, le *damnum injuria* (3).

(1) L'acception générale du mot est d'une clarté transparente et on la trouve, chez les juriconsultes comme ailleurs, à côté du sens restreint (Paul, *Coll.*, 2, 5; Ulpien, *Dig.*, 47, 10, 1, *pr.*; *Inst.*, 4, 4, *pr.*). Ce qui a lieu indépendamment de la volonté ne rentre pas dans l'*injuria*, même au sens large du mot, et il en est de même de la simple perversité morale. L'*injuria* dans son acception générale ne se limite pas précisément au dol, mais elle exige un fait contraire au droit engageant la responsabilité d'une personne.

(2) Le fait que dans la loi des XII Tables l'atteinte corporelle la plus légère est appelée *injuria* n'exclut pas de la notion d'*injuria* les atteintes corporelles graves qui ne reçoivent pas dans la loi de dénomination spéciale.

(3) Nous exposons cette terminologie au début de la Section relative au dommage causé à la chose d'autrui.

La cause de cette séparation a été que, dans le premier cas, il n'est question que d'une peine ; tandis que dans le second il y a tout d'abord lieu d'assurer l'indemnité du préjudice. C'est sur ces distinctions que repose la division tripartite des délits privés. Nous tiendrons certainement compte dans cette Section de la vieille et large notion, mais nous nous attacherons principalement à l'*injuria* dans le sens restreint où elle ne désigne que l'atteinte à la personnalité et exclut le dommage causé injustement à la chose d'autrui. (785)

Ici, comme pour les autres délits privés, la loi des XII Tables a fait œuvre de codification et les règles qu'elle a ainsi réunies nous sont parvenues dans ce qu'elles ont d'essentiel (1). Abstraction faite d'une loi proposée par Sylla et modifiant la composition du tribunal pour certains cas d'injure (2), la législation postérieure ne s'est pour ainsi dire pas occupée de ce délit ; l'évolution du droit à cet égard s'est opérée sur la base de la loi des XII Tables par la coutume et, ce qui est identique, par l'édit du préteur (3). L'Empire lui-même s'est contenté ici de modifications de procédure (4).

Législation
sur l'injure.

L'*injuria* est l'atteinte intentionnelle et injuste à la personnalité d'autrui. Par suite, nous avons tout d'abord à exposer

Atteinte
à la
personnalité.

(1) Loi des XII Tables, 8, 2. 3. 4 Schöll [*id.* Girard]. Dans le passage de Paul que nous allons citer immédiatement, ces règles constituent le fondement *lege* de l'action d'injure.

(2) Nous ne connaissons la *lex Cornelia de injuriis* (cpr. I p. 236) que par les ouvrages juridiques : Paul, 5, 4, 8 ; *Dig.*, 3, 3, 42, 1. 47, 10, 5, *pr.* 1. 37, 1. 48, 2, 42, 4, tit. 5, 23, 2. *Inst.*, 4, 4, 8. Elle n'apparaît pas dans la liste des lois spéciales rendues pour les *judicia publica* et elle n'est pas considérée en général comme fondant une action : *injuriarum actio*, dit Paul, 5, 4, 6-8, *aut lege aut more aut mixto jure introducta est... mixto jure actio injuriarum ex lege Cornelia constituitur*, c'est-à-dire que l'action se fonde sur la coutume, même dans les procès d'injure qui tombent sous le coup de la loi Cornelia ; à cette dernière revient seulement la fixation des règles sur la formation du jury. Application de cette loi par analogie à l'injure prétorienne : *Dig.*, 47, 10, 5, 8.

(3) *Morc*, comme dit Paul *loc. cit.* par rapport à l'*actio injuriarum aestimatoria* qui s'applique seule en matière d'injures après la transformation des peines de la loi des XII Tables.

(4) Abstraction faite de la répression criminelle de l'injure qualifiée, il n'y a pas eu à cette époque d'innovations essentielles.

ce qu'il faut entendre sous la notion très souple d'atteinte à la personnalité; puis, nous aurons à rechercher ce qu'on exige pour qu'il y ait intention illégale de commettre une atteinte de ce genre, c'est-à-dire pour qu'il y ait le *dolus* indispensable à l'existence de ce délit.

Notion
de la
personnalité.

(786)

La personnalité, dont la lésion est une injure, est la personnalité physique telle que nous l'avons définie dans le Livre I (I p. 74) (1). La mort anéantissant cette personnalité, un vivant peut bien subir indirectement une *injuria* de la part d'un mort, mais celui-ci ne peut faire l'objet d'aucune *injuria* (2); toutefois, en cas d'hérédité jacente, la fiction de la survivance de la personnalité est étendue à la matière de l'*injuria* (3). De même, bien que l'injure puisse être commise contre plusieurs personnes simultanément, elle n'est pas possible contre des associations, à moins que l'acte commis ne vise des individualités du groupe, ni surtout contre l'État (II p. 269) ou autres personnes créées par une fiction juridique. D'autre part, la notion de personne ne doit pas être entendue dans un sens politique, elle embrasse ici l'étranger et aussi l'esclave, en tant que l'injure commise contre ce dernier est traitée comme atteignant le maître (4). On exige encore moins la capacité de fait de la personne; le fou et l'impuère eux-mêmes peuvent faire l'objet d'une *injuria* (5). — Les

(1) *Dig.*, 47, 10, 15, 9. *Si incertae personae convicium fiat, nulla executio est.* La connaissance du nom n'est naturellement pas nécessaire (*Dig.*, 47, 10, 18, 3, 5). En cas d'injure indirecte, l'offense n'atteint, d'après la théorie dominante, que celui que l'auteur veut injurier (III p. 112).

(2) Par exemple, par la profanation de la sépulture d'un proche (*Dig.*, 11, 7, 8, *pr.* 47, 10, 27).

(3) Dans cette catégorie rentrent non seulement les injures contre les esclaves de l'hérédité, mais aussi celles qui sont commises lors de l'inhumation du défunt. (*Dig.*, 47, 10, 1, 4, 6).

(4) *Servo ipsi quidem*, dit Gaius (3, 222), *nulla injuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri videtur.* L'injure faite à l'esclave est considérée en fait comme une injure commise vis-à-vis du maître. Cela ressort de ce que l'action n'est pas donnée à l'esclave, même après l'affranchissement (*Dig.*, 47, 10, 30, *pr.* epr. 29), et de ce que l'injure faite à l'esclave s'éteint par la mort du maître, comme celle commise vis-à-vis de ce dernier. (*Dig.*, 47, 10, 13, *pr.*).

(5) *Dig.*, 47, 10, 3, 1, 2.

atteintes à la personne du magistrat de la République et plus tard de l'empereur rentrent dans la notion d'injure, mais ne sont pas soumises aux règles du droit privé sur l'*injuria*, car l'injure prend ici le caractère d'un crime d'État (1).

Comme atteinte à la personne fondant une action, le plus ancien code des Romains semble n'admettre que l'atteinte au corps d'autrui. La notion de l'*injuria* des XII Tables, même si l'on fait abstraction de son extension au dommage causé à la chose d'autrui que nous exposerons dans la Section suivante, est fondamentalement distincte de celle du droit postérieur : la première est l'atteinte au corps d'autrui dans la mesure où l'auteur en est juridiquement responsable, la seconde est l'atteinte dolosive à la personnalité ; la première notion est donc pour partie plus étendue que la seconde, en tant qu'elle embrasse l'atteinte portée par simple faute au corps d'autrui (III p. 109), et pour partie plus étroite, en tant qu'elle exclut l'atteinte à la personnalité ne lésant pas le corps. Car des trois degrés que nous indiquerons à propos des peines et qui sont établis par la loi des XII Tables : la rupture d'un membre, la fracture d'un os et l'*injuria* pure et simple (III p. 94 n. 2), la dernière paraît désigner les voies de fait légères. Sans cela, il faudrait admettre l'absence de délimitation des éléments du délit, ce qui serait peu en harmonie avec la tendance positive du vieux code romain (2). En outre, la

Injure
physique du
droit des
XII Tables.

(787)

(1) II p. 287 et sv. Quintilien 5, 8, 39 : *injuriam fecisti, sed quia magistratui, majestatis actio est*. Le fait qu'à l'époque impériale l'offense faite au magistrat n'est punie que comme injure grave (II p. 287 n. 3) montre que la souveraineté s'est déplacée. — Il ne faut pas perdre de vue cette remarque, lorsqu'on recherche quelle a été la notion romaine d'*injuria* ; celle-ci s'étend beaucoup plus loin que le champ d'application de l'action privée d'injure.

(2) Lorsqu'on interprète l'*injuria* des XII Tables dans le sens large admis à l'époque postérieure, la prescription positive ordonnant de la traiter dans tous les cas comme un délit est aussi incompréhensible que l'égalité et la modicité de la peine elle-même ; tandis que, dans la procédure postérieure, la répression n'a lieu qu'à la suite d'une sélection rigoureuse et s'opère avec une très grande diversité. La disposition de la loi des XII Tables ne peut se comprendre qu'en restreignant l'*injuria* aux coups sans blessure.

seule injure non physique que nous rencontrons dans ce code y apparaît sous le nom d'*infamia* (1). Enfin, la seule application de cette loi pénale que nous connaissons se rapporte à une affaire de coups (2).

Atteinte à la personnalité dans le droit postérieur.

(788) Le droit romain ne s'en est pas tenu là; la coutume a élargi non pas la notion d'injure elle-même, mais le champ d'application de l'action d'injure (3). Après cette extension, la personnalité peut être lésée à trois égards : ou dans son corps, ou dans sa condition juridique, ou dans son honneur. Il n'y a pas de termes techniques pour désigner ces différentes catégories. La notion d'*injuria* n'a, comme nous l'avons vu, embrassé primitivement que les atteintes au corps d'autrui; mais après l'extension indiquée il n'y a plus d'expression technique qui corresponde à notre injure par voies de fait (4). Pour la seconde catégorie, toute dénomination spéciale fait défaut, bien que cette espèce d'injure se présente d'une manière très distincte (5). Pour l'atteinte à l'honneur, le terme *convicium*, dont

(1) Les formules *injuriam facere alteri* (III p. 416 n. 3) et *infamiam facere alteri* (III p. 406 n. 6), empruntées vraisemblablement au Code des XII Tables, paraissent corrélatives.

