XIII

FAVORINUS ET LA LOI DES XII TABLES

PAR Mlle MICHÈLE DUCOS
Professeur à l'Université de Nancy II
B. P. 33-97. 54015 Nancy, Cedex

SOMMAIRE. — *La discussion sur la* **loi des XII Tables** *qui réunit* **Favorinus d'Arles** *et le juriste* **Sex. Caecilius Africanus** (Nuits attiques, *XX*, 1), *reproduit des débats contemporains, comme le montrent les arguments des deux interlocuteurs, et s'inscrit plus largement dans les préoccupations d'une époque où l'on affirme que les* **lois** *doivent changer et se modifier. Cette conception nouvelle est liée à l'évolution des* **institutions**.

EPITOME. — *In hac disputatione ubi Fauorinus philosophus et Sex. Caecilius Africanus iurisconsultus de XII Tabulis disserunt, Gellius (Noct. Att. XX, 1) suae aetatis controuersias refert. Ex utriusque partis argumentis apparet homines tunc leges mutabiles esse putare. Quae opinio ex noua institutorum forma nascitur.*

Les *Nuits attiques* ne nous apportent pas seulement des renseignements précieux concernant les formules juridiques anciennes ou les termes archaïques qui suscitent la curiosité du grammairien, elles révèlent également un indéniable intérêt pour la philosophie du droit : Aulu-Gelle s'interroge sur la signification du châtiment (VII, 14) ou examine la peine prévue en matière de vol dans différentes législations (XI, 18). Ces deux tendances ne s'excluent d'ailleurs pas, comme le montre la discussion sur la loi des XII Tables qui ouvre le livre XX : elle met en scène Favorinus d'Arles, le « philosophe Favorinus » qui apparaît très souvent dans les *Nuits attiques*, et un juriste, Sex. Caecilius Africanus « renommé pour sa science, son expérience et son autorité en droit »[1]. Le premier insiste sur les défauts du code décemviral, qui lui paraît dépourvu de logique et de mesure, le second montre, au contraire, comment on peut en découvrir la valeur. L'intérêt de ce débat *in utramque partem* réside d'abord dans les deux personnages qui y prennent part, et dans leurs arguments ; plus largement, il s'inscrit dans une tradition qui cherche à définir la portée et la signification des XII Tables : à la fin de la République, la réflexion sur le droit

1. XX, 1, 1 : *Sextus Caecilius in disciplina iuris atque in legibus populi Romani noscendis interpretandisque scientia, usu auctoritateque inlustris fuit.* L'identification de ce personnage qu'Aulu-Gelle nomme simplement Sextus Caecilius, ne fait plus de doute aujourd'hui : voir F. CASAVOLA, *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio*, in *Giuristi Adrianei*, Naples, 1980, p. 77-105 ; A. M. HONORÉ, *Julian's circle*, dans *Tijdschrift voor Rechtsgeschiednis*, 32, 1964, p. 1-44.

s'appuie souvent sur elles et les prend pour exemple[2]. Les paroles de Favorinus et d'Africanus nous permettent ainsi de mesurer l'évolution, ou la continuité, d'une problématique, de préciser les préoccupations d'une époque ; en un mot, elles nous invitent à dégager quelques tendances dans la conception du droit au siècle des Antonins[3].

Il peut paraître surprenant que la loi des XII Tables retienne encore l'attention, plus de six siècles après sa rédaction, alors que sa place dans le droit contemporain reste des plus réduites. Mais on constate, au second siècle de notre ère, un regain d'intérêt pour le code ; il ne se réduit sans doute pas à une manifestation du goût archaïsant qui s'exprime en littérature[4]. Dans son *Manuel*, Pomponius, qui écrit sous le règne d'Hadrien, examine l'origine et le développement du droit et montre l'importance des XII Tables, fondement du *ius ciuile*[5]. Peu après lui, Gaius, qui se réfère souvent au droit le plus ancien dans les *Institutes*, écrit un commentaire des XII Tables dont nous avons conservé quelques fragments. Il s'y efforçait sans doute de saisir une évolution historique dans sa totalité et sa continuité, comme le suggère la préface de l'ouvrage où l'auteur manifeste l'intention de faire partir son enquête des origines de Rome[6]. Nous savons aussi qu'il avait rapproché certaines dispositions du code décemviral et les lois de Solon. Ce parallèle révèle au moins une curiosité indéniable pour toutes les législations archaïques. L'œuvre constitutionnelle d'Hadrien n'y a probablement pas été étrangère : l'empereur avait en effet donné des lois à Athènes en s'inspirant des lois de Solon et de Dracon[7] ; et ces

2. M. Ducos, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris, Belles Lettres, 1984, p. 178-182.

3. Cette approche est déjà celle de F. Casavola, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d. C.* : *il senso del passato, Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, 15, Berlin, 1976, p. 131-175 (= *Giuristi Adrianei*, p. 1-73) qui s'efforce de montrer l'accord entre ce passage et les préoccupations des juristes, mais en procédant à des rapprochements un peu rapides et, surtout, en négligeant complètement l'apport de la littérature, qui permet pourtant de mieux dégager les problèmes essentiels ; voir aussi l'important ouvrage de D. Noerr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, Munich, 1974 et aussi le travail, souvent discutable dans ses méthodes et ses conclusions, de V. Scarano-Ussani, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Naples, 1979.

4. R. Marache, *La critique littéraire de langue latine et le développement du goût archaïsant au second siècle de notre ère*, Rennes, 1952.

5. *D.*, I, 2, 2, 6.

