

MANUEL
DES
ANTIQUITÉS ROMAINES

XVII

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

I

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 PREMIER



PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMING, 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

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-SEPTIÈME

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 PREMIER



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

AVERTISSEMENT DU TRADUCTEUR

L'œuvre dont nous offrons aujourd'hui la traduction au public français comble une véritable lacune. Le Droit Pénal Romain n'avait jamais fait l'objet d'un traité d'ensemble comprenant tout à la fois l'organisation des tribunaux répressifs, la procédure criminelle, la théorie des délits et l'étude des peines et embrassant en même temps les délits publics et les délits privés. D'autre part, les traités généraux que nous possédons sur différentes de ces parties, étaient tous anciens et vieillis; les plus récents se plaçaient vers le milieu du XIX^e siècle (1). Comme le remarque Mommsen dans sa préface, jurisconsultes, historiens et philologues, sentaient en cette matière le besoin d'une œuvre générale et nouvelle. L'éminent érudit allemand n'hésita pas à partager entre la réalisation de ce travail et l'entreprise non moins considérable d'une nouvelle édition du code Théodosien les dernières années d'une verte vieillesse qu'une production littéraire remarquablement longue et abondante n'avait nullement affaiblie et n'avait au contraire que mieux préparée à l'exécution de ce double projet. Il fallait, en effet, pour

1. Geib, *Geschichte des römischen Criminalprozesses*, 1842; Rein, *Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, 1844; Zumpt, *Criminalrecht der römischen Republik*, 2 tomes en 4 vol., 1865-1869; *Criminalrecht der römischen Republik*, 1871.

répondre aux exigences de tous dans le domaine du droit pénal, réunir les connaissances du juriconsulte, de l'historien et du philologue ; or Mommsen les possédait toutes à un degré rare. Conçu et exécuté par un tel savant, le livre ne pouvait être qu'une œuvre magistrale appelée à une grande renommée et à un long avenir. Les espérances n'ont pas été déçues et tous les juges compétents s'accordent à reconnaître que l'édifice construit est « solide comme le granit (1). »

Rappeler la valeur de cet ouvrage, c'est justifier du même coup le travail que nous avons entrepris. Le Droit Pénal Romain de Mommsen est par excellence l'œuvre à traduire. Il se présente comme un monument scientifique durable, faisant époque dans la littérature juridique. Par suite de la mort de l'auteur, il échappe à tout remaniement ultérieur et la traduction n'est pas exposée à vieillir du fait d'éditions postérieures. Enfin, par son importance, sinon par son caractère, il s'adresse à de nombreux lecteurs qui, malgré le développement des études de langues étrangères, n'ont pas tous une connaissance suffisante de l'allemand pour lire aisément les phrases complexes et abstraites de Mommsen. Ces raisons diverses nous ont paru suffisantes pour nous charger du labeur parfois ingrat d'une traduction. Nous avons eu pour nous soutenir dans l'accomplissement de cette tâche l'exemple de notables devanciers et les encouragements de notre maître, M. P. F. Girard, auquel nous sommes heureux d'adresser ici l'hommage de notre vive gratitude pour sa bienveillante intervention dans les préliminaires de ce travail.

Cette traduction paraît comme appendice au *Manuel*

1. Esmein, compte-rendu critique du *Römisches Strafrecht* de Mommsen dans *Nouv. Rev. Hist. de Droit Franç. et Etr.*, 1902, p. 352.

des Antiquités Romaines de Mommsen et de Marquardt, bien que le *Römisches Strafrecht* de Mommsen n'appartienne pas à l'œuvre allemande correspondante. Le manuel français s'est déjà élargi pour recevoir l'*Histoire des Sources du Droit Romain* de P. Krüger ; de bons juges ont estimé opportun d'étendre à nouveau le cadre de l'œuvre française pour y faire rentrer cette traduction. En agissant ainsi, nous n'avons fait que suivre la pensée de Mommsen qui dans sa préface présente son *Droit pénal Romain* comme le complément de son *Droit Public Romain*.