(2) Nous pensons ici à l'anecdote connue des soufflets qu'un citoyen romain, peu effrayé par la tarification de chaque *injuria* à 25 as, distribuait dans la rue (Aulu-Gelle, 20, 1, 13).

(3) La souplesse de l'expression employée par la loi des XII Tables a vraisemblablement contribué à cette extension.

(4) La *Rhet. ad Her.*, (4, 23, 33 : *injuriae sunt, quae aut pulsatione corpus, aut convicio aures aut aliqua turpitudine vitum cujuscumque violant*) et Paul (*Coll.*, 2, 5, 4) divisent les injures en trois groupes : attaques contre le corps d'autrui, attaques en paroles et attaques en actions; ailleurs le même Paul (5, 4, 1) les divise en deux groupes : attaques *in corpus* et attaques *extra corpus*. Cette seconde classification est meilleure, parce que la distinction des paroles et des actes est juridiquement sans valeur. Labéon (*Dig.*, 47, 10, 1, 1) distingue les injures *re*, et par là il entend celles qui se réalisent par des voies de fait, et les injures *verbis* (donc nos injures réelles et verbales), ou les injures *in corpus* et les injures par des actes qui portent atteinte à la dignité (*dignitas*) ou causent le déshonneur (*infamia*). En fait, la division en deux catégories est la seule utilisable, mais elle n'a qu'une valeur négative comme celle des *res mancipi* et des *res nec mancipi*.

(5) C'est pour cela que Gaius, 3, 220, évite de rapporter cette division purement apparente, mais il n'oublie pas de citer parmi les exemples le cas de la *proscriptio bonorum*.

nous exposerons plus loin (III p. 106) le sens originaire plus restreint, est notamment employé, lorsque cette offense a lieu oralement, tandis que le mot *contumelia* embrasse bien l'atteinte à l'honneur réprimée par le droit, mais a, conformément au sens que lui donne la morale, une portée beaucoup plus grande (1). Quant à la restriction de *injuria* romaine aux atteintes à l'honneur, elle est inexacte, car cette conception ne s'accorde ni avec le sens transparent de ce mot, ni avec les applications les plus importantes et les plus anciennes de ce délit (2) et d'autre part l'extension de l'action d'injure à ce cas n'eut vraisemblablement lieu qu'au cours du développement du droit romain.

Tandis que le droit des XII Tables donne sans restriction une action à la victime d'une *injuria* physique, le préteur n'a nullement étendu d'une manière générale cette règle à l'injure non physique. Bien au contraire, le tribunal a, dans une large mesure, joui pour la répression de ce délit d'un pouvoir arbitraire (3), et les magistrats, par la crainte très compréhensible d'abus probables, notamment dans l'exercice de poursuites judiciaires pour cause d'injure, n'ont, en dehors de l'injure par voies de fait susceptible de fonder une action d'après le droit des XII Tables, promis l'action que pour quelques cas particulièrement importants; en dehors de là, ils la

Limitation de la faculté d'intenter une action d'injure dans le droit postérieur.

(1) La *contumelia* (*de contemnere*) consiste à traiter quelqu'un d'une façon méprisante, elle est l'atteinte à la personnalité au sens moral du mot, même si le fait n'est pas suffisant pour fonder une action (Sénèque, *An injuriam*, c. 40). Lorsque les juriconsultes interprètent *injuria* par *contumelia* (*Coll.*, 2, 5, 1. 3. *Dig.*, 47, 10, 1, *pr.* 1. 15, 46. Paul 5, 4, 22, à côté d'*injuria*), il n'y a pas à vrai dire de synonyme plus proche, mais il n'y a pas là en réalité un synonyme.

(2) On ne peut pas faire rentrer dans la notion d'atteinte à l'honneur les blessures et la perturbation de la paix domestique sans faire subir à la notion une extension inadmissible. La chose n'est pas plus aisée pour l'injure faite à l'enfant impubère ou à l'esclave.

(3) Il y a lieu de tenir compte aussi à cet égard de ce que nous dirons plus loin sur l'intervention du préteur dans la solution des cas concrets par voie d'examen oculaire (III p. 117 n. 2) et de fixation arbitraire de la peine (III p. 417). Ce sont là deux particularités qu'on ne retrouve dans aucune autre partie du droit.

(789) donnèrent ou la refusèrent suivant les circonstances (1). Cette inégalité ne se rencontre à propos d'aucun autre délit; tout vol et tout dommage causé injustement à la chose d'autrui fondent une action, mais il n'en est nullement de même pour toute injure. A cette particularité se rattache la distinction établie, non par l'édit, mais par la jurisprudence, entre l'injure grave (*injuria atrox*) (2) et l'injure légère (*injuria levis*). Dans la première catégorie rentrent toutes les injures physiques (3) et, en outre, celles qui sont aggravées par des circonstances de temps et de lieux (4) et surtout par des liens d'affection ou des différences de rang entre les intéressés, comme l'injure commise par un esclave contre une personne libre (5), par un affranchi contre son patron, par un fils contre son père (6). Sous l'empire de considérations analogues, la répression judiciaire n'est permise, en cas contraire, par exemple en cas d'injure faite à l'affranchi par le patron, que dans des cas spécialement graves. L'injure grave est (7) donc celle pour

(1) Le pouvoir arbitraire du magistrat était déjà mentionné dans le *generale edictum injuriarum*, comme Labéon le nomme (*Dig.*, 47, 10, 15, 26; Aulu-Gelle, 20, 1, 13 : *praetores... injuriis aestumandis recuperatores se datus edixerunt*), mais était encore affirmé spécialement pour les injures faites aux personnes libres : *ne quid infamandi causa fiat; si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam* (*Dig.*, 47, 10, 15, 25) — disposition que Labéon, *loc. cit.*, déclare superflue en présence de la mention de l'édit général — et pour celles commises vis-à-vis des esclaves : § 34 *item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita judicium dabo*.

(2) A vrai dire, l'*atrocitas* en tant que circonstance aggravante d'un délit est une notion surtout chère aux rhéteurs (Quintilien, 6, 1, 15-17) et peut, au point de vue moral, s'appliquer à chaque délit; dans la science du droit, elle n'apparaît qu'à propos de l'*injuria*.

(3) Gaius, 3, 225 = *Inst.*, 4, 4, 9. *Dig.*, 47, 10, 7, 2. 3. l. 8.

(4) Gaius, *loc. cit.*, Paul, 5, 4, 10. *Dig.*, 47, 10, 7, 8. l. 9. *Cod.*, 9, 35, 8. Il faut également citer ici l'offense faite aux magistrats (II p. 288 n. 2) et aux clercs dans l'exercice de leurs fonctions (*Cod.*, 1, 3, 40. 9, 35, 4 *Nov.* 123, c. 31).

(5) *Dig.*, 47, 10, 17, 3.

(6) *Dig.*, 47, 10, 7, 8. La parenté produit généralement une aggravation de peine (*Dig.*, 48, 19, 28, 8).

(7) L'action d'injure n'est donnée qu'exceptionnellement aux enfants et aux affranchis contre les père et mère et les patrons (*Dig.*, 37, 15, 2 *pr.* 47, 10, 7, 2. l. 11, 7). Cette particularité ne peut pas, pour l'affranchi, être

laquelle le tribunal doit donner l'action conformément aux lois ou tout au moins ne la refuse pas facilement (1), l'injure légère est celle pour laquelle le préteur a la faculté d'accorder (790) ou de refuser l'action suivant les circonstances. La ligne de démarcation entre ces deux catégories est pour partie établie par la loi, pour partie fixée tout au plus dans une certaine mesure par la pratique judiciaire (2).

Si nous nous attachons maintenant à établir non pas ce que les Romains ont entendu sous le nom d'*injuria* — le domaine beaucoup plus large embrassé par cette notion correspond plutôt à celui de l'action de lèse-majesté dans ses applications vis-à-vis de l'empereur qu'à celui de l'action privée d'injure — mais dans quels cas on peut intenter une action pour cause d'*injuria*, il faut pour chaque catégorie d'*injuria* rechercher avant tout si elle est citée dans une loi qui s'impose au préteur ou si du moins elle a pris place dans l'édit du préteur ou s'il résulte simplement des ouvrages juridiques que les préteurs donnent dans ce cas l'action d'injure et que la théorie approuve cette pratique. Il y a peu de chapitres du droit privé qui aient été traités avec autant de finesse d'abstraction et de sens pratique et il y en a peu qui aient été aussi respectés par le vandalisme juridique de l'époque impériale.

Différents cas
d'injure
pouvant
donner lieu
à une action.

Déjà, d'après le droit des XII Tables, l'homicide d'un homme libre ou d'un esclave ne rentre pas dans la notion d'*injuria*; la destruction de la personne n'y est pas considérée comme une simple atteinte à celle-ci. Si cet acte a lieu intentionnel-

rattachée à la vieille servitude, depuis longtemps disparue, des membres de la *domus* en puissance (I p. 92). Le même point de vue fut sans doute adopté aussi pour les effets et, d'une manière générale, pour toutes les personnes sous une dépendance quelconque. — La question de savoir si les époux peuvent, pour cause d'injure, exercer une action l'un contre l'autre n'est nullement soulevée.

(1) C'est à vrai dire du pur arbitraire, lorsque le gouverneur de province dispose dans son édit : *si quis eum pulsasset, sese judicium injuriarum non daturum* (Cicéron, *Verr.*, I, 2, 27, 66), mais le véritable pouvoir se manifeste aussi par les abus.

(2) Le droit postérieur traite l'*Patrox injuria* comme une catégorie fixe et y rattache des aggravations de peine (*Coll.*, 2, 2. *Dig.*, 47, 10, 35. I. 40).

lement, il tombe, qu'il soit accompli ou simplement tenté, sous le coup de la loi sur le meurtre ; s'il n'est pas intentionnel, mais s'il y a faute de l'auteur, il est traité comme dommage causé à la chose d'autrui.