6. *D.*, I, 2, 1 : *Facturum legum uetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimaui, non quia uelim uerbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animaduerto id perfectum esse quod ex omnibus suis partibus constaret... Quanto magis interpretationem promittentibus inconueniens erit omissis initiis atque origine non repetita atque illotis ut ita dixerim manibus protinus materiam interpretationis tractare?* Sur ce passage et, d'une façon générale, sur le sens de l'histoire dont font preuve les juristes romains, voir C. A. Maschi, *Il diritto romano nella prospettiva storica della giurisprudenza romana*, Milan, 1957.

7. On lit en effet dans la *Chronique* de saint Jérôme (*ad Eus. Chron.* 198 H) : *Atheniensibus leges petentibus ex Draconis Solonis reliquorumque libris* ; voir S. Follet, *Athènes au second et au troisième siècle de notre ère*, Paris, Belles Lettres, 1975, p. 118 ; sur les rapprochements que Gaius établit entre le code décemviral et les lois grecques, voir M. Ducos, *L'influence grecque sur la loi des Douze Tables*, Paris, P. U. F., 1978.

mesures avaient pu attirer de nouveau l'attention sur les législateurs grecs, inviter à confronter leur œuvre avec celle des décemvirs.

Ce droit comparé permettait d'abord aux écrivains romains d'affirmer l'originalité de leur cité. En parlant de la *patria potestas*, Gaius rappelle que « ce droit est propre aux citoyens romains ; il n'y a pratiquement pas d'autres hommes qui aient sur leurs fils une puissance comparable à la nôtre. C'est ce qui est déclaré dans un édit que le divin Hadrien a rendu au sujet de ceux qui lui demandaient la citoyenneté romaine pour eux-mêmes et leurs enfants. Et il ne m'échappe pas que les Galates croient que leurs enfants sont sous la puissance de leurs pères »[8]. Cette attitude conduisait ensuite à souligner la supériorité des lois romaines : Aulu-Gelle s'attache aux différentes dispositions sur le vol et confronte les lois de Solon et de Dracon, le code décemviral, les lois égyptiennes, qu'il tire des livres de Titius Aristo, un juriste contemporain de Pline le Jeune, et les usages lacédémoniens pour conclure en définitive que les XII Tables bannissent tout excès dans la rigueur comme dans l'indulgence[9]. Pourtant ce type de réflexion apparaît à peine dans le passage qui nous occupe : il est très discrètement suggéré dans les premières lignes puisque Sex. Caecilius Africanus insiste sur l'élégance et la concision des XII Tables « après avoir examiné et étudié les lois de nombreuses cités »[10]. Peut-être en reste-t-il un écho très affaibli dans son analyse des dispositions sur le *furtum* puisque le juriste fait systématiquement ressortir leur manque de dureté[11].

Mais l'essentiel du débat porte sur cette dernière question. Favorinus en effet refuse toute *elegantia* au code décemviral et dénonce son obscurité, son manque de logique, son manque de mesure qui se traduit dans une sévérité ou une douceur excessives et hors de propos[12]. Par là, il remet en question l'opinion commune qui affirmait l'éminente qualité de ces lois. Cette volonté d'examen critique révèle assurément l'influence de la Nouvelle Académie, à laquelle se rattachait Favorinus[13].

8. *Institutes* I, 55 : *Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreauimus. Quod ius proprium ciuium Romanorum est : fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus. Idque diui Hadriani edicto quod proposuit de his qui sibi liberisque suis ab eo ciuitatem Romanam petebant, significatur. Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestatem parentum liberos esse.*

9. *Nuits atliques* XI, 18, 6 : *Decemuiri nostri* (...) *neque pari seueritate in poeniendis omnium generum fraudes neque remissa nimis lenitate usi sunt.*

10. XX, 1, 4 : *Eas leges cum Sex. Caecilius, inquisitis exploratisque multarum urbium legibus, eleganti atque absoluta breuitate uerborum scriptas diceret...*

11. XX, 1, 7-8 : *Nisi duram esse legem putas* (...) *quae furem manifestum ei cui furtum factum est in seruitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit. Dic enim, quaeso, dic, uir sapientiae studiosissime, an* (...) *furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam uiolentiam non dignam esse capitis poena existumes?*

12. XX, 1, 4 : *Sed quaedam istic esse animaduertuntur aut obscurissima* ⟨*aut durissima*⟩ *aut lenia contra nimis et remissa aut nequaquam, ut scriptum est, consistentia.*

13. Voir A. Barigazzi, *Favorino di Arelate. Opere*, Florence, 1966, p. 22-25, et, surtout, J. Glucker, *Antiochus and the Late Academy*, Hypomnemata ,vol. 56, Göttingen, 1978, p. 280-293. Dans notre discussion, Africanus prie Favorinus de sortir du champ des discussions acadé-

Cette influence générale se retrouve-t-elle dans le détail de l'argumentation? Bien sûr, il s'agit de « poser des questions plutôt que de les résoudre », mais Favorinus les pose-t-il en philosophe pour montrer que la justice n'existe pas, comme dans le livre III du *De re publica*, ou pour conclure à un accord entre les philosophes et les législateurs? Il n'en est rien. La notion de justice n'apparaît qu'implicitement mais n'est pas vraiment mentionnée ou analysée. La seule argumentation philosophique concerne le talion : les XII Tables prévoyaient en effet d'y recourir en l'absence de composition entre les deux parties, lorsque des coups et des blessures avaient entraîné une incapacité permanente [14]. Favorinus attaque cette disposition en affirmant que son application stricte est impossible parce que la victime ne peut infliger à son agresseur une blessure exactement identique à celle qu'elle a reçue [15]. Dans cette critique d'une égalité irréalisable en pratique, d'un absolu impossible à atteindre, il faut voir un écho du scepticisme académique qui insistait précisément sur ce point. Favorinus va même plus loin ; il imagine une série d'applications en chaîne du talion qui se poursuivraient sans fin parce que les blessures ne seraient jamais identiques : l'agresseur se retournerait contre la victime, qui se retournerait une seconde fois contre l'agresseur... [16]. Favorinus ne mentionne pas les conséquences ultimes de son raisonnement mais l'extension à l'infini de cette *reciprocatio talionum* entraîne de toute évidence la disparition de la justice, transforme la vie sociale en un combat incessant, alors que le droit est censé mettre un terme à une vengeance privée et sans limites, et aboutit finalement à la destruction de la société. Bien loin d'être juste, la loi est ainsi source de conflits sans fin.