Nous avons pris pour règle de notre traduction les principes adoptés par M. P. F. Girard dans la traduction du *Staatsrecht* et exposés dans l'Avvertissement du Traducteur, *Dr. Publ.*, 1², p. xi et sv. Les seules additions que nous ayons faites à l'œuvre allemande ont consisté à renvoyer aux traductions françaises d'ouvrages allemands cités par Mommsen et à mentionner, quand il y avait lieu, en regard des *Fontes Juris* de Bruns les *Textes de Droit Romain* de P. F. Girard. D'ailleurs, de même que Mommsen ne renvoie pas aux *Fontes Juris* pour tous les textes qui y sont contenus et qu'il cite, nous n'avons pas mentionné à toute occasion les *Textes* de P. F. Girard, supposant le lecteur français assez familiarisé avec ce dernier livre pour savoir quels textes y sont réunis. Toutes ces additions sont distinguées du texte original par des []. Nous n'avons pas hésité à employer dans ce but un signe qui est également utilisé par Mommsen, suivant l'usage courant, pour désigner les reconstitutions conjecturales de textes. La diversité de signification de ce signe résulte sans difficulté des mots qu'il encadre ; employé dans les citations de textes, il signale une restitution conjecturale ; lorsqu'il entoure une citation d'ouvrages français, il indique une addition personnelle du traducteur.

Les corrections mentionnées par Mommsen, p. xxiv, ont été faites directement dans la traduction. A quelques rares endroits nous avons opéré des rectifications personnelles ; nous ne l'avons fait qu'autant que nous étions en présence d'erreurs matérielles incontestables.

Nous n'avons pas cru devoir mettre en tête du Tome I de cette traduction une liste des ouvrages cités en abrégé. Les abréviations que nous avons employées sont tellement courantes qu'elles seront aisément comprises du lecteur ; toutes les fois qu'une hésitation eût été possible, nous avons complété la citation de Mommsen de manière à la rendre reconnaissable pour le public français. Signalons seulement les quatre abréviations suivantes de Mommsen que nous avons adoptées :

Gaius = *Gaii Institutiones* ;

Lex repetundarum = *Lex Acilia repetundarum* ;

Paul = *Pauli sententiae ad filium* ;

Ulpien = *Ulpiani Regulae*.

A l'exemple d'autres traducteurs du *Manuel des Antiquités Romaines*, nous avons, pour faciliter les recherches en cas de renvoi à l'ouvrage allemand, mis les numéros des pages du texte allemand en regard des passages correspondants de la traduction.

Nous ne voulons pas terminer cette introduction sans adresser à la famille de l'auteur et aux éditeurs allemands, MM. Duncker et Humblot de Leipzig, nos sincères remerciements pour l'autorisation donnée à cette traduction.

Grenoble, 1^{er} Juin 1906.

PRÉFACE

(VII)

Jurisconsultes, historiens et philologues s'accordent à reconnaître que la science manque d'un ouvrage sur le droit pénal romain. Puisse le présent livre combler la lacune souvent ressentie, c'est mon vœu et dans une certaine mesure, mon espérance.

Si les tentatives faites jusqu'ici dans cette voie n'ont pas conduit tout à fait au résultat désiré, cela tient en partie à ce que pour des causes plus ou moins accidentelles on ne s'était pas assigné un but exact et à ce que les conditions préalables nécessaires pour atteindre ce but n'étaient pas réunies.

Lorsqu'un auteur embrasse dans son plan le droit pénal du Saint Empire Romain, la Caroline et toute l'évolution juridique qui s'est greffée sur ce texte, on ne peut pas prétendre qu'un tel travail soit un exposé du droit des Romains.

Mais, même en se limitant à l'histoire romaine, il est nécessaire pour faire œuvre scientifique non seulement de comprendre dans son plan la théorie des délits d'après le droit privé, mais encore et avant tout d'embrasser simultanément le droit pénal et la procédure pénale. Que la séparation du droit civil romain et de la procédure civile romaine ait été profitable à ces disciplines, c'est là une question que l'on peut laisser en suspens ; il est, au contraire, certain que le droit pénal sans la procédure pénale est comme un manche de couteau sans lame et la procédure pénale sans le droit pénal comme une lame de couteau sans manche.

Il faut ajouter que le droit pénal occupe une place intermédiaire entre le droit et l'histoire. Dans les travaux qui ont été faits sur cette branche du droit, mal en a pris à plus d'un philologue de ne pas s'être occupé de droit et à plus d'un jurisconsulte de ne pas s'être attaché à la philologie, ne fût-ce que dans la mesure où cela était indispensable. Le droit criminel romain est une partie de la science du droit romain ; mais aucune ne peut se passer moins qu'elle des recherches d'archéologie. Je n'aurais jamais osé entreprendre la tâche actuelle, si je n'avais pas pu m'appuyer sur mon (VIII) *Droit Public Romain* et je puis présenter mon nouveau travail comme un complément de cette œuvre, quoiqu'il s'en sépare par la méthode et qu'il ne se poursuive pas seulement jusqu'à Dioclétien, mais même jusqu'à Justinien.