(791) 2. La blessure corporelle faite à un homme libre ou à un esclave constitue l'*injuria* des XII Tables, sans qu'il y ait à distinguer si cette blessure a été causée intentionnellement ou résulte simplement d'une imprudence coupable (III p. 109). D'après le droit postérieur, l'action d'injure n'est permise qu'en cas de blessure corporelle intentionnelle (1), ou que si l'acte a causé une perturbation mentale chez la victime (2) ; quant à la lésion corporelle non intentionnelle, il en sera traité à propos du dommage causé à la chose d'autrui. En cas de blessure corporelle faite intentionnellement à un esclave, l'action d'injure n'est pas impossible d'après le droit prétorien, mais elle n'est pas spécialement citée dans l'édit pour cette hypothèse, parce que celle-ci est ordinairement traitée comme dommage causé à la chose d'autrui (3).

3. Les voies de fait contre la personne libre qui n'occasionnent pas de blessure, ou, d'après le langage technique, le fait de pousser (*pulsare*) et de frapper (*verberare*) (4) donne l'action d'injure (5), d'après le droit des XII Tables et également

(1) Cicéron, *De inv.*, 2, 20 (II p. 346 n. 2). Gai., 3, 225. *Coll.*, 2, 2, 1. *Dig.*, 47, 10, 7, 2, 8. 1. 8.

(2) *Dig.*, 47, 10, 15, *pr.*

(3) Pour le fonctionnement respectif de l'action d'injure et de l'action *legis Aquiliae* en cas de blessure faite à un esclave, cpr. la Section suivante (III p. 149 n. 5).

(4) *Pulsare* désigne déjà l'injure par voies de fait dans la *Rhet. ad Herennium*, antérieure à Sylla (III p. 98 n. 4) ; *pulsare verberare* se trouvait dans la loi Cornélia (*Dig.*, 47, 10, 5 *pr.* ; de même, Cicéron, *Verr.*, 3, 12, 31) ; cela doit provenir du transport des dispositions de la loi des XII Tables dans l'édit du préteur. On explique (*Dig.*, 47, 10, 5, 1) *pulsare* par *sine dolore caedere* et *verberare* par *cum dolore caedere* ; ces mots signifient donc pousser et frapper.

(5) *Dig.*, 47, 10, 5 *pr.* Cette loi n'atteint pas l'injure faite à un esclave, la mention de ce cas dans l'édit complémentaire du préteur le prouve (III p. 103 n. 2) ; des *Dig.*, 48, 2, 12, 4, il résulte qu'elle n'embrasse pas non plus l'injure commise par un esclave.

d'après la *lex Cornelia de injuriis*. Cette règle s'étend aussi à la menace de voies de fait (1).

4. L'édit du préteur promet que l'action d'injure sera ordinairement accordée, lorsqu'il y a eu contre un esclave des voies de fait graves qui n'ont pas causé de lésion corporelle durable ou de diminution de valeur persistante, notamment en cas de torture (2).

5. Celui qui par corruption pousse une personne libre ou un esclave à mener mauvaise vie (3), est exposé à l'action d'injure de la part de celui qui a la puissance sur la victime ; tandis que cette action est refusée à la personne séduite, lorsqu'elle a donné son consentement à la séduction (4).

6. Les sources ne nous permettent pas d'établir depuis quand et dans quelle mesure on a fait rentrer l'impudicité dans le délit privé d'*injuria*. Le viol contre des personnes de l'un ou de l'autre sexe échappe à la notion d'*injuria* telle que nous l'exposons ici, parce qu'au moins à l'époque pour laquelle nous sommes renseignés ce délit fait l'objet d'une répression criminelle (5). — Les relations sexuelles avec une femme ingénue, mariée ou non mariée, qui y consent, rentrent sans aucun

(1) *Dig.*, 47, 10, 15, 1.

(2) Edit *Dig.*, 47, 10, 15, 34 : *qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse de se eo injussu domini questionem habuisse dicetur, in eum judicium dabo*. L'absence de *pulsare* et la clause restrictive *adversus bonos mores* ne doivent pas passer inaperçues. On peut dans ce cas agir aussi au criminel pour cause de violence (*Dig.*, 48, 7, 4, 1 ; cpr. II p. 376 n. 1). — La correction d'un esclave par le magistrat, lorsqu'elle est provoquée par une dénonciation injuste, donne au maître le droit d'intenter l'action d'injure contre le dénonciateur (*Dig.*, 47, 10, 11, 2).

(3) *Dig.*, 47, 10, 25 : *si stuprum serva passa sit, injuriarum actio dabitur*. *Dig.*, 47, 10, 9, 4 : *sed et si servi pudicitia attemptata sit, injuriarum locum habet*.

(4) *Dig.*, 47, 10, 26. Cette application de l'*actio injuriarum* cadre en substance avec celui de l'action pour cause de corruption d'esclave dont il sera traité à propos du dommage causé à la chose d'autrui ; elle a été également étendue aux enfants (III p. 169).

(5) II p. 385. Paul, 5, 4, 4, cite le viol (car il semble que c'est ce délit qui est visé par les mots *pulsatio pudoris*) à propos de l'*injuria*, mais le fait qu'il indique pour ce cas la peine de mort montre que ce jurisconsulte ne compte pas en pratique le viol parmi les cas d'*injuria*.

doute, au regard du mari et du détenteur de la puissance, dans la notion d'injure, et, si la loi des XII Tables s'est difficilement étendue à ce cas, le préteur de la République a vraisemblablement donné dans cette hypothèse l'action d'injure (II p. 416). Mais ce délit s'est séparé de l'*injuria*, lorsqu'une loi d'Auguste introduisit la répression criminelle du *stuprum* et de l'adultère. — Il en fut de même vraisemblablement pour la pédérastie après la promulgation de la loi Scantinia (II p. 431). — Par conséquent, il ne reste pour l'action d'injure que l'impudicité avec un enfant ingénu d'un âge où l'on ne répond pas encore de ses délits (1), et surtout, comme les lois précitées frappaient seulement le délit consommé, que la tentative d'amener à un tel délit une femme ou un garçon libres et de bonne conduite (2). Cette action s'étend même à tout acte qui porte atteinte à l'honneur des femmes honnêtes (3). On mentionne spécialement comme tels dans l'édit du préteur les actes qui blessent en même temps la décence publique, comme l'accompagnement inconvenant sur la voie publique (4), le fait d'adresser en public des paroles licencieuses à une personne (5), le fait d'éloigner les gens de la suite d'une personne (6).

(793) 7. Pour la violation de domicile, lorsqu'elle a lieu avec vio-

(1) Cet abus ne rentre pas dans le *stuprum* (II p. 420 n. 2) et il ne reste par conséquent que l'injure. Nos sources ne mentionnent pas ce cas. L'abus d'un esclave impubère rentre dans le *damnum* aquilien (Paul, 1, 13 A. 6. *Dig.*, 47, 10, 25).

(2) II p. 422. Paul, 5, 4, 5 = *Dig.*, 47, 11, 1, *pr.* : *solicitatores alienarum nuptiarum itemque matrimoniorum interpellatores et si effectu sceleris poliri non possint, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur*. Paul, 5, 4, 14 : *qui mulierem puellamve interpellaverit*. Les mots 5, 4, 4, *aut de stupro interpellatur* doivent être rayés.

(3) *Attemptare pudicitiam* (*Dig.*, 47, 10, 1, 2. l. 10. *Inst.*, 4, 4, 1 ; *impudicos facere attemptare* : *Dig.*, 47, 10, 9, 4 ; *pudicitiam corrumpere* : Paul, 5, 4, 14) doit avoir figuré dans l'édit comme les expressions suivantes. Naturellement, la peine s'étend à tout acte d'assistance. Paul, 5, 4, 14 : *qui domum (non pas donum) praebuerit pretiumve quo id persuadeat dederit*.

(4) *Adsectari* : *Dig.*, 47, 10, 15, 19. 22. 23. De même, vis-à-vis de jeunes garçons : Gaius, 3, 220.

(5) *Appellare* : *Dig.*, 47, 10, 15, 19. 23. Des *turpia verba* suffisent déjà pour l'action : *Dig.*, 47, 10, 15, 21.

(6) *Comitem abducere* : Paul, 5, 4, 14. *Dig.*, 47, 10, 1, 2. l. 15, 16-18.

lence, et, peut-on ajouter, lorsqu'elle est commise par une personne libre, la loi Cornelia prescrit l'application d'une procédure pénale rigoureuse (1). On assimile à celui qui trouble la paix de la demeure celui qui s'y introduit furtivement (*dereactorius*) (2). L'*animus furandi*, qui pousse ordinairement le coupable à cet acte, ne peut pas être puni comme vol (3).

8. La molestation dans la jouissance d'une maison, par exemple en corrompant l'eau qui l'alimente, surtout lorsque l'intérêt public est lui-même en cause (4).

9. Le fait de traiter un concitoyen comme s'il ne jouissait pas de droits égaux, par exemple, en méconnaissant sa liberté (5) ou les privilèges attachés à sa condition (6), en l'incarcérant (7), en le privant de l'exercice des droits qui appartiennent

(1) *Dig.*, 47, 10, 5, *pr.* : *lex Cornelia de injuriis competit ei, qui... domum suam vi introitam esse dicat*. Cette règle s'applique même lorsque l'irruption a lieu pour citer un adversaire à comparaître en justice (*Dig.*, 47, 10, 23; *cpr.* I p. 54 n. 3). On assimile à l'irruption le fait d'empêcher une personne de rentrer chez elle (Cicéron, *Pro Caec.*, 42, 35).

(2) Sont *dereactorii* d'après Ulpien (*Dig.*, 47, 11, 7) ceux qui *in aliena cenacula se divigunt furandi animo*; de même chez Paul, 5, 4, 8, où cette règle est incorrectement rattachée à la loi Cornelia elle-même. Avec moins d'exactitude, les *dereactorii* sont rangés parmi les voleurs qualifiés : *Dig.*, 47, 18, 1, 2.

(3) Paul, 2, 31, 35. *Dig.*, 47, 2, 21, 7.