Mais le raisonnement de Favorinus s'arrête là ; pour le reste, ses objections ne sont pas vraiment celles que ferait un philosophe mais un ignorant. Elles ne s'adaptent pas vraiment à ce que nous savons de l'érudit, féru de langue archaïque, que les *Nuits attiques* nous font voir. Quand il souligne la dureté d'une loi qui envoie un malade ou un vieillard à la mort, en lui imposant de monter sur une bête de somme pour se faire entendre en justice, son argumentation est sans force puisqu'elle repose sur une interprétation erronée de *morbus* et de *iumentum*, comme

miques (21) et Favorinus lui-même rappelle que sa secte l'amène à poser des questions, plutôt qu'à décider (9).

14. Table VIII, 2 : *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.*

15. XX, 1, 15 : *Praeter enim ulciscendi acerbitatem ne procedere quoque executio iustae talionis potest. Nam cui membrum ab alio ruptum est, si ipsi itidem rumpere per talionem uelit, quaero an efficere possit rumpendi pariter membri aequilibrium.*

16. XX, 1, 18 : *Quin etiam, si quid plus aliterue commissum, res fiet ridiculae atrocitatis ut contraria actio mutuae talionis oriatur et adolescat infinita quaedam reciprocatio talionum.* Ce procédé de raisonnement s'apparente sans doute aux procédés des sceptiques, sans vraiment se confondre avec la régression à l'infini ; mais il ne surprend pas chez Favorinus qui s'intéressait vivement à ces questions et avait écrit un ouvrage sur les tropes pyrrhoniens (Aulu-Gelle, XI, 5, 5 ; Diogène Laerce, IX, 87).

Africanus n'a pas de peine à le lui expliquer[17]. Même aveuglement en ce qui concerne la disposition sur l'*iniuria* : pour cette atteinte à autrui le code prévoyait une amende de vingt-cinq as, ce qui était une somme importante en 450 et que des dévaluations avaient considérablement amoindrie au cours du temps[18]. Mais Favorinus l'ignore (ou veut l'ignorer) et préfère rapporter l'anecdote de L. Veratius, déjà citée dans le commentaire de Labeo : il avait pour distraction de gifler tous les gens qu'il rencontrait et un esclave le suivait pour payer vingt-cinq as, conformément à la loi, à la victime de ce passe-temps[19] ! Mais ce récit ne permet pas de démontrer la douceur de la loi ; il laisse tout simplement voir qu'elle a vieilli et qu'on peut s'amuser en la prenant au pied de la lettre.

Les critiques de Favorinus restent ainsi superficielles : il ne pose pas vraiment le problème de la loi et de la justice et ne fait que reproduire les arguments les plus courants de son temps. Son insistance sur l'ancienneté et l'obscurité de la loi n'est pas sans rappeler le juriste qui apparaît dans un autre passage des *Nuits attiques* : il ne sait pas expliquer le sens de *proletarius* parce que « le droit des Faunus et des Aborigènes » et « toute cette antiquité des XII Tables » ne l'intéressent pas[20]. L'attitude de Favorinus est en somme identique. Il se fait aussi l'écho des discussions juridiques de son temps : il reproche au talion de ne pas faire de différence entre blessure volontaire et blessure commise par imprudence, en ignorant d'ailleurs que ce cas était prévu dans les XII Tables ; et ce débat était sans doute d'actualité puisqu'un rescrit d'Hadrien avait disposé de distinguer soigneusement les cas d'homicide volontaire et involontaire[21]. Il n'est pas jusqu'à l'argument de la désuétude qui ne traduise aussi des préoccupations contempo-

17. XX, 1, 11 : *Si homo, in ius uocatus, morbo aut aetate aeger ad ingrediendum inualidus est, 'arcera non sternitur', sed ipse aufertur et iumento imponitur atque ex domo sua ad praetorem noua funeris facie effertur.* 1, 27-28 : *Nam morbus in ista lege non febriculosus neque nimium grauis sed uitium aliquod imbecillitatis atque inualentiae demonstratur, non periculum uitae ostenditur... Iumentum quoque non id solum significat quod nunc dicitur, sed uectabulum etiam quod a iunctis pecoribus trahebatur.* Favorinus et Africanus commentent ici les dispositions de la Table I, 3.

18. XX, 1, 12 : ... *nonne tibi quoque uidetur nimis esse dilutum quod ita de iniuria poenienda scriptum est : 'Si iniuriam alteri farsit, uiginti quinque aeris poenae sunto'? Quis enim erit tam inops quem ab iniuriae faciendae libidine uiginti asses deterreant?* Et Africanus répond (31) : *haec ipsa paucitas assium graue pondus aeris fuit.*

19. XX, 1, 13 : Il est très probable que le commentaire de M. Antistius Labeo sur la loi des XII Tables, écrit à l'époque augustéenne, ait été largement utilisé bien qu'il ne soit cité qu'une seule fois dans le chapitre. Ce passage a souvent été analysé par les juristes pour préciser la date d'apparition des édits prétoriens (A. Watson, *Law-making in the Later Roman Republic*, Oxford, 1974, p. 46-47) mais les éléments qu'il apporte sont-ils suffisants pour dater cette anecdote de la fin du troisième siècle?