A vrai dire, quand on embrasse tout à la fois le droit pénal et la procédure pénale, l'étendue de la tâ-

che augmente dans une mesure inquiétante et le fait que nous sommes en état de suivre le développement du droit romain jusqu'à un certain point pendant un millier d'années nous prépare, tant dans les recherches que dans l'exposé, des obstacles difficiles à surmonter. En présence d'un tel état de choses, je me suis vu dans la nécessité non seulement de négliger beaucoup de détails de la dernière période tels que nous les offrent notamment les recueils de constitutions, mais encore partout où cela était quelque peu possible, de présenter brièvement ce que j'avais à dire. Les discussions casuistiques, telles que nos sources juridiques en contiennent notamment pour les délits privés et l'adultère, n'ont pas été reproduites. Un assez grand nombre de questions plus générales, comme celles du *dolus* et de la *culpa*, appartiennent à l'ensemble du droit et ne pouvaient être traitées ici que dans les bornes étroites du droit pénal. Le jurisconsulte regrettera fréquemment l'omission de telle question juridique et l'historien de tel point d'histoire ; mais peut-être l'un et l'autre trouveront-ils ici ce qu'il ont besoin de connaître en dehors de leur domaine propre. En outre, je me suis efforcé de donner autant que possible aux citations de textes la part qui leur est due ; mais je n'ai pas pu faire la même chose pour la littérature moderne. La nécessité est une excuse qui fait loi. Sans doute, la forme de la polémique eût écarté du livre maint défaut, l'eût exempté de plus d'une lacune et l'eût en général fait paraître beaucoup plus satisfaisant dans les détails. Mais d'abord il aurait dû avoir au moins le double d'étendue, tandis que ses

dimensions actuelles déplairont déjà autant au lecteur qu'elles déplaisent à l'auteur. Et surtout, il n'eût certainement pas été fini. La vie de l'homme comme toute chose n'a qu'un temps. Il est permis à l'écrivain de tenir compte du petit nombre de jours qui peuvent lui être départis.

MM. Charles Binding, Otto Hirschfeld et Ernest v. Simson ont droit à mes remerciements pour la révision des épreuves, le dernier, en outre pour la confection des tables. Si les négligences ne manquent pas, ils m'en ont du moins évité beaucoup.

Charlottenbourg, 29 août 1898.

DROIT PÉNAL ROMAIN

LIVRE PREMIER

ESSENCE ET LIMITES DU DROIT PÉNAL

SECTION I

SITUATION DE LA PEINE DANS L'ENSEMBLE DU DROIT

Dans ce livre doivent être exposés le droit pénal et la procédure pénale de la communauté romaine depuis les débuts de celle-ci jusque dans la législation de Justinien. (3)

Notion du Droit Pénal.

La science du droit romain divise l'ensemble des règles juridiques en deux parties : l'une, le droit public, embrasse l'organisation interne de la communauté, de ses rapports avec les dieux, avec les autres États et avec ses sujets, ses règles sont une création de la communauté ; l'autre, le droit privé, comprend l'organisation de la condition juridique des membres de la communauté pris individuellement et de leurs rapports entre eux, la communauté trouve cette organisation existante et la régleme (1). La pensée romaine se manifeste d'une manière uniforme dans les deux parties de la science du droit ; des expressions comme *jus* pour la règle de droit, *judi-*

(1) Pour la distinction entre le *jus publicum* et le *jus privatum*, v. *Staatsrecht*, 1, 1. [*Droit Public. Rom.*, tr. P. F. Girard, 1, 1].

cium pour la condamnation (1), *(ab)solvere* pour l'acquittement (2) sont communes aux deux parties.

Fondement moral.