(4) Paul, 5, 4, 13 — *Dig.*, 47, 11, 1, 1 : *fit injuria contra bonos mores, veluti si quis fumo corrupto aliquem perfuderit, caeno luto obtinuerit, aquas spurcaverit, fistulas lacus quidve aliud in injuriam publicam contaminaverit : in quos graviter animadverti solet*. Javolenus (*Dig.*, 47, 10, 44) donne l'action contrairement à Labéon, *si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut projecit aut infuderit*, à la condition que ces molestations aient eu lieu intentionnellement.

(5) *Dig.*, 47, 10, 11, 9. 1. 22. *Cod.*, 9, 35, 9. c. 10. Si cette méconnaissance a uniquement lieu pour éviter une éviction, le dol nécessaire pour l'injure fait défaut (*Dig.*, 47, 10, 12). Dioclétien, *Cod.*, 7, 16, 31, nous dit que la contestation de liberté peut aussi provoquer l'application d'une peine criminelle extraordinaire.

(6) Exclusion au théâtre des places affectées aux sénateurs et aux chevaliers : Quintilien, 3, 6, 18.

(7) L'incarcération n'est pas mentionnée expressément à propos de l'injure; mais la permission donnée de retenir pendant vingt heures la personne coupable d'adultère (III p. 111 n. 6) implique l'existence d'une règle contraire.

(794) nent à tous sur le sol public (1), en prenant possession de son patrimoine (2), en l'entravant dans le libre usage de sa propriété (3) ou par toute attitude tendant à faire croire qu'il n'est pas solvable (4). La publication prématurée donnée à des dispositions de dernière volonté est traitée comme une atteinte malveillante à la personnalité (5).

10. La chanson diffamatoire (*carmen famosum*) dite en public est sévèrement punie par le droit des XII Tables (6). Le *convicium* au sens originaire du mot, c'est-à-dire l'outrage fait à une personne devant sa maison avec attroupement, ne se différencie pas essentiellement du *carmen famosum* (7). Lorsque

(1) *Dig.*, 43, 8, 2, 9, 47, 10, 13, 7, 1, 14.

(2) *Dig.*, 47, 10, 15, 31 : *si quis bona alicujus vel rem unam per injuriam occupaverit*.

(3) *Dig.*, 19, 1, 25, *pr.* 47, 10, 13, 7 : *si quis re mea uti me non permittat. l. 24 ; si quis proprium servum distrahere prohibetur*.

(4) Comme applications de cette idée, on peut citer l'engagement de la procédure d'exécution sur les biens contre une personne solvable (Gaius, 3, 220 ; *cpr.* Cicéron, *Pro Quinctio*, 6, 25) ; l'apposition sur une maison d'une marque indiquant qu'elle est soumise à la procédure d'exécution (*Dig.*, 47, 10, 20) ; l'offre publique de vente d'un objet donné en gage (*Dig.*, 47, 10, 13, 32) ; la sommation faite dans une séance publique du tribunal (*Dig.*, 47, 10, 13, 3) ; la sommation faite aux cautions (*Dig.*, 47, 10, 19) ; le refus d'un cautionnement suffisant (*Dig.*, 2, 8, 5, 1) ; la demande injustifiée d'une sûreté (*Dig.*, 42, 5, 31, 5).

(5) *Dig.*, 9, 2, 41, *pr.* 16, 3, 1, 38.

(6) Loi des XII Tables 8, 1 Schöll [*id.* Girard] = Cicéron, *De re p.*, 4, 10, 12 : *nostrae duodecim tabulae cum perpauca res capite sancissent, in his hanc quoque sancendam putaverunt, si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri. — Carmen famosum*, chez Sénèque, *Contr.* 5, 6, et dans les ouvrages juridiques (Paul, 5, 4, 6, 15 ; *Dig.*, 22, 5, 21, *pr.* 28, 1, 18, 1), *malum carmen*, chez Horace, *Ep.*, 2, 1, 153. *Sat.*, 2, 1, 82, et Arnobe, 4, 34.

(7) *Convicium*, terme juridique embrassant les cas où la responsabilité est juridiquement engagée, mais employé parfois (*Dig.*, 28, 2, 3 *pr.*) en dehors de ces cas, est avant tout, d'après l'étymologie vraisemblablement exacte (= *convocium* de *vox* chez Festus, *Ep.*, p. 41 et *Dig.*, 47, 10, 15, 4, à côté de l'autre étymologie, *a vicis*, chez Festus, *loc. cit.*, et Nonius, p. 67), l'injure commise avec tapage public ; dans son application juridique, cette notion (employée alternativement avec le terme non technique *maledictum* Paul, 5, 4, 19, 20. *Dig.*, 47, 10, 13, 11, 44. *Cod.*, 2, 6, 6) correspond à peu près, si on la généralise et la simplifie, à notre injure « verbale ». *Coll.*, 2, 5, 4 : *verbis, dum convicium patimur*. Paul, 5, 4, 1, 18, tit. 35, 3. *Rhet. ad Her.* 4, 25, 35 (III p. 98 n. 3). Gaius, 3, 220, 222. *Dig.*, 37, 14, 1.

la publicité s'opère de plus en plus par des écrits, on voit apparaître, à côté du *carmen famosum* et même avant lui, l'écrit diffamatoire (*libellus famosus*) (1). Sont punissables dans la même mesure : la composition, la récitation et la diffusion d'un écrit diffamatoire (2). Le fait de publier l'écrit diffamatoire sous le voile de l'anonymat ou d'un pseudonyme constitue une circonstance aggravante (3) ; les productions de ce genre furent l'occasion de graves abus, notamment pendant la dernière période de l'Empire ; aussi Constantin et ses successeurs frappèrent-ils des peines les plus rigoureuses tout concours prêté à leur confection et à leur diffusion, même lorsque les accusations qu'elles contenaient étaient vraies. — Ce délit, pour lequel l'élément juridiquement décisif n'est pas la qualité de l'offense, mais la publicité résultant de ce fait que le chant passe de bouche en bouche ou que l'écrit circule de main en main, a été traité et puni dans la loi des XII Tables, non comme une atteinte à la personne d'un particulier, mais comme un danger public. Cette conception n'a pas disparu dans la suite, comme nous l'exposerons plus loin à propos de la procédure et de la peine. Toutefois le préteur, en rangeant dans son édit, au cours de son œuvre d'extension et de modification de la loi des XII Tables, le *convicium* parmi les cas qui fondent l'action d'injure, a fait rentrer le chant et l'écrit diffamatoires dans le délit privé d'*injuria* (4).

47, 40, 3, 1. l. 34, 49, 1, 8. Toutefois, ce terme est également appliqué à des actes (Paul, 5, 4, 21).

(1) *Famosus libellus*, Suétone., *Aug.*, 55 ; Paul, 5, 4, 17 et ailleurs.

(2) Ulpian, *Dig.*, 47, 10, 3, 9 : *si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit quo quid eorum fieret. Inst.*, 4, 4, 1.

(3) Ulpian, *loc. cit.*, ajoute : *etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine*. Les constitutions, à partir de Constantin, *C. Th.*, 9, 34 = *C. Just.*, 9, 36, sont dirigées contre les *libelli famosi* anonymes.

(4) L'édit (*Dig.*, 47, 10, 18, 2) : *qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cujusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret, in eum judicium dabo* emploie sans doute, comme les commentateurs eux-mêmes le reconnaissent, le terme dans son sens originaire, et est précisément provoqué par la mission qui incombe au préteur d'assurer l'application de la loi des XII Tables. Le magistrat se réserve d'ailleurs ici.

(796) 11. Les autres injures peuvent, comme nous l'avons déjà indiqué, fonder une action d'injure en vertu du pouvoir arbitraire du magistrat, lorsque des circonstances aggravantes de lieu, de temps et de personnes augmentent l'offense (1). Au lieu de citer les différents cas particuliers qui nous ont été transmis et parmi lesquels il convient de relever celui où le nom d'une personne vivante est prononcé sur la scène (2), il paraît plus utile, dans un exposé juridique de l'action d'injure, de signaler la diminution d'importance de l'offense commise par des discours diffamatoires ou par d'autres actes du même genre. Sans doute, comme le fait déjà prévoir l'élargissement du sens de *convicium*, à la suite duquel cette expression embrasse toute injure verbale au lieu des seules injures verbales commises avec bruit et en groupe, de telles offenses ne font pas complètement défaut parmi les cas d'application de l'action d'injure (3); mais, lorsqu'il n'y a pas une certaine publicité et un certain danger pour l'ordre public (4), il semble qu'en rè-

par la clause *adversus bonos mores*, la possibilité de refuser éventuellement l'action (*Dig.*, 47, 10, 15, 5).

(1) On cite encore dans nos sources juridiques le fait de provoquer par malveillance une inspection relativement à la grossesse d'une femme divorcée (*Dig.*, 25, 4, 1, 8), le soulèvement de l'opinion publique contre une personne, par exemple, lorsqu'on fait soupçonner un maître de traiter cruellement ses esclaves en déterminant ceux-ci à fuir auprès d'une statue de l'empereur (*Dig.*, 47, 11, 5; *C. Th.*, 9, 44, 1 = *C. Just.*, 1, 25, 1), cas dans lequel une répression publique est également possible, ou lorsqu'en prenant le deuil comme futur accusé on fait soupçonner une autre personne de vouloir tenter contre soi une action criminelle (*Dig.*, 47, 10, 15, 27; *ephr.* 1, 39). Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que les écrits juridiques romains parlent, à côté de l'action civile, de l'action criminelle postérieure pour injures qualifiées, et que, là où cette dernière est possible, par exemple en cas d'offense commise contre le juge de première instance dans l'écrit d'appel, l'action civile n'est pas nécessairement admise.

(2) La *Rhet. ad Her.*, 1, 14, 24. 2, 12, 19 mentionne comme controverse juridique la question de savoir si l'acteur, qui nomme sur la scène le poète (Accius) ou plus généralement un écrivain quelconque, commet une injure.

(3) Action d'injure contre celui qui reproche un meurtre : *Cod.*, 9, 35, 5; ou l'exercice du métier de délateur : *Cod.*, 9, 35, 3.

(4) Paul, 5, 4, 21 : *convicium contra bonos mores fieri videtur, si obsceno nomine aut inferiore parte corporis nudatus aliquis insectatus sit* (donc publiquement); *quod factum contemplatione morum et causa publicae honestatis*

gle générale l'action soit refusée (1). D'ailleurs, les sources observent un silence éloquent sur les offenses commises dans les relations entre particuliers ou par voie de correspondance privée (2).