20. XVI, 10, 7-8 : *Ego uero dicere atque interpretari hoc deberem, si ius Faunorum et Aboriginum didicissem. Sed... cum omnis illa Duodecim Tabularum antiquitas consopita sit, studium scientiamque ego praestare debeo iuris et legum uocumque earum quibus utimur.*

21. D., XLVIII, 8, 1-3 ; voir F. Casalova, *Cultura e scienza giuridica...*, in *Giuristi Adrianei*, p. 28-42 ; ajoutons que la distinction entre blessures volontaires et blessures par imprudence figure déjà dans les XII Tables (VIII, 24) et même les « lois royales ».

raines : pour Favorinus, le peuple qui a laissé le code décemviral mourir de vieillesse, est un bon juge et le *tacitus consensus populi* qui fait disparaître les lois est parfois mentionné par Aulu-Gelle lui-même[22]. On peut difficilement s'empêcher de rapprocher ces remarques du fameux texte de Julien sur la coutume qui figure au *Digeste* : « La coutume invétérée est non sans raison regardée comme loi... C'est pourquoi il a été admis très justement que les lois sont abrogées non seulement par le vote du législateur, mais aussi par désuétude grâce au consentement tacite général »[23]. Ce passage soulève bien des difficultés et présente sans aucun doute de nombreuses traces d'interpolation ; mais sa parenté avec les textes littéraires peut aussi faire penser qu'il témoigne d'une préoccupation qui apparaîtrait dès l'époque de Julien et le règne d'Hadrien, mais serait d'abord une constatation avant de devenir plus tard une règle de droit.

En ce sens, Favorinus reste un porte-parole de son temps, plus qu'une personnalité très affirmée[24]. En représentant la période archaïque comme un monde rude, un monde violent qui s'oppose à la société plus policée de son époque, il exprime une conception courante. Cette idée trouve en effet bien des échos : chez Gaius d'abord qui n'hésite pas à souligner la rigueur excessive des actions de la loi et le manque de justice du droit ancien. Et la *quaestio lance et licio* lui paraît ridicule[25]. Cette attitude n'est pas moins fréquente dans les *Annales* de Tacite : l'historien donne souvent la parole à des personnages qui insistent sur la dureté du droit ancien. Qu'il s'agisse de choisir un *flamen dialis* ou de savoir si les gouverneurs de province peuvent se faire accompagner

22. XX, 1, 10 : *Sed non leuis existimator neque aspernabilis est populus Romanus cui delicta quidem istaec uindicanda, poenae tamen huiuscemodi nimis durae esse uisae sunt; passus enim est leges istas de tam immodico supplicio situ atque senio emori.* L'argument de la désuétude est exprimé à plusieurs reprises sous une forme encore plus nette puisque le consentement tacite du peuple y est expressément mentionné : XII, 13, 5 : *legum ipsarum iussa consensu tacito oblitterantur* ; XI, 18, 4 : *Eius igitur leges (...) non decreto iussoque set tacito inlitteratoque Atheniensium consensu oblitteratae sunt* ; voir aussi XVI, 10, 8.

23. *D.*, I, 3, 32 : *Inueterata consuetudo pro lege non immerito custoditur. (...) Quare rectissime etiam illud receptum est ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* Sur cette question, voir J. Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1979, p. 122-127, où l'on trouvera l'essentiel de la bibliographie ; D. Noerr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie, Fest. Felgenträger*, Göttingen, 1969, p. 352-366 et L. Bove, *La consuetudine in diritto romano*, I, Naples, 1971, qui insistent sur l'existence d'une théorie de la coutume dès la jurisprudence classique.

24. Comme le suggère A. Barigazzi, *op. cit.*, p. 121 et 134, en soulignant que Favorinus sert d'interprète. Cette remarque invite à s'interroger sur l'authenticité de ce débat (cf. M. Talamanca, *Per la storia della giurisprudenza romana*, dans *B. I. D. R.*, 80, 1977, p. 195-345 qui reproche à F. Casavola d'avoir ignoré ce problème) : même s'il n'est pas un témoignage fidèle des paroles de Favorinus, les rapprochements que l'on peut faire avec les textes contemporains montrent qu'il reproduit des préoccupations d'actualité et, en ce sens, il reste authentique.

25. *Inst.*, III, 19, 3 ; voir aussi III, 18 ; III, 39 ; IV, 30 ; cf. D. Noerr, *Rechtskritik*, p. 92-102.

par leurs femmes, tout est prétexte à évoquer la rudesse antique ou une *horrida antiquitas* qu'il faut abandonner[26].

A ces arguments courants, Sex. Caecilius Africanus n'a pas de peine à répondre. Il peut aisément répliquer que la dureté du droit n'est qu'apparente et existe seulement pour celui qui n'essaie pas de comprendre la loi, ignore la signification de ses termes et ne la replace pas dans son temps. Plus délicate est l'argumentation en ce qui concerne le talion : le juriste ne peut pas détruire le raisonnement de Favorinus en démontrant que l'égalité absolue peut être réalisée. Mais il rappelle que son emploi restait des plus limités et, surtout, affirme que cette disposition constitue une menace et un avertissement permettant de lutter contre la violence[27]. Il veut par là saisir la portée véritable de la règle légale, en définir l'intention. La même méthode est appliquée à une disposition, beaucoup plus difficile à justifier, dans la Table III : elle concerne le débiteur insolvable ; lorsqu'il est incapable de s'acquitter de sa dette, après jugement et un délai de trente jours, il reste pendant soixante jours entre les mains de son créancier qui doit le conduire au forum et faire annoncer publiquement sa situation pendant trois marchés successifs ; ensuite, si la dette n'est toujours pas remboursée, le débiteur est puni de mort et la loi ajoute ces détails atroces : *partes secanto. Si plus minusue secuerunt, se fraude esto*[28]. Quelle que soit la portée exacte de cette disposition, qui a suscité de nombreuses interprétations, elle était prise au pied de la lettre à l'époque qui nous occupe : nous en avons la confirmation par les témoignages de Quintilien et de Tertullien, qui s'accordent pour dénoncer la barbarie d'une telle mesure[29]. Africanus se trouve donc dans l'impossibilité d'en nier l'existence ou de lui donner une autre signification ; mais il rappelle qu'elle n'a jamais été appliquée : il en fait ainsi une menace qui doit être suffisamment impressionnante pour retenir les hommes dans le droit chemin et leur faire respecter la *fides* ; les décemvirs se sont donc fiés à l'effica-