(4) Le droit pénal repose sur la notion morale de devoir dans la mesure où l'État s'est chargé d'en assurer la réalisation. Un devoir moral, dont l'État prescrit l'observation, est une loi pénale; la violation d'une prescription de ce genre est le délit, le mal que l'État inflige à celui qui a enfreint sa prescription est la peine. On considère que la peine fait disparaître le délit et rétablit l'ordre public. La conception d'après laquelle la peine efface la faute se rencontre à peine dans le droit pénal développé (3), elle domine tout à fait les débuts du droit pénal public et du droit pénal privé : lorsqu'il n'y avait pas d'autre peine publique pour les vivants que la mort (4) et que toute exécution était un sacrifice d'expiation à la divinité offensée, lorsque le droit pénal privé se réduisait à la double pensée des représailles (*talis*) et de la composition (*damnum, poena*), la conception du délit et de la peine comme un compte et un décompte, comme l'extinction de la faute par la souffrance, était une puissante réalité. — Le droit pénal embrasse en un seul tout les obligations morales de l'homme tant au regard de l'État auquel il appartient qu'au regard des autres

(1) *Judicare* (par ex. *judicare perduellionem* dans le formulaire du procès d'Horace) signifie condamner; de là vient qu'il est employé parallèlement à *multam invogare*. *Damnare*, faire donner, est dans son acception originare inconnue de la procédure pénale publique.

(2) L'action publique a vraisemblablement pour point de départ l'emprisonnement de l'accusé et, dans l'action privée, l'acquittement fait cesser l'emprisonnement ou assure du moins la liberté. Cpr. Livre 2, Sect. 13.

(3) Des remarques comme celles des *Dig.*, 48, 19, 33: *temporaria coercitio quae descendit ex sententia poenae est abolitio* et des *Dig.*, 47, 10, 17, 6: *qui accepit satisfactionem, injuriam suam remisit* n'ont presque rien de commun avec la conception fondamentale du délit. On ne peut d'ailleurs pas s'attendre à trouver cette conception exprimée dans nos sources juridiques. L'idée superficielle que la peine a été introduite pour l'amélioration du coupable est invoquée pour établir que la mort du délinquant supprime le châtement (Paul, *Dig.*, 48, 19, 20). Quant aux nombreuses preuves à l'appui de la théorie de l'intimidation, il y a d'autant moins d'intérêt à les produire que cette théorie a à toute époque une valeur secondaire incontestée.

(4) L'exécration prononcée contre la mémoire d'un défunt est également une peine.

hommes. Cette unité n'est pas connue et ne peut être connue de la science romaine du droit; la procédure pénale devant les magistrats et les comices appartient au droit public, la procédure délictuelle devant les jurés rentre dans le droit privé (1). On ne peut cependant pas renoncer à embrasser le droit pénal dans son ensemble. La violation de la loi morale et la répression que celle-ci réclame de la part de l'État sont des notions fondamentales qui unissent intimement les deux domaines du droit pénal. En outre, la question de savoir si la répression a lieu dans un procès public ou dans un procès privé apparaît comme purement externe et accidentelle. De même, il est impossible de faire dépendre l'exposé scientifique de la théorie du vol du point de savoir si celui-ci se présente comme un péculat ou comme un *furtum* et s'il conduit plus tard à l'action civile de délit ou à la *cognitio* du magistrat. C'est ainsi également qu'en matière d'injure on ne peut distinguer, suivant que l'affaire est portée devant les comices, devant le grand jury ou devant le jury de droit privé.

Malgré la séparation des deux espèces de procédure, les théoriciens du droit romain ont de tout temps opposé, comme communes aux deux domaines et se complétant réciproquement, les règles juridiques non délictuelles et les notions fondamentales de crime et de peine. C'est ce que montrent non seulement l'exposé des différents délits qui ne se présentent à nous sous une forme vivante et complète qu'autant qu'on a brisé toute barrière entre le droit public et le droit privé, mais encore cette légende remarquable, datant vraisemblablement

(1) Le caractère disparate de ces deux domaines, étant donné que la formation du droit et la science juridique s'appuient généralement sur les différentes compétences des magistrats, (*St. R.*, 1, 2 [*Dr. publ.* 1, 3]) se manifeste surtout dans ce fait que le droit pénal privé était placé depuis les premiers temps de la République avec le reste du droit privé sous la direction du préteur urbain, tandis que celui-ci n'avait absolument aucune compétence dans les actions pénales publiques dont la connaissance était attribuée aux magistrats les plus divers. Si l'unité dans l'administration de la justice, telle qu'elle existait à l'époque de la loi des XII Tables, n'avait pas disparu quatre-vingts ans plus tard, le développement de la science du droit eût été tout autre.

blement de la dernière époque de la République, d'après laquelle les deux domaines auraient été jadis réunis jusqu'à l'établissement des jurys romains sous le roi Servius Tullius (1).