D'après le droit postérieur, le préteur devait, en exécution de la loi des XII Tables modifiée, accorder l'action en cas d'injure par voies de fait et par outrage commis en public et avec bruit; en outre, il avait à la donner, d'après la *lex Cornelia*, en cas de violation brutale du domicile. Pour quelques injures peu nombreuses, notamment lorsqu'une femme honnête était victime d'un outrage public, l'édit promettait l'action d'une façon absolue. Dans tous les autres cas, le préteur se réservait le droit d'accorder ou de refuser l'action suivant la nature des faits affirmés par le demandeur.

Attribution
de l'action par
le magistrat.

Après avoir ainsi déterminé la nature de l'atteinte à la personnalité qui constitue l'*injuria*, attachons-nous au second élément requis pour l'existence de ce délit, à savoir à l'intention injuste de commettre une atteinte de ce genre. L'injure de la loi des XII Tables réclame-t-elle une telle intention? Cela est plus que douteux. A vrai dire, la blessure causée accidentellement échappe dès cette époque, par analogie avec les règles sur la mort donnée involontairement, à toute répression; mais il est difficile que, dans une application du droit pénal qui se laissait uniquement guider par des considérations extérieures, on ait alors distingué entre l'offense commise par dol et celle qui résultait d'une simple faute. Nous excluons cette dernière de notre exposé et la réservons pour la Section suivante. —

L'action
n'est possible
que si
l'atteinte à la
personnalité
d'autrui est
intentionnelle.

(797)

vindictam extraordinariae ultionis expectat. Ibid. 19 maledictum itemque concivium publice factum ad injuriae vindictam revocatur.

(1) Lorsque l'édit refuse l'action pour une injure faite pendant un jeu de hasard à celui qui tient la banque (III p. 111 n. 4), il n'est question que de coups; la même solution va de soi, lorsqu'il s'agit d'injures verbales.

(2) Par contre, l'action est admise à raison d'une injure commise contre des tierces personnes dans un écrit adressé aux autorités (*Dig.*, 47, 10, 15, 29: *Si quis libello dato vel principi vel alii cui fumam alienam insectulus fuerit, injuriarum erit agendum: Papinianus ait*).

D'après le droit postérieur, l'injure ne peut être commise par simple faute, il faut l'intention de violer le droit. Par suite, l'action d'injure est exclue dans les cas suivants :

1. Pour tous les actes accomplis par des irresponsables : fous, impubères (1).

2. Pour tous les actes qui ne sont pas accomplis dans le but de violer le droit (2). Il est permis de dévoiler des faits qui entachent la réputation d'une personne, lorsqu'on poursuit par là un autre but que celui de l'offenser (3).

3. Pour tous les actes permis par le droit, par exemple, en cas de correction infligée en vertu d'un pouvoir domestique, et, d'une manière générale, en cas de correction infligée chez soi (4), ou en cas de punition ordonnée par le magistrat, lorsque celui-ci a agi dans les limites de sa compétence (5). Même si dans l'une de ces hypothèses une erreur se produit, par exemple, si la correction est infligée à un homme libre que l'on croyait esclave, il n'y a pas d'injure (6). Il faut également citer ici l'exercice de la justice privée dans les cas où elle est admise. Quant aux actes qu'on doit considérer comme constituant l'exercice d'une pareille justice, c'est aux mœurs et dans

(1) Paul, 5, 4, 2. *Dig.*, 47, 10, 3.

(2) Par exemple par plaisanterie (*Dig.*, 47, 10, 3, 3). *Uno culpa* quelconque ne fonde pas l'injure.

(3) Paul, *Dig.*, 47, 10, 18 pr. : *eum qui nocentem infamavit, non esse bonum et arquam ob eam rem condemnari; peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire*. Dioclétien, *Cod.*, 9, 35, 5 : *si non convicii consilio te aliquid injuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit*. L'intention d'offenser existe ici, mais elle est soustraite à toute répression à raison d'une autre intention qui se manifeste à côté d'elle. A parler strictement, il peut en être ainsi dans certains cas, même lorsqu'on n'arrive pas à prouver la vérité des faits avancés.

(4) *Dig.*, 48, 19, 16, 2. Le fait de dépasser dans ce cas la mesure convenable peut donner lieu à une action pour cause de dommage causé à la chose d'autrui, mais non pas pour cause d'injure (*Dig.*, 19, 2, 13, 4).

(5) *Dig.*, 47, 10, 13, 1. 2. 1. 15, 39. 1. 33. 48, 19, 16, 2. Lorsqu'on se trompe dans l'accomplissement d'actes publics, on peut aussi ne pas avoir l'intention d'offenser la personne qui souffre de cette erreur (*Dig.*, 47, 10, 13, 5. 6). Au contraire, l'action d'injure est fondée, lorsqu'on dépasse sciemment les limites de sa compétence (*Dig.*, 47, 10, 32).

(6) *Dig.*, 47, 10, 3, 4. Quintilien, 7, 4, 14.

chaque cas concret aux interprètes de ces mœurs, c'est-à-dire aux magistrats compétents, qu'il appartient de les déterminer. (798)
 C'est sur cette idée que se fonde le refus d'action en cas de voies de fait exercées pendant un jeu de hasard sur la personne de celui qui tient la banque (1). Cette même idée explique aussi notamment que celui qui se rend coupable d'un adultère soit pour ainsi dire dépourvu de toute protection juridique en cas d'injure commise contre lui. Sous la République, les atteintes corporelles les plus graves commises dans ces cas sont impunissables (2), et le droit impérial pose également la règle que toutes les fois où l'adultère légitime l'homicide (II p. 339) toute espèce de mauvais traitements est également permise (3). En outre, la loi d'Auguste sur l'adultère autorise expressément l'offensé à retenir pendant vingt heures celui qui est surpris en flagrant délit d'adultère (4).

4. Le consentement de la victime, dans la mesure du moins où il y a à tenir compte de cette victime elle-même, exclut l'action (5).

(1) Edit du préteur : *Dig.*, 41, 5, 1, *pr.* : *si quis cum, apud quem alea lusum esse dicatur, verberaverit... judicium non dabo*, ce qui d'après le § 2 doit s'appliquer non seulement pour la durée du jeu, mais encore à toute époque et en tous lieux (*ubicumque et quodocumque*).

(2) Val. Max., 6, 4, 43 ; par exemple la castration, qui n'est d'ailleurs pas admise dans ce cas par tous les juriconsultes (Horace, *Sat.*, 1, 2, 46).

(3) *Dig.*, 48, 5, 23, 3 : *qui occidere potest adulterum, multo magis contumelia poterit jure adficere*.

(4) Paul, 2, 26, 3. *Dig.*, 48, 5, 26.

(5) *Dig.*, 47, 10, 1, 3 : *nulla injuria est, quae in volentem fiat*. I. 26. L'incapacité de fait n'équivaut naturellement pas à un consentement (III p. 96 n. 4). — Rentre dans ce cas la promesse par serment (*auctoramentum*) exigée de l'homme libre, lors de son entrée à l'école de gladiateurs, et par laquelle il s'engage à accepter le traitement propre à la profession de gladiateur : brûlures, enchaînement, coups, mort (*uri vinciri verberari ferroque necari* : Pétrone, 417 ; Sénèque, *Ep.*, 37, 1). On comprend que les objections juridiques qui viennent naturellement à l'esprit dans ce cas disparaissent au regard de l'*homicidium publicum*. — Γ'έγγραρον κοπιδερμίας (κοπιδερμία ; d'après la glose gréco-latine, 2, p. 198 Götz *linni so* [expression inconnue par ailleurs] = κοπιδερμίας), qu'on rencontre pendant la dernière période, paraît voisin de l'hypothèse précédente ; c'est une sorte d'entrée volontaire dans l'esclavage que défendit l'empereur Anastase (Malalas, 16, p. 401 éd. Bonn).

Injure indirecte. Peu importe en droit que l'intention d'offenser se manifeste contre l'offensé personnellement ou contre un intermédiaire. Cet intermédiaire peut être un objet, par exemple en cas d'outrage à une effigie (1), ou une personne, en tant que l'offense commise contre l'épouse, le fils ou le serviteur, peut être dirigée en même temps et même principalement contre le mari le père ou le maître (2). On exige toutefois dans ce cas que l'offenseur ait connu le lien en question, donc qu'il ait su que l'offense atteignait en même temps les personnes précitées (3). Si cela n'a pas eu lieu, donc s'il n'y a pas d'injure indirecte (4), l'ancien droit accorde difficilement l'action d'injure au mari, au père ou au maître (5).

Action d'injure du détenteur de la puissance. En cas d'injure commise vis-à-vis d'un homme libre en puissance ou vis-à-vis d'un esclave (III p. 96 n. 4), on a, comme ces personnes sont dépourvues de la capacité requise pour tenter une action, accordé l'action d'injure au détenteur de la puissance en qualité de représentant (6). Toutefois, on a per-

(1) Quintilien, 4, 2, 100, mentionne comme injure fondant une action la flagellation de la statue d'une personne (d'un débiteur banqueroutier, semble-t-il). On sait le rôle que jouait l'effigie de l'empereur dans l'action de lèse-majesté (II p. 291). Rentre également dans ce cas la violation de la sépulture d'un parent (III p. 96 n. 2).

(2) *Dig.*, 47, 10, 15, 35 : *si quis sic fecit injuriam servo, ut domino faceret, video dominum injuriarum agere posse suo nomine*. Lorsque le fils se laisse volontairement corrompre, l'action d'injure lui est refusée, mais elle est accordée au père (*Dig.*, 47, 10, 1, 5). Lorsque le père et le fils ont été offensés par le même acte, les deux actions suivent leur cours indépendamment l'une de l'autre et l'estimation peut être différente dans chaque cas (*Dig.*, 47, 10, 30, 1). L'offense faite à la fiancée est considérée comme une injure commise envers le fiancé (*Dig.*, 47, 10, 15, 24).

(3) *Dig.*, 1, 12, 1, 10. 47, 10, 1, 3.