26. *Ann.* III, 34, 2 : *respondit multa duritiae ueterum in melius et laetius mutata* ; IV, 16, 3 : *sicut Augustus quaedam ex illa horrida illa antiquitate ad praesentem usum flexisset.*

27. XX, 1, 34 : *Sed decemuiri minuere atque extinguere uolentes huiuscemodi uiolentiam pulsandi atque laedendi talione, eo quoque metu coercendos esse homines putauerunt...*

28. Table III, 5-6. Cette disposition a suscité maintes discussions : on a souvent refusé d'admettre que les anciens aient eu recours à un châtiment aussi rude, qui n'est d'ailleurs attesté par aucun texte ; *capite poenas dabant* n'impliquerait pas une mise à mort mais la perte des droits civiques, et l'on penche pour un partage des biens (mais qui apparaît à une date postérieure), des malédictions (H. Levy-Bruhl, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris, 1934), ou l'on s'efforce de donner une interprétation satisfaisante du texte (voir en dernier lieu, G. Mac Cormack, *Partes secanto*, dans *T. R.*, 36, 1968, p. 508-518). Notons cependant que le débiteur qui n'a pu trouver ni d'appui ni de caution au bout de trois mois, est un homme isolé, privé de soutiens familiaux et déjà abandonné de tous.

29. Quintilien, *Inst. orat.*, III, 6, 84 : *Sunt enim quaedam non laudabilia natura, sed iure concessa, ut in duodecim tabulis debitoris corpus inter creditores diuidi licuit, quam legem mos publicus repudiauit* ; Tertullien, *Apolog.* IV, 9 : *Sed et iudicatos retro in partes secari a creditoribus leges erant ; consensu tamen publico crudelitas postea erasa est.*

cité préventive d'une peine qu'ils ont rendue « épouvantable par l'horreur qui s'y montrait et redoutable par la terreur sans précédent qu'elle suscitait »[30]. Cette interprétation a une double portée : elle s'inscrit d'abord dans une tradition philosophique qui s'attache au droit pénal et à la puissance coercitive de la loi ; à la suite de Platon et d'Aristote, les écrivains romains ont précisé la valeur exemplaire des supplices éclatants et insisté sur leur force intimidatrice ainsi que sur leur caractère dissuasif[31]. Africanus, qui ne paraît pas avoir ignoré la philosophie[32], se réfère à cette tradition : il en modifie légèrement les données en l'appliquant à un châtiment auquel on n'a jamais eu recours, ce qui l'amène à accentuer l'épouvante qu'il fait naître sans ajouter la certitude de la punition, ce qui lui permet d'en accepter la barbarie tout en niant sa réalité. Il est en outre possible que cette interprétation ait été développée à l'époque d'Hadrien, comme le suggère un passage des *Sententiae Hadriani* où l'on insiste sur l'exemple que constitue la peine prévue pour les parricides[33]. En second lieu, l'analyse d'Africanus traduit la volonté de comprendre la signification véritable de la loi, de dégager la *ratio legis* et de découvrir l'intention du législateur. Cette méthode qui était au départ celle de la rhétorique et des débats sur l'équité[34], est également devenue celle des juristes. Elle apparaît très nettement chez les prudents du second siècle, notamment chez Celse qui faisait partie, comme Julien, du *consilium* d'Hadrien : à propos des crimes commis par les esclaves, *sciente domino*, ce dernier distingue le code décemviral, qui choisit l'abandon noxal, et la *lex Aquilia*, qui engage la responsabilité du maître ; il recherche le sens de ces deux lois et en précise l'intention : faire que les esclaves n'obéissent pas à leurs maîtres ou pardonner à l'esclave qui obéit à son maître[35]. Il s'efforce

30. XX, 1, 48 : *Sed eam capitis poenam sanciendae, sicuti dixi, fidei gratia horrificam atrocitatis ostentu nouisque terroribus metuendam reddiderunt.* (...) *Nihil profecto immitius, nihil immanius, nisi, ut re ipsa apparet, eo consilio tanta immanitas poenae denuntiatast, ne ad eam umquam peueniretur.*

31. M. Ducos, *Les Romains et la loi*, p. 363-368.

32. Il sait se référer à la philosophie et à la dialectique (*D.*, XXXV, 2, 88, pr.) ; voir P. Cerami, *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano* (*A proposito di D., 35, 2, 88, pr.*), dans *Iura*, 22, 1971, p. 127-137.

33. *Sententiae Hadriani*, in Goetz, *Corpus Glossariorum Latinorum*, vol. III, p. 390 : *ostendi enim exemplum poenae ut magis timeant tam nefarium opus operari.* Voir Casavola, *art. cit.*, p. 34-35, qui suggère pourtant que cette interprétation n'est pas l'essentiel à l'époque d'Hadrien. En outre, il n'est pas exclu que, dans cette réflexion sur les châtiments les plus rudes de la tradition romaine, intervienne la politique des empereurs qui les remettent en vigueur avec une sévérité excessive (cf. Suétone, *Domitien*, 8) et de manière discutable.