(6) Sont en dehors de l'exposé que nous entreprenons ici : le droit public, le droit sacré, le droit du patrimoine de la communauté ou, d'après la désignation usitée au Bas-Empire, le droit fiscal, enfin tout le droit privé, c'est-à-dire la liberté et l'esclavage, le mariage et la *domus*, le mien et le tien, à l'exception des créances du particulier lésé qui reposent sur une faute morale. Sans doute cette délimitation du droit pénal, surtout dans un domaine qui n'est pas défini par tradition scientifique mais par une abstraction de la science, n'est pas réalisable sans certains empiétements. Le droit public, en particulier la division des magistratures, est la base préalable

(1) Après que, nous rapporte Denys (principalement 4, 25), les anciens rois eurent administré seuls la justice, le roi Servius se réserva pour lui-même la connaissance des actions pénales publiques (τά εἰς τὰ κοινὰ φερόντα — ou δημόσια — ἀδικήματα), mais renvoya à des jurés les actions pénales privées (τά ἰδιωτικὰ ἀδικήματα) et les actions à raison de contrats, en même temps qu'il faisait confirmer par le peuple et exposer publiquement cinquante lois sur les délits et les contrats (νόμους τοὺς τε συναλλακτικοὺς καὶ τοὺς περὶ ἀδικημάτων. Denys, 4, 13; epr. 4, 9, 9 et c. 36, 3), dont les unes avaient déjà été faites par les anciens rois et les autres étaient nouvelles (Denys, 4, 10). Supprimées et détruites par le successeur de Servius, Tarquin le Superbe, (Denys 4, 43), ces lois furent rétablies après la chute de la Royauté. Tacite connaît ce récit (*Ann.*, 3, 26 : *praecipuus Tullius sanctorum legum quibus etiam reges obtemperarent*, précisément comme Denys 4, 36) et de même Cicéron dit pour l'époque royale dans le *De re p.*, 5, 2, 3 : *nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regis*. Dans ce tableau, tracé vraisemblablement à la fin de la République et représentant cet État idéal dans lequel on abolit aussi la servitude pour dettes (Denys 4, 9) et on assura le bonheur du peuple, se dégagent nettement la vieille procédure pénale de l'époque royale, fondement de la procédure devant les magistrats et les comices, et le procès privé devant les jurés, de même qu'on voit aussi très nettement réunies dans l'ἀδικήματα, en latin dans l'*injuria*, la première procédure et la partie délictuelle de la seconde. — C'est un peu de la même façon que Dion Cassius (52, 7), dans sa description idéale du régime monarchique postérieurement à son rétablissement, fait juger par des jurés de même rang les torts privés (ἐν τῷ ἰδίῳ τῆς ἀδικεῖν λάθῃ) et les torts publics (ἐν δημοσίᾳ) commis par un citoyen, réunissant ainsi les *delicta privata* et les *judicia publica* de l'époque postérieure. — On ne trouve rien de semblable dans les écrits juridiques.

du droit pénal public et du droit pénal privé et il faut souvent faire des incursions dans son domaine sous la forme d'un renvoi ou d'une explication détaillée. Le droit sacré comprend originairement comme partie intégrante le droit pénal public dans la mesure où celui-ci, comme cela est indiqué dans la Sect. I du Livre V, aboutit à une purification de la communauté; la procédure criminelle s'est d'ailleurs dégagée de bonne heure de cette conception. Si les impôts et les droits de douane, rentrant dans le patrimoine de la communauté, n'intéressent pas en eux-mêmes le droit pénal, il faut cependant accorder, comme cela est exposé dans la Section du Livre V relative aux amendes, qu'il n'y a pas entre l'amende légale et les impôts de différence interne et que la limite de procédure tracée à cet égard est tout à fait arbitraire. Enfin, au point de vue de la créance du droit privé, l'opposition entre le débiteur d'une somme d'argent et le voleur est fondée sur un rapport naturel; mais on ne peut aboutir à une délimitation nette des deux domaines qu'à l'aide du droit positif, notamment par l'application de la règle d'après laquelle il n'y a que l'obligation non délictuelle qui passe aux héritiers; cette limite est tracée avec une précision suffisante et a pu être mise à la base de notre exposé sans difficulté grave (1). A vrai dire, dans la procédure pénale, où les créances de droit privé ne se séparent pas essentiellement suivant qu'elles sont délictuelles ou non, la procédure de l'action privée ne pouvait faire l'objet que d'un exposé très bref.