(4) Cette solution est donnée pour les femmes et les fils de famille chez Paul, 3, 4, 3, et *Dig.*, 47, 10, 18, 4, et aussi pour les esclaves, *Dig.*, 47, 10, 15, 45 : *non caesurus eum si meum scisset*. 47, 10, 26.

(5) Le contraire est dit, à vrai dire, aux *Dig.*, 47, 10, 1, 8 : *sive sciat quis filium meum esse vel uxorem meam sive ignoraverit, habere me meo nomine actionem Neratius scripsit*. Pratiquement, il convient de considérer les injures faites à la femme comme atteignant le mari : les *Inst.* 4, 4, 2, en modifiant comme suit le passage de Gaius (n. 6) : *item per uxorem suam, id enim magis praevaluit*, indiquent qu'il y avait controverse sur les règles applicables en cas d'injure faite à une femme mariée.

(6) Gaius, 3, 221 : *pati autem injuriam videmur non solum per nosmet ipsos*,

mis au fils de famille, dans certaines circonstances, d'exercer l'action personnellement (III p. 118 n. 3).

Lorsqu'il y a simple tentative, sans consommation de délit, l'injure est impunie (1). Tentative.

L'instigation et l'assistance sont ici assimilées en droit au délit principal (2). Lorsque l'esclave commet le délit sur l'ordre du maître, tous deux sont traités comme co-auteurs (I p. 89 n. 5). Compléité.

Dans l'ancien droit pénal, les seuls cas d'injure rangés parmi les crimes publics sont la chanson et l'écrit diffamatoires et encore ceux-ci, comme nous l'avons déjà fait remarquer (III p. 107), ne sont-ils pas alors réprimés comme injure, mais comme violation d'un devoir civique. Le *carmen famosum* doit donc en droit avoir été soumis à la procédure des magistrats et des comices, toutefois nous n'avons aucun témoignage attestant l'application de cette procédure dans ce cas ; il est possible qu'elle soit ici tombée rapidement en désuétude. Même dans la transformation de la procédure criminelle au dernier siècle de la République, ce délit n'a été renvoyé à aucune *quaestio*, mais le préteur l'a réprimé par une action privée (III p. 107). C'est seulement un sénatus-consulte de l'époque d'Auguste qui, revenant à la conception ancienne du délit, range la chanson et l'écrit diffamatoires parmi les actes qui fondent l'action de lèse-majesté (3). (800)
Procédure pénale publique en cas de chanson diffamatoire.

sed etiam per liberos nostros quos in potestate habemus, item per uxores nostras, cum in manu nostra sint. Il n'est pas permis de modifier les derniers mots pour leur faire dire le contraire, car la restriction de l'injure indirecte aux enfants en puissance implique une limitation du même genre vis-à-vis de la femme mariée.

(1) *Dig.*, 47, 10, 15, 17.

(2) Paul, 5, 4, 20. *Dig.*, 47, 10, 11, pr. 3-6. l. 15, 2. 8.

(3) Cpr. II p. 267. Tacite, *Ann.*, 1, 72: *primus Augustus cognitionem de famosis libellis specie legis ejus (majestatis) tractavit, commotus Cassii Severi libidine, qua viros feminasque illustres procucibus scriptis diffamaverat.* Ce texte vise l'ordre donné en l'an 12 ap. J. C. de brûler des écrits de ce genre et la punition infligée à leurs auteurs (Dion, 56, 27). Suétone, *Aug.*, 55: *censuit cognoscendum posthac de iis, qui libellos aut carmina ad infamiam cujuscumque*

Répression
de la chanson
diffamatoire.

La peine fixée par les XII Tables pour ce crime est la peine capitale (1) et en outre celle de l'intestabilité (2), c'est-à-dire la perte du droit de prêter témoignage ou de recevoir une prestation de témoignage, donc aussi du droit de tester. Quant à la question de savoir si cette dernière peine était établie pour le cas où la première ne s'exécutait pas, ou, si elle se rattachait, comme la perte du droit de cité en cas de perduellion, au délit lui-même, de telle façon qu'elle opérât rétroactivement en cas de condamnation, il faut la laisser irrésolue.

(801) Lors du rétablissement de la procédure capitale, on étendit à ce délit les peines du crime de lèse-majesté; toutefois jusqu'à Constantin la répression ne dépassa pas la relégation et certainement pas la déportation (3). Les empereurs postérieurs ont prescrit la peine de mort pour les écrits diffamatoires anonymes (4). L'intestabilité elle-même est encore indiquée

sub alieno nomine edant, avec restriction peu précise aux publications anonymes. Le motif de cette réforme ne fut pas seulement de rendre la procédure plus rigoureuse en y admettant les délateurs au lieu des victimes elles-mêmes, mais aussi, comme les *Dig.*, 47, 10, 6 le relèvent, de réprimer les écrits diffamatoires qui ne nommaient pas expressément la personne attaquée et qui par suite rendaient difficile l'application de la procédure civile.

(1) Cicéron, *De re p.*, 4, 10, 12 (III p. 106 n. 6). C'est elle que vise aussi la *formido fustis* chez Horace, *Ep.*, 2, 1, 154; toutefois il ne faut pas penser ici avec le scolaste au *supplicium fustiarium* militaire, mais aux verges des licteurs qui servaient dans l'exécution *more majorum* encore en vigueur d'après le droit strict.

(2) *Dig.*, 22, 5, 21, *pr.* 23, 1, 13, 1, 47, 10, 5, 9. Ulpian, dans le troisième texte, rattache l'intestabilité à une *lex*, et, dans le second, à un sénatus-consulte: cette loi est sans doute celle des XII Tables et c'est à elle que Gaius, *Dig.*, 23, 1, 26 doit penser; le sénatus-consulte doit être celui par lequel Auguste rétablit l'ancien droit.

(3) Cassius Severus, dont les écrits provoquèrent le sénatus-consulte d'Auguste, fut banni, et sa peine fut aggravée sous Tibère par suite de récidive (Tacite, *Ann.*, 4, 21). D'après l'indication intercalée chez Paul, 5, 4, 15 (il est impossible que cette indication vienne de Paul, car celui-ci traite le même cas 5, 4, 16) un sénatus-consulte — qui est difficilement celui de l'an 12 — établissait pour ce cas la peine de la déportation. D'après Paul, 5, 4, 16, 17, qui traite l'écrit diffamatoire comme injure qualifiée, la peine va *usque ad relegationem insulae*.

(4) *C. Th.*, 9, 34, 1 (constitution non reprise par Justinien). *C. Th.*, 9, 34, 12 = *C. Just.*, 9, 36, 2. Cpr. pour la répression des dénonciations anonymes II p. 4 n. 1.

dans les œuvres juridiques de Justinien comme subsistant en droit dans ce cas (1).

En dehors de l'action publique de lèse-majesté, l'action privée d'injure est également possible en cas d'écrit diffamatoire (2), mais, dès que l'une ou l'autre de ces procédures a eu lieu, l'autre n'est plus permise.

Abstraction faite de l'écrit diffamatoire, l'injure, d'après l'ancien droit, est réprimée par voie d'action privée (3) tant en vertu de la loi des XII Tables que de l'édit du préteur et de la loi Cornélia. L'action qui ne peut être répersécutoire, puisqu'il n'y a pas ici de préjudice patrimonial, tend seulement à faire prononcer une peine, que celle-ci consiste en une amende pécuniaire ou en quelque autre mal infligé au coupable (4).

D'après le droit des XII Tables, la procédure débute ici, comme pour les autres délits privés, par une tentative de conciliation que la loi mentionne seulement à vrai dire pour les catégories les plus graves (t. III p. 116 n. 1). Nous n'avons pas connaissance que ce procès ait présenté des particularités. —

Action privée
et peine.

(802)

D'après
le droit des
XII Tables.

(1) Peut être dans la dernière période ne vise-t-on par là que la perte du droit de cité liée à la déportation ; Dion 57, 22 qualifie de privation du droit de tester la transformation du bannissement en déportation. Au *C. Th.*, 16, 5, 7, *pr.* (de même 16, 5, 36), la même peine supprime aussi la *testandi ac vivendi jure Romano facultas*.

(2) Horace, *Sat.*, 2, 1, 82 : *si mala condiderit in quem quis carmina, jus est judiciumque*, témoignage qui, rien que par sa date, ne peut pas être rapporté à la procédure publique. *Dig.*, 47, 10, 6. La nécessité déjà signalée d'intenter l'action publique en cas d'attaques contre des personnes qui ne sont pas expressément nommées n'existe naturellement qu'en fait ; en droit, aucun obstacle ne s'oppose dans ce cas à l'exercice de l'action civile.

(3) *Cod.*, 9, 35, 7 : *injuriarum causa non publici judicii, sed privati continet querelam. Ibid.*, c. 11.

(4) Cette conception apparaît de la manière la plus nette dans le talion des XII Tables. Cicéron (*Pro Caec.*, 12, 35) dit exactement par rapport à une violation de domicile : *actio injuriarum... dolorem imminutae libertatis judicio poenaeque mitigat*. Si un dommage se produit ici, il peut faire l'objet d'une poursuite distincte (*Dig.*, 47, 10, 13, 46 : *si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam* ; *epr.* III p. 149 n. 5. La déclaration contenue au *Cod.*, 9, 35, 8, d'après laquelle les termes de l'édit de *injuriis* tenaient aussi compte du préjudice causé, est surprenante.

Pour le cas le plus grave d'injure que vise la loi des XII Tables, c'est-à-dire pour la rupture d'un membre d'un homme libre, la peine est celle du talion (*talio*) (1); pour la fracture d'un os, une amende fixe de 300 as (= 60 marks?), s'il s'agit d'une personne libre, de 150 as s'il s'agit d'un esclave (2); pour toutes les autres injures, c'est-à-dire suivant l'intention vraisemblable du législateur, pour toute injure physique faite à une personne libre, une amende fixe de 25 as (= 5 marks?) (3).