34. M. Ducos, *Les Romains et la loi*, p. 303-327.

35. *D.*, IX, 4, 2, 1 : *Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum.* (...) *Vtriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi uoluerit seruos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignouerit seruo, qui domino paruit, periturus si non fecisset.* F. Casavola, *art. cit.*, p. 34-35, insiste ici sur le sens de l'évolution historique dont fait preuve Celse ; pour la méthode de Celse, voir V. Scarano-Ussani, *Valori e storia*, p. 131, qui n'insiste pas sur la continuité, mais sur les ruptures du passé, et surtout tire de ce passage des conclusions peu convaincantes sur le scepticisme de Celse.

ainsi de comprendre un passé révolu et sans doute obscur. Cette volonté, largement répandue dans les deux écoles de juristes, paraît caractéristique de l'époque : elle se retrouve chez Plutarque. L'écrivain grec constate d'abord que toutes les lois n'obéissent pas à la raison : « Les Romains frappent d'un léger coup de baguette les esclaves qu'ils affranchissent. Rédigent-ils un testament? Ils désignent certaines personnes comme leurs héritiers et vendent leurs biens à d'autres, ce qui paraît illogique »[36]. Il attaque aussi les usages lacédémoniens et la fameuse loi de Solon qui punissait celui qui n'avait pas pris parti au cours d'une guerre civile ; mais ses critiques s'achèvent sur une conclusion moins sévère : « d'une manière générale, on pourrait citer mainte étrangeté dans les lois pour peu qu'on ignore la pensée profonde du législateur et la cause de chaque prescription ». Plutarque propose par là une méthode d'approche qui consiste à replacer chaque loi dans son contexte, à rechercher l'intention du législateur, à préciser l'esprit de la loi. Elle s'accorde parfaitement avec ce que nous avons rencontré chez Africanus et Celse ; les réserves mêmes que font sur elle Julien ou Neratius Priscus, en rappelant qu'elle a ses limites et ses dangers[37], confirment bien que cette méthode reste la plus courante.

Elle suppose en tout cas que les lois ne sont plus immédiatement comprises parce qu'elles ont vieilli, ne sont plus adaptées à une société et à des mœurs différentes. C'est ce qui ressort des propos de Favorinus mais c'est aussi ce que dit Africanus. En ce sens, les deux hommes sont d'accord et on ne peut pas vraiment parler de débat *in utramque partem* dans le passage qui nous occupe puisque c'est en somme la même thèse qui fonde l'argumentation des deux interlocuteurs. Cette approche nous explique que les XII Tables soient uniquement présentées comme le produit d'une société, le reflet d'un passé révolu. Elles ne sont plus la « source de tout le droit public et privé », elles n'expriment plus les principes fondamentaux de la cité, ne constituent plus sa sagesse[38]. Il n'y a pas la moindre allusion chez Aulu-Gelle à l'histoire du décemvirat ou à l'égalité qu'aurait réalisée le code : dépouillé des valeurs qu'il incarnait, privé de l'autorité qu'il en recevait, il se réduit à un ensemble de mesures dont l'intérêt n'est plus évident et que l'on peut

36. Plutarque, *De sera numinis uindictà*, 550 b.

37. Julien, *D.*, I, 3, 20 : *Non omnium quae a maioribus constituta sunt ratio reddi potest* ; Neratius Priscus, *D.*, I, 3, 21 : *Et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet : alioquin multa ex his quae certa sunt, subuertuntur*. Ce dernier passage est rapproché par D. Noerr, *Rechtskritik*, p. 142, de la *Vie d'Apollonios de Tyane* (VI, 20) où sont également soulignés les dangers d'une critique acerbe des vieilles croyances. F. Casavola, *art. cit.*, p. 53, V. Scarano-Ussani, *op. cit.*, p. 60, préfèrent insister sur le refus du scepticisme dont témoignerait cette affirmation ; ce dernier point doit être analysé avec précaution ; n'oublions pas que Neratius souligne aussi les dangers et les difficultés de l'analyse des faits bruts et les fréquentes erreurs que peut entraîner l'*interpretatio facti* (*D.*, XXII, 6, 2).

38. Tite-Live, III, 34, 6 ; voir *Les Romains et la loi*, p. 178-182.

critiquer. Cette interprétation qui constitue un changement radical par rapport à la république, s'insère plus largement dans la constatation que les lois changent et se renouvellent. En répondant à Favorinus, Africanus commence par énumérer toute une série de lois qui ont cessé d'être en vigueur : la loi agraire de Licinius Stolo, la loi Voconia, les lois somptuaires [39]. Au cours de l'histoire romaine, les lois se sont succédé pour s'adapter à des circonstances nouvelles et c'est pour le juriste un principe général : « Tu n'ignores pas que selon les usages de l'époque, les types de gouvernement, l'intérêt présent, le déchaînement des vices auxquels il faut remédier, les avantages offerts par les lois et les remèdes qu'elles apportent se transforment, se modifient et ne restent pas dans le même état, mais bien au contraire, comme l'aspect du ciel et de la mer, ils varient selon les hasards des circonstances et de la fortune » [40]. La comparaison, au demeurant très classique [41], avec les changements de la nature permet d'insister sur la contingence des lois : liées à un moment, à un état de la société, elles vieillissent et doivent être remplacées par d'autres mesures, tout aussi fragiles et caduques, mais qui conviennent mieux à l'intérêt présent. Il faut plier les lois au devenir de la cité ; Favorinus et Africanus sont d'accord sur ce point.