Notre exposé du droit pénal est divisé en cinq livres : le premier traite de l'essence et des limites du droit pénal; le second, des autorités répressives; le troisième, de la procédure pénale; le quatrième, des différents délits; le cinquième, des différentes peines. On a complètement écarté le procédé dangereux de la division par périodes; chaque section embrasse

(7)

Division.

(1) L'*actio de rationibus distrahendis* en matière de tutelle appartient sans doute au droit pénal privé (*Dig.*, 27, 3, 1, 23), mais n'est mentionnée qu'incidemment à propos du *furtum*, parce qu'elle ne peut être exposée que dans la théorie de la tutelle.

toute l'histoire de son sujet. La séparation des règles juridiques et de leur application, ou, suivant la formule habituelle, du droit et de la procédure, en général regrettable au point de vue scientifique, ne convient nullement au droit criminel, et est, au moins en partie, responsable de la faiblesse de la littérature juridique en cette matière. Sans doute, cette insuffisance que tout juriste ressentira dans l'étude du droit pénal romain tient en partie à ce droit lui-même. La fermeté des notions fondamentales au point de vue de la forme et du fond, qui distingue le droit privé romain, ne se rencontre que dans une faible mesure pour la partie de beaucoup la plus importante du droit pénal, pour celle qui appartient au droit public. C'est ainsi notamment que le plus ancien et de tout temps le plus important délit, le crime d'État, a toujours conservé à proprement parler deux caractères empruntés à la procédure des comices et des magistrats d'où il est issu : l'absence de délimitation et l'arbitraire dans la fixation du taux de la peine. Toutefois le droit pénal romain n'est pas seulement un complément nécessaire du droit public romain, sa connaissance est également indispensable pour une intelligence complète du droit privé romain.

Terminologie. Nous pouvons grouper ici tout ce qu'il y a à dire au point de vue de la terminologie sur les notions fondamentales de délit et de peine. L'abîme existant entre les deux domaines du droit pénal, celui du droit public et celui du droit privé, qui non seulement se rencontre dès le début, mais qu'on n'est jamais parvenu à combler et que nous ne devons ni négliger ni dissimuler, se révèle clairement dans un fait particulièrement sensible dans l'ancien droit et qu'il importe de relever ici : dans le défaut non pas de notions générales, mais de termes généraux pour les exprimer.

Nota. Il y a sans doute pour le délit une vieille désignation, courante dans les deux domaines du droit public et du droit privé

et qui n'est liée à aucun délit, c'est celle de *noxa* ou *noxia*. La première est la plus ancienne (1), l'autre la plus fréquente (2); toutes deux sont identiques quant à leur valeur (3). Elles signifient, d'après leur étymologie transparente comme d'après le langage courant (4), la lésion et sont ainsi propres à embrasser les délits des deux domaines comme lésion ou de l'État ou des particuliers. Mais dans le langage technique (5), on n'applique ce mot au délit qu'autant qu'il s'agit de rendre non pas le délinquant, mais un tiers responsable du délit, et que si ce dernier, pour échapper à cette responsabilité, ou bien répare le dommage — *noxam sarcire* (6) — ou bien donne l'auteur du dommage en propre à la victime — *noxae (= ob noxam) dare* (7). Cela a lieu soit dans les crimes internationaux, lorsque l'État livre le citoyen coupable au peuple lésé (8), soit dans les délits privés (9), où du reste le langage courant se sert surtout

(1) Cette forme est constante dans la formule *noxae dare*.

(2) *Noxia* domine déjà dans Plaute et Térence. Dans les inscriptions, loi Rubria, 2, 33 : *obligatum se ejus rei noxiae esse*.

(3) Sulpicius Rufus dans son commentaire de la loi des XII Tables (Festus, p. 474, auquel se rattachent les *scolies* sur l'*Aen.* de Virgile 4, 41 et Isidore, *Diff.* 154) définit *noxia* par *damnum*, *noxu* par *peccatum aut pro peccato poena*. Un autre grammairien (*Scolies* sur Virgile, *loc. cit.*) explique : *quidam noxa quae nocuit, noxia id quod nocitum accipiunt*; de même, *Inst.*, 4, 8, 1 : *noxa est corpus quod nocuit, noxia ipsum maleficium, velut furtum damnum rapina injuria*. Ces subtilités grammaticales surprenantes et qui ne correspondent aucunement au langage courant font seulement ressortir que les deux formes se trouvaient déjà dans les XII Tables.

(4) La parenté avec *nocere* est évidente; pour la formation du mot il y a peut-être lieu d'en rapprocher *causa* et *cavere*. Si le mot, comme on le pense, est parent avec *nocere*, cette parenté n'est plus sensible et n'apparaît pas dans le langage courant.