D'après l'édit. Ces règles ne cadraient plus avec l'état postérieur de la civilisation romaine. A vrai dire, on prononçait encore la peine du talion, mais cette sentence avait certainement cessé de bonne heure de donner libre champ à la vengeance privée; considérant que cet arrêt ne pouvait être exécuté, le tribunal lui substituait immédiatement un équivalent en argent (4). On réprima ainsi par des peines pécuniaires non seulement les autres injures mentionnées dans la loi des XII Tables, mais encore toutes celles pour lesquelles on admit plus tard l'action d'injure. La loi Cornélia n'a pas établi non plus de peine supérieure aux peines pécuniaires (5). Les amendes fixes du vieux code, par suite des changements dans les conditions de la vie sociale et en

(1) Loi des XII Tables, 8, 2. Schöll [*id.* Girard] (= Festus, p. 363, et autres textes) : *si membrum rupsit, ni cum eo pacit (plutôt pugit), talio esto.* Comme cette règle n'a pas pu s'appliquer aux esclaves, la mutilation a dû être pour eux assimilée à la fracture d'un os.

(2) Loi des XII Tables, 8, 3. Schöll [*id.* Girard] (= Coll., 2, 5, 5 et autres textes; il n'est pas certain que les termes rapportés soient ceux-là mêmes de la loi des XII Tables) : *si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito sestertiorum.* Les termes de l'*originum l. XIII*, de Caton (chez Priscien, 6, 69 : *si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur*) sont vraisemblablement (I p. 134) empruntés à un droit municipal latin encore en vigueur à l'époque de Caton; il n'est guère douteux que l'obligation d'accepter une composition en cas d'*os fractum* est le résultat d'un adoucissement du droit et qu'elle a été précédée par la peine du talion.

(3) Loi des XII Tables, 8, 4. Schöll [*id.* Girard] (Coll. 2, 5, 5, et autres textes; rédaction modernisée quant aux termes) : *qui injuriam alteri facit, XXV sestertiorum poenam subito.*

(4) Aulu-Gelle, 20, 1, 38 : *si reus, qui deprecisci noluerat, iudicij talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat.*

(5) Chez Paul et aux *Digesta*, on ne trouve aucune trace d'une peine propre à l'action Cornélia d'injure, et comme ces deux sources traitent

présence de la très grande inégalité des fautes morales qu'on trouve à la base du délit d'injure, ne se sont pas maintenues plus que l'institution du talion. Dans les prescriptions postérieures, on ne rencontre des amendes de ce genre qu'à titre isolé, par exemple, dans l'édit du préteur pour la citation en justice du patron par l'affranchi (1); régulièrement, le montant de l'amende est fixé dans chaque cas concret. (803)

C'est au demandeur qu'il appartient en droit de proposer le taux de l'amende qui doit être considéré comme l'équivalent de l'offense. Toutefois, dans les cas les plus graves, on demande au préteur de fixer à son gré, et, si c'est nécessaire, après inspection (2), le montant de la caution de comparution (*vadimonium*) à exiger du défendeur, et le demandeur intente alors son action pour une somme égale à celle de la caution (3), de telle sorte qu'il a ici pour ainsi dire une autorisation du magistrat. Pour les affaires de peu d'importance, le demandeur propose directement à son gré le taux de l'amende qu'il réclame (4).

Influence du magistrat sur la fixation du montant de l'amende.

Le tribunal, étant donné que la procédure doit être rapide, se compose ordinairement de récupérateurs (3). Toutefois, pour les injures par voies de fait, lorsque les deux parties sont des personnes libres (III p. 102 n. 4), et pour la violation de domicile (III p. 103 n. 1), sans doute avec la même restriction, la

Le jury.

cette action comme fonctionnant encore en pratique, il faut en conclure que la peine générale de l'injure s'appliquait dans les deux actions.

(1) 3000 Sest. = 30 aurei : *Dig.*, 2, 4, 12. l. 24. l. 25.

(2) On peut s'adresser au préteur dans ce but, même pendant les vacances judiciaires (*Dig.*, 2, 12, 2).

(3) Gaius, 3, 224 : *cum atrocem injuriam prætor aestimare soleat, si simul constituerit, quantæ pecuniæ eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam*. *Edit, Coll.*, 2, 6 : *qui... injuriarum agit... taxationem ponat non minorem quam quanti vadimonium fuerit*. La correction *non majorem* n'est pas à approuver; il s'agit vraisemblablement ici en première ligne de l'action de la loi Cornélia et celle-ci pouvait bien être dominée par l'idée que le *consilium* ne devait fonctionner que pour des amendes élevées et irréductibles, de telle façon que le demandeur était placé dans l'alternative ou d'obtenir une peine sévère ou de perdre son procès.

(4) Nous savons que pour un coup de pied la transaction s'éleva à 50.000 sesterces (Suétone, *vit.*, 7).

(5) Cicéron, *De inv.*, 2, 20, 60. Aulu-Gelle, 20, 4, 13.

(804) loi Cornélia a confié la connaissance du procès à un *consilium* présidé par un quasi-magistrat (1) et a ainsi rapproché l'action d'injure de la procédure criminelle (2); elle l'a fait encore en admettant ici comme demandeur le fils de famille, régulièrement incapable d'intenter une action civile (3). Malgré cela, l'action est considérée comme privée, car on ne trouve pas ici l'élément essentiel du *judicium publicum*, le droit général d'accusation; la faculté d'agir n'appartenant ici qu'à la victime (II p. 36). La présidence de ce *consilium* a été confiée ou au préteur civil qui instruit l'affaire, ou plus vraisemblablement, comme dans le procès de violence; à un chef des jurés qui lui est substitué. La loi exclut pour ces injures la procédure des récupérateurs et c'est pour ce motif qu'elles sont passées sous silence dans l'édit du préteur; toutefois une constitution de Septime Sévère a admis pour ces catégories d'injures l'action prétorienne à côté de la procédure de la loi Cornélia (4).

(1) La disposition de la loi Cornélia, *ut non judicet, qui ei qui agit gener socer vitricus privignus sobrinusve est propiusve eorum quemquam ea cognatione adfinitateve attinget quive eorum ejus parentisve cujus eorum patronus erit* (Dig., 47, 10, 5 pr.) est manifestement, malgré la mutilation, le reste d'une loi relative à la composition du *consilium* et ne peut se rapporter, non pas il est vrai dans l'esprit de Tribonien, mais encore dans celui d'Ulpien, qu'à la formation d'un jury à la manière des *quaestiones*.

(2) L'action d'injure de la loi Cornélia est, il est vrai, opposée à l'*actio civilis* (Dig., 47, 10, 7, 6. l. 37, 4; ailleurs: Dig., 47, 10, 5, 6, l'opposition a lieu entre l'*actio injuriarum legis Corneliae* et l'*actio injuriarum praetoria*) et l'on emploie à son égard l'expression *reum recipi* (Dig., 48, 2, 12, 4). C'est pour cela que Gaius la passe sous silence dans son exposé du procès d'injure. Mais elle s'appelle toujours *actio*, jamais *accusatio*, et comme Paul nous dit qu'elle repose en partie sur la coutume, c'est-à-dire sur l'édit, et en partie sur la loi (III p. 95 n. 2), elle est par essence une action civile modifiée quant à la composition du jury. Paul, Dig., 3, 3, 42, 1: *ad actionem injuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest, nam etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est*.

(3) Dig., 47, 10, 5, 6. Il faut aussi tenir compte à cet égard de ce que l'édit du préteur promet au fils de famille, sous certaines conditions, l'action ordinaire d'injure Dig., 2, 14, 30 pr. 3, 3, 8 pr. 47, 10, 17, 10, 11).

(4) Ulpien, Dig., 47, 10, 7, 6: *posse hodie de omni injuria, sed et de atroci civiliter agi imperator noster rescripsit*. Marcien, Dig., 47, 10, 37, 1: *etiam ex lege Cornelia actio civiliter moveri potest condemnatione aestimatione judicis facienda*.

Les conclusions du demandeur portent toujours sur une somme d'argent déterminée. Celles-ci lient le tribunal en cas d'action de la loi Cornélia ; le jury ne peut ici qu'acquitter ou condamner conformément aux conclusions du demandeur (1). Le motif en est que devant un *consilium* la procédure d'estimation est rendue beaucoup plus difficile. Cet inconvénient n'existe pas pour le *judicium recuperatorium*. Toutefois, lorsqu'ici le prêteur a influé sur l'estimation du demandeur, le tribunal adopte toujours dans sa condamnation la taxation ainsi faite (2). Par contre, lorsque le jury ne se trouve en présence que d'une évaluation du demandeur, il use librement de son pouvoir d'appréciation pour la réduire (3). La distinction de la *litis aestimatio* et de la condamnation disparaît en cas d'action d'injure et la sentence porte simultanément sur la question d'existence du délit et sur le montant de la peine.

Peine
pécuniaire.

(805)

En dehors de l'amende, le condamné est également frappé d'infamie (4). Il faut d'ailleurs se rappeler à cet égard que l'action n'est pas donnée d'emblée à toute victime d'une injure. L'infamie s'applique aussi au cas où les parties ont usé de la faculté de transiger (5) et ont ainsi convenu du paiement

Infamie.

(1) Marcien, *loc. cit.* exclut nettement dans l'action de la loi Cornélia l'estimation judiciaire.

(2) Gaius, 3, 224 : *judex quavis possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audeat minuere condemnationem.*

(3) Gaius, 3, 224 : *permittitur nobis a praetore ipsis injuriam aestimare et judex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout ei visum fuerit.*

(4) Fragment d'Este, l. 3 (Bruns, p. 403 [Girard, p. 77]). *Lex Julia municipalis*, l. 414. Edit du prêteur : *Dig.*, 3, 2, 1. Gaius, 4, 482 = *Inst.*, 4, 16, 2. Paul, 5, 4, 9 : *injuriarum civiliter damnatus ejusque aestimationem inferre jussus famosus efficitur. Ibid.* 48, 19, 20. *Dig.*, 47, 10, 7 *pr.* l. 42. *Cod.*, 2, 14, 5, c. 18. Cet effet se produit même en cas d'injure commise vis-à-vis d'un esclave (*Cod.*, 2, 14, 40). Il n'y a pas lieu de croire que cette règle ne s'appliquait pas à l'action de la loi Cornélia. L'expression *damnum cum infamia* (*Dig.*, 48, 19, 8, *pr.*) convient à l'action d'injure comme au *furtum*. — Exclusion de l'ordre des décurions pour cause d'injures graves : *Dig.*, 47, 10, 40.