Cette affirmation rejoint les préoccupations d'une époque qui se montre convaincue que les lois peuvent et doivent évoluer. Une telle conception s'esquisse dès les lettres qu'échangent Pline le Jeune et Trajan, puisque l'empereur déclare que tel procédé ne convient plus à son temps [42] ; elle se manifeste dans toute sa force à la fin du second siècle : c'est en effet l'un des arguments utilisés par Tertullien dans son *Apologétique*, et il s'appuie certainement sur une opinion courante qu'il met au service de sa thèse [43]. Tacite enfin fait une large place à ces questions dans les *Annales* ; lorsque A. Caecina Severus veut interdire aux gouverneurs de se faire accompagner de leurs femmes, quand ils partent pour leurs provinces, Valerius Messalinus lui répond que la

39. XX, 1, 23 : *Quid salubrius uisum est rogatione illa Stolonis iugerum de numero illo praefinito? Quid utilius plebisscito Voconio de coercendis mulierum hereditatibus? Quid tam necessarium existimatum est propulsandae ciuium luxuriae quam lex Licinia et Fannia aliaeque item leges sumptuariae? Omnia tamen haec oblitterata et operta sunt ciuitatis opulentia quasi quibusdam fluctibus exaestuantis.* Cette brève énumération n'est pas sans rappeler la revue des lois somptuaires tombées dans l'oubli qui est l'œuvre d'Aulu-Gelle lui-même (II, 24).

40. XX, 1, 22 : *Non enim profecto ignoras legum oportunitates et medellas pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus ac pro utilitatum praesentium rationibus proque uitiorum quibus medendum est feruoribus mutari atque flecti neque uno statu consistere, quin ut facies caeli et maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus uarientur.*

41. Elle figure déjà dans le *Politique* de Platon (295 c) et c'est un argument qui permet de privilégier la science souple et éclairée du politique, et non la rigueur de la loi.

42. *Ep.*, X, 55 : *non est ex iustitia nostrorum temporum* ; X, 97 (98).

43. *Apolog.*, IV, 6-9 ; et le chapitre VI ; voir notamment IV, 7 : *Nonne et uos cottidie, experimentis inluminantibus tenebras antiquitatis, totam illam ueterem et squalentem siluam legum nouis principalium rescriptorum et edictorum securibus ruspatis et caeditis*

rudesse des temps antiques a été souvent adoucie et ajoute : « on avait approuvé autrefois la loi Oppia parce que la situation de la République l'exigeait ; on y avait apporté ensuite quelque relâchement et adoucissement parce que c'était utile »[44]. L'orateur associe par conséquent le changement des lois et l'intérêt présent ; il n'est pas le seul à faire cette réflexion : elle se retrouve dans la bouche de Tibère, et, surtout, dans celle de Claude et de son entourage où l'on répète qu'il faut adapter les lois et les usages à l'utilité du moment[45]. Tacite suggère assurément les dangers de ce renouvellement incessant : il ne constitue pas forcément un progrès dans le sens du bien, et repose sur des calculs qui ne sont pas toujours très nobles ; ce ne sont pas les personnages les plus respectables qui insistent sur cette idée mais un délateur comme Suillius ou un Vitellius[46]. Par là, l'historien montre les limites de cette utilité momentanée qui n'est sûrement pas le fondement le plus solide des lois, mais révèle en même temps qu'il connaît bien les débats de son temps. L'époque des Antonins n'est d'ailleurs pas le seul moment où l'on insistera sur le nécessaire changement des lois. Une telle conception annonce et prépare les interprétations du Bas-Empire, où ce thème sera largement développé. Il apparaît dans le début des *Institutes* de Justinien où les droits naturels, toujours fermes et immuables, sont opposés aux mesures établies par chaque cité, qui ont coutume d'être fréquemment modifiées. La même distinction figure dans la *Constitution Tanta* où seul ce qui est divin reste immuable tandis que la condition humaine, et avec elle les lois, est soumise à un changement incessant[47]. La théorie canonique de la loi ne lui attache pas moins d'importance, étant donné que la loi civile se définit par deux caractères : la mutabilité et la faillibilité ; saint Augustin n'affirme-t-il pas que la loi « temporelle » peut-être changée sans injustice[48]?

Il importe de mesurer combien cette approche diffère de l'interprétation républicaine. Bien sûr, l'évolution des lois n'était pas ignorée, mais l'accent était mis sur leur permanence, leur capacité de répondre à des situations nouvelles qui révélait leur valeur et faisait leur force,

44. *Ann.* III, 34, 4 : *Placuisse quondam Oppias leges, sic temporibus rei publicae postulantibus : remissum aliquid postea et mitigatum quia expedierit.*

45. IV, 16, 3 : *Ita medendum senatus decreto aut lege, sicut Augustus quaedam ex horrida illa antiquitate ad praesentem usum flexisset.* La notion d'intérêt présent, de temps nouveaux qui imposent des mesures nouvelles se retrouve à propos des honoraires des avocats (XI, 7) ,figure dans le discours de Claude en faveur des Gaulois (XI, 24, 7) ; voir les paroles de Vitellius (XII, 6, 3) : *Morem accommodari prout conducat, et fore hoc quoque in iis quae mox usurpentur.*

46. A. MICHEL, *Tacite et le destin de l'Empire*, Paris, Arthaud, 1966, p. 146-152.

47. *Inst. Iust.*, I, 2, 11 : *Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque seruantur, diuina quadam prouidentia constituta semper firma atque immutabilia permanent : ea uero, quae ipsa sibi quaeque ciuitas constituit, saepe mutari solent. Const. Tanta*, 18 : *Sed quia diuinae quidem res perfectissimae sunt, humani uero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura nouas deproperat)...*

48. *De libero arbitrio*, I, 6, 14-15 ; d'une manière générale, voir J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier...*, p. 184-185.

alors qu'un changement incessant affaiblissait l'autorité des lois[49]. On assiste donc à un bouleversement radical.