(5) L'usage plus étendu, dont Sulpicius tient aussi compte (*loc. cit.* : *noxia apud poetas et oratores ponitur pro culpa*), n'est pas à considérer ici.

(6) XII Tables, 8, 9, 13, 12, 3, Schoell [Girard, *Textes*³, 9, 10, 14, 12, 2.], de même 8, 8, [Girard, *Textes*³, 8, 9] : *noxiam duplionem decerni*, c'est-à-dire condamner à la livraison du coupable ou au paiement du double du dommage. On n'a nul besoin d'autres preuves.

(7) XII Tables, 8, 5 [Girard, 8, 6] *noxae dedere*, ce que Sulpicius, *loc. cit.*, explique par *pro peccato dedi*. Ulpien, *Dig.*, 9, 1, 1, 11 : *in noxam dedere*.

(8) Dans l'ancienne formule féciale, mentionnée par Tite-Live, 9, 10, 9, à propos de l'extradition de ceux qui ont commis des crimes contre d'autres nations, parce qu'ils *noxam nocuerunt*.

(9) *Dig.*, 21, 1, 17, 18 : *noxas accipere debemus privatus, hoc est eas [quae-cumque] committuntur ex delictis, non publicis criminibus* est bien l'addition

(9) de ce mot pour les dommages causés à des choses par les hommes, tandis qu'il l'emploie de moins en moins pour les dommages causés aux choses par des animaux ainsi que pour le vol (1). Le délit, en tant qu'il donne lieu à une poursuite contre le coupable personnellement, n'est pas une *noxa*; le crime d'État et le meurtre ne tombent ainsi jamais sous cette notion (2). *Noxius* n'est pas celui qui a commis un délit, mais celui qui à cause d'un délit qu'il a commis a fait l'objet d'une livraison de ce genre (3). La sentence pénale ne condamne pas à l'abandon pour cause de *noxa*, mais cette tradition est un expédient qui, en droit public, soustrait la communauté à la punition des dieux qu'elle a méritée, et qui, en droit privé, fait échapper l'accusé à la condamnation à laquelle il est régulièrement exposé par le délit d'un individu sous sa puissance.

Pour désigner le délit, il n'y a à retenir, si l'on fait abstraction des termes étrangers à la langue juridique (4), que deux

d'un [jurisconsulte postérieur] *ex quibus agitur judiciis noxalibus... ex privatis autem noxiis oritur damnum pecuniarium, si quis forte noxae dedere noluerit, sed litis aestimationem sufferre*. En ce sens, Gaius dit dans son commentaire de la loi des XII Tables (*Dig.*, 50, 16, 238, 3) : *noxiae appellatione omne delictum continetur*. Les explications de la n. 2, l'assimilation de *noxa* et de *damnum* et l'emploi de *noxa* pour tous les délits privés qui conduisent à un abandon de l'auteur du délit tendent au même résultat.

(1) XII Tables, 12, 3 [Girard, 12, 2 a.] : *si servus furtum facit noxiamque noxat* et la clause contractuelle *furto noxaque solutus* (*Dig.*, 50, 16, 174 et ailleurs) à côté de la formule (*Dig.*, 7, 4, 2, 1) : *si servus furtum fecit vel aliam noxam commisit*. Le dommage causé par des animaux s'appelle ordinairement *pauperies*, mais aussi *noxia* (XII Tables, 8, 5. [Girard, 8, 6]).

(2) Le droit pénal public ne connaît pas de *noxa* (p. 7. n. 9) : *capitalis noxa* chez Tite-Live, 3, 35, 5 et autres expressions semblables appartiennent à une terminologie vague du langage postérieur (p. 7. n. 5.)

(3) Le *noxius* est surtout l'esclave livré à la peine de mort conditionnelle de l'arène. (Suétone, *Vit.*, 17; *C. I. L.*, IX, 3437).

(4) À cette catégorie appartiennent les expressions du droit sacré ou de la morale : *scelus, nefas, probrum, flagitium, peccatum, maleficium, facinus* (forfait et haut fait), de même que les expressions souvent appliquées au délit en cas de violation d'une loi : *offensa, commissum, admissum*. Plusieurs d'entre elles prennent un sens spécial pour désigner certains délits ; dans leur acception générale, elles n'appartiennent pas à la science du droit. —

expressions qui puissent dans une certaine mesure prétendre avoir une valeur technique (1) et qui en même temps soient d'une application générale : ce sont *crimen* et *delictum*.

Crimen vient de *κρίνω*, *cernere*, c'est-à-dire cribler et séparer, comme *cribrum* : le crible, et désigne l'objet à cribler, comme *semen* désigne ce qui est à semer. Le tort, abstraction faite de sa poursuite judiciaire, ne s'appelle pas plus *crimen* que l'action judiciaire, abstraction faite du tort. L'application naturelle de ce mot à l'administration de la justice est commune à la langue latine et à sa langue sœur. Ici *crimen* devient l'inculpation à raison d'un tort (2), un terme procédural, le fait soumis à la décision du juge. D'après cette dérivation philologiquement établie, comme d'après l'usage tant des termes grecs parents que des autres expressions latines appartenant à la même racine (3), on ne peut guère douter que *crimen*, comme *judicium* et *legis actio* (4) et en principe comme tous les termes généraux topiques du droit, a ordinairement embrassé au début tout le domaine juridique et a désigné toute espèce d'action. Mais à l'usage le mot prit une certaine teinte

Sid'après Aulu-Gelle (7, 14, 4), *veteres nostri exempla pro maximis gravissimisque poenis dicebant*, cela est probablement déduit sans raison de l'*exemplum statuere* au sens que cette expression a en matière pénale (ex : *Rhet. ad Her.*, 4, 35, 47). — *Injuria* désigne le tort d'une manière abstraite ou le délit spécial, jamais le délit d'une manière abstraite (cpr. p. 4, n. 1). — Sur *dolus* et *fraus* cpr. Sect. VII de ce Livre.

(1) Ces expressions elles-mêmes ne sont sans doute pas des termes de formule au sens strict du mot.

(2) Par ex., Plaute, *Bacch.*, 4, 3, 15 = 628 : *crimini habuisse fidem* ; Térence, *Hec.*, 5, 2, 13 = 779 : *crimini credere*. 3, 1, 35 = 335 : *in crimen venire*. On en trouve d'autres preuves partout. Le mot *crimen* n'est pas employé à la bonne époque pour le délit lui-même, sauf peut-être à titre de zeugme comme dans Cicéron, *Pro Caelio*, 10, 23. Cela a lieu au contraire fréquemment dans le latin de la décadence et c'est ainsi que la science du droit plus récente a désigné le droit pénal d'après ce mot.

(3) Qu'on compare avec *crimen*, d'une part *κρίσις*, *κρίσις*, d'autre part *cernere*, *decernere*, *certus*, surtout *discrimen*.

(4) *Lege agere* se dit aussi plus tard tant de l'exercice d'une action devant le préteur que de l'exécution capitale ; d'après les usages originaires du langage, tout acte de procédure formel était sans doute désigné par cette expression.

morale, ce ne fut plus l'accusation à raison d'un tort, mais l'accusation à raison d'un délit. Le mot *crimen* n'est plus jamais employé pour les actions d'un caractère purement patrimonial, mais son emploi est limité à la matière des délits et il y sert à désigner les délits privés comme aussi, et même beaucoup plus souvent, les délits publics (1). La science du droit de l'époque impériale, comme celle de nos jours, se sert de cette expression dans ce sens large, quoique le synonyme *delictum*, dont il va être fait immédiatement mention, soit déjà apparu plus tôt dans le langage scientifique.

(11) *Delictum.* — Le rôle que *crimen* a joué tard et imparfaitement fut rempli plus tôt et mieux par *delictum*. Ce mot, à proprement parler le dévoiement, le manquement (2), fait ressortir le fondement moral commun à tous les délits sans se rapporter à aucun spécialement et est déjà fréquemment employé dans son acception morale chez Plaute (3). C'est pour cela qu'il est particu-

(1) Le mot est employé à propos du vol par Gaius, 3, 197. 208. 4, 478, à propos du dommage causé à la chose d'autrui par Paul, *Dig.*, 9, 2, 30, 3; c'est principalement la désuétude progressive des délits privés qui est en principe cause que le mot *crimen* apparait surtout pour les délits publics. Sans doute l'expression *crimen privatum* est au moins peu fréquente (Ulpien, *Dig.*, 48, 19, 1, 3 : *in legibus publicorum judiciorum privatorumve criminum* n'a pas besoin d'être interpolé; de même dans Paul, 1, 5, 2 = *Dig.*, 48, 16, 3, la dernière formule : *et