(5) *Dig.*, 2, 14, 27, 4. Lorsqu'un esclave est convaincu d'injure, on doit tenter, en le soumettant à la correction devant le tribunal, c'est-à-dire par voie de coercition du magistrat, de déterminer le demandeur à renoncer à poursuivre la condamnation *Dig.*, 47, 10, 47, 6).

d'une indemnité pécuniaire (1). — Celui qui intente l'action d'injure par esprit de chicane ne tombe pas en droit sous le coup de l'action criminelle de *calumnia*, mais est puni avec une rigueur analogue (2).

En cas de complicité, chaque coupable est tenu de payer le montant intégral de l'amende (3). — Si l'injure est commise par un esclave, celui-ci est soumis aux règles de la *noxa* (4).

La mort du coupable éteint l'action (5).

(806) La tendance à diminuer le plus possible les actions d'injure ne s'est pas seulement fait sentir dans les règles restrictives pour l'admission à l'action, on la voit percer aussi dans les règles qui régissent le fonctionnement même de cette action. Le préteur exigeait pour délivrer son instruction au jury qu'on groupât les injures connexes (6) et qu'on désignât d'une manière précise l'injure pour laquelle on agissait (7). On permettait au demandeur de déférer le serment au défendeur (8); en outre, l'action était refusée en cas de pardon, même si celui-ci ne se manifestait que tacitement (9). Elle était encore refusée aux héritiers de l'offensé, à moins que ce dernier ne l'eût déjà conduite jusqu'à la *litis contestatio* (10). Dans l'action prétorienne d'injure, mais dans ce cas seulement, le demandeur

(1) *Dig.*, 3, 2, 1 (cpr., 2, 14, 27, 4). *Cod.*, 2, 11, 18. Cpr. III p. 147 n. 4.

(2) *Il.*, p. 187. Paul, 5, 4, 11 : *exilii vel insulae relegatione aut ordinis amissione. Dig.*, 47, 10, 43 : *qui injuriarum actionem per calumniam instituit, extra ordinem damnatur, id est exilium aut relegationem aut ordinis amotionem patitur.*

(3) *Dig.*, 47, 10, 34.

(4) *Dig.*, 47, 10, 17, 4. 7. cpr. 36.

(5) *Dig.*, 2, 11, 10, 2. 47, 10, 1, 3 pr. 1. 15, 14.

(6) *Dig.*, 47, 10, 7, 5.

(7) Gaius, 4, 60. *Coll.*, 2, 6. Quintilien, 6, 3, 83 (texte en apparence défectueux) : *colaphum tibi ducam et [excipiam, si] formulam scribes, quod caput durum habeas.*

(8) *Dig.*, 47, 10, 5, 8. *Cod.*, 2, 10, 18.

(9) *Dig.*, 47, 10, 11, 1.

(10) *Dig.*, 2, 11, 10, 2. 47, 1, 1, 1. tit. 40, 13, pr. 1. 15, 14, 1. 28. Cette règle n'est pas plus dans la logique du droit que celle d'après laquelle, en cas d'injure commise vis-à-vis d'un esclave appartenant à plusieurs propriétaires, ceux-ci n'ont l'action d'injure que proportionnellement à leur part de propriété (*Dig.*, 47, 10, 15, 49. 1. 16).

qui succombait était frappé dans l'action contraire (*judicium contrarium*) d'une amende du dixième de la somme qu'il avait réclamée (1). L'*actio injuriarum* était soumise au bref délai prétorien de prescription (2), bien qu'on put presque avec autant de raison que pour l'*actio furti manifesti* la rattacher à la loi des XII Tables. On facilitait aussi, pour le cas de condamnation, les moyens d'écarter l'infamie qui en résultait en droit (3).

Dans la dernière période, le délit d'injure a été traité comme celui du *furtum* : l'action privée reste possible, mais, dans de nombreux cas, on voit fonctionner une procédure pénale publique, toujours appelée extraordinaire malgré la fréquence de ses applications, et qui se présente (4) au fond comme une action pour injures qualifiées (5). Abstraction faite de la profanation d'église et du blasphème (II p. 307), il en est surtout ainsi (807) lorsque l'injure est commise contre un magistrat (6) ou dans un écrit remis à une autorité, notamment lorsqu'elle est dirigée

(1) Gaius, 4, 118.

(2) *Cod.*, 9, 35, 5. *Cpr. Dig.*, 47, 10, 17, 6.

(3) Il est surprenant que le défendeur ait pu dans l'action privée échapper à l'infamie en se faisant représenter (*Dig.*, 3, 2, 6, 2, 37, 15, 2, *pr.*) ; car, en autorisant la représentation dans ce cas, on rendait la peine de l'infamie illusoire pour toutes les personnes qui étaient en état de rétribuer un représentant. Mais ce résultat a vraisemblablement été voulu ; car on aurait difficilement pu assurer ici efficacement les conséquences de l'infamie.

(4) Par rapport à la contestation de liberté, Dioclétien (*Cod.*, 7, 16, 31) distingue sous les noms d'*injuria* et de *calumnia* le délit privé et le délit public : *si tibi servitutis improbe moveatur quaestio, sollemnibus ordinatis de calumnia vel injuria, prout vindictae viam elegeris... sententiam postulare potes*. On ne peut pas en conclure à un usage ferme du langage ; *calumnia* est ici employé dans son sens large. (II p. 180 n 3).

(5) *Inst.*, 4, 4, 10 : *in summa sciendum est de omni injuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civiliter : et si quidem civiliter agatur, aestimatione facta... poena imponitur ; sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria poena reo irrogatur*. Hermogénien, *Dig.*, 47, 10, 45 : *de injuria nunc extra ordinem ex causa et persona statui solet*.

(6) *Dig.*, 47, 10, 13, 30 : (*Papinianus*) ait eum, qui eventum sententiae velut daturus pecuniam vendidit, fustibus a praeside ob hoc castigatum injuriarum damnatum videri. L'infamie peut donc avoir aussi lieu en cas de procédure criminelle.

dans l'acte d'appel contre le juge de première instance (1). Cette procédure se rencontre aussi, lorsque l'action privée n'est pas possible ou ne donnerait pas de résultat, par exemple, lorsque ce délit a été commis par une personne de basse condition sans fortune (2) ou par un esclave dont le maître est absent (3). Font encore l'objet d'une répression criminelle, parmi les cas d'injure précédemment cités, l'offense commise par des enfants vis-à-vis de leurs parents (4), la contestation de la liberté d'autrui (III p. 103 n. 5), la perturbation de la paix conjugale (III p. 104 n. 2), la violation du domicile (III p. 103 n. 2), la détérioration des aqueducs et autres délits semblables (III p. 105 n. 4), le fait de déterminer l'esclave à fuir dans un lieu d'asile (III p. 108 n. 1) et en général toutes les fois qu'il y a scandale public (III p. 108 n. 4), ainsi que le prouve notamment le classement à cette époque de la chanson diffamatoire parmi les cas d'application de cette procédure (III p. 114 n. 3). On réprime aussi de la même manière au criminel, par analogie avec la *calumnia* de la procédure publique, le fait d'intenter l'action d'injure par esprit de chicane (III p. 120 n. 2). L'*injuria atrox* du vieux droit n'apparaît pas comme telle dans ces différents cas, auxquels il n'est d'ailleurs fait allusion qu'incidemment. Dans le droit de Justinien, l'action criminelle d'injure est permise d'une manière générale à côté de l'action privée (III p. 121 n. 5), c'est-à-dire qu'on laisse dans chaque cas au magistrat la faculté de se servir de cette procédure criminelle. Même, lorsque l'autorité compétente ne punit pas à raison d'une connaissance propre qu'elle a eue du délit, mais en vertu d'une dénonciation, la procédure est le plus souvent

(1) Paul, 5, 4, 18 = *Dig.*, 47, 10, 42 : *convicium judici ab appellatoribus fieri non oportet; alioquin infamia notantur*. Paul, 5, 35, 3. *Dig.*, 49, 1, 8. La mention spéciale de l'infamie s'explique ici par ce fait que la répression a lieu dans ce cas en dehors de tout procès formel.

(2) *Dig.*, 47, 10, 35.

(3) *Dig.*, 47, 10, 9, 3.

(4) *Dig.*, 37, 15, 1, 2 : *si filius matrem aut patrem... contumeliis adficit vel impias manus eis infert, praefectus urbis delictum ad publicam pietatem pertinens pro modo ejus vindicat*. *Cod.*, 8, 46, 4.

sommaire ; l'accusation en forme n'est pas impossible ici (1), mais elle y est rare. Abstraction faite de l'écrit diffamatoire anonyme, la peine se restreint ordinairement, pour les personnes des meilleures classes, au bannissement à temps, ou, (808) dans certains cas, à l'interdiction d'une profession (2) ; pour les petites gens, à la correction (3) ; pour les esclaves, à la fustigation (4). Il y a cependant eu aussi des condamnations plus sévères (5).

(1) En effet, une constitution de l'empereur Zénon (*Cod.*, 9, 35, 41 ; *Inst.*, 4, 4, 10) donne aux personnes de la première classe, qu'elles soient de-manderesses ou défenderesses, le droit de se nommer, dans l'action criminelle d'injure, des *procuratores*.

(2) *Dig.*, 47, 10, 45.

(3) *Dig.*, 1, 12, 1, 40. tit. 16, 9, 3. 47, 40, 15, 30. l. 45.

(4) Paul, 5, 4, 22 : *servus... flagellis caesus sub poena vinculorum tempora-lium domino restituitur*. *Dig.*, 47, 10, 9, 3. l. 45.

(5) Contre celui qui s'introduit furtivement dans une demeure : *exilium aut metallum aut opus publicum* : Paul, 5, 4, 8. Contre des esclaves et des affranchis, coupables d'injures graves, la peine du travail dans les mines : Paul, 5, 4, 22. *Dig.*, 1, 12, 1, 10. — On trouve aussi par contre une simple remontrance : *Dig.*, 1, 12, 1, 40. tit. 16, 9, 3.