Assurément ce renversement de perspective n'est qu'un aspect d'une tendance plus générale qui, sous l'Empire, insiste sur la fuite du temps et les bouleversements qu'il apporte, souligne l'évolution et la décadence des mœurs ainsi que l'impossibilité d'un retour à la république. Sénèque ne déclare-t-il pas que la philosophie a dû forger de nouveaux arguments pour répondre aux mœurs nouvelles[50]? En ce sens, l'évolution de la cité n'est plus saisie dans sa continuité mais considérée comme une série d'instants discontinus et les lois doivent accompagner ce devenir en changeant continuellement. Pour expliquer la naissance de cette conception, il faut également faire une place à la politique des empereurs ; Hadrien, en particulier, s'efforce de modifier le droit dans le sens d'une plus grande justice et d'une plus grande humanité. Les *Institutes* de Gaius[51] et les commentaires du juriste ne le laissent pas moins voir que les propres décisions de l'empereur : dans une lettre adressée au préfet d'Égypte, Q. Ramnius Martialis, où il affirme les droits successoraux des enfants des soldats, il déclare en effet : « Je saisis volontiers les occasions d'interpréter plus humainement les décisions plus dures prises par les empereurs qui m'ont précédé »[52]. De telles décisions nous aident à comprendre comment on peut se représenter le passé le plus reculé comme un monde de violence qu'il faut oublier ou adoucir. Mais elles n'expliquent pas vraiment le changement incessant des lois.

L'évolution des institutions peut cependant apporter quelques éclaircissements : en effet, la *lex publica*, la loi votée par le peuple, déjà rare au premier siècle, disparaît après Nerva ; avec elle disparaissent sa forme solennelle, ses impératifs futurs, ses formules interdisant toute abrogation ou toute modification ultérieure[53]. A la place, se développent les constitutions impériales qui sont tout à fait différentes : elles regroupent en effet des édits, des jugements rendus par l'empereur (*decreta*), des instructions adressées aux gouverneurs de province (*mandata*) et des rescrits. Même si ces mesures durent plus

49. M. Ducos, *Les Romains et la loi*, p. 280-286.

50. *Ep.*, 95, 14 et surtout 32 : « Pour combattre une frénésie qui avait étendu partout son empire, la philosophie a dû se montrer plus active ; elle a proportionné ses forces aux forces accrues de l'ennemi contre lequel elle s'armait. »

51. *Inst.*, I, 82 ; III, 72 ; sur l'œuvre d'Hadrien, voir B. d'Orgeval, *L'empereur Hadrien, œuvre législative et administrative*, Paris, 1950. F. Casavola, *art. cit.*, p. 43-49, insiste sur le rôle de l'*humanitas* à cette époque.

52. *B. G. U.*, I, n. 140 ; *F. I. R. A.*, I, n. 78 : Ἥδιστα δὲ αὐτὸς προειέναι τὰς ἀφορμιὰς δι' ὧν τὸ αὐστηρότερον ὑπὸ τῶν πρὸ ἐμοῦ αὐτοκρατόρων σταθὲν φιλανθρωπότερον ἑρμηνεύω.

53. M. Ducos, *Les Romains et la loi*, p. 142-144 ; bien sûr de telles formules n'étaient pas respectées dans la pratique, mais elles traduisaient tout de même la volonté d'enraciner la loi dans la durée.

longtemps que le règne d'un empereur[54] ou reçoivent une portée générale, ni la durée ni la généralité ne font partie de leurs qualités premières et elles restent toujours susceptibles de modifications : elles dépendent en somme de la volonté des empereurs. Le nom de *leges* qui ne va pas tarder à être celui de ces ordonnances, s'applique par conséquent à des décisions particulières qui peuvent être facilement transformées. Privée de ses caractéristiques républicaines, puisque le vote du peuple a disparu, que sa permanence n'est plus assurée, que l'apparition des classes d'*honestiores* et d'*humiliores*[55] ne donne plus la même portée à l'idée d'égalité, la loi se transforme en une mesure révocable et changeante ; son autorité disparaît au profit de la volonté impériale.

La discussion sur la loi des XII Tables qui réunit Favorinus et Africanus se révèle donc d'une grande richesse : elle nous fait découvrir une époque qui s'intéresse au passé, le sait vieilli et inactuel, tout en cherchant à en comprendre la signification, comme le montrent les réflexions des juristes et des écrivains qui se rencontrent sur ce point. Elle fait voir comment se modifie l'interprétation du code décemviral à un moment où l'on insiste sur le nécessaire changement des mesures législatives et où se transforme la conception de la loi. L'époque des Antonins s'affirme ainsi comme une période aussi importante pour l'évolution des mentalités que pour celle des institutions, une période de transition où l'on se réfère encore à une *lex* mais qui ne s'insère plus dans une continuité, a perdu ses éléments caractéristiques et les valeurs qui lui donnaient son sens, tandis que se développent les constitutions impériales.

Cette rencontre entre des préoccupations nouvelles et les données de la tradition, donne enfin naissance à une réflexion sur le droit, qui s'esquissait peut-être au premier siècle mais dont l'œuvre de Pline le Jeune, d'Aulu-Gelle et, surtout, de Tacite montre l'importance et la complexité.

54. R. Orestano, *Gli editti imperiali. Contributo alla teoria della loro validità ed efficacia nel diritto romano*, Rome, 1937, voir aussi B. d'Orgeval, *op. cit.*, p. 53-58 ; M. Hammond, *The Antonine Monarchy*, Rome, 1959.

55. G. Cardascia, *L'apparition dans le droit des classes d' « honestiores » et d' « humiliores »*, dans *R. H. D.*, 28, 1950, p. 305-337, 461-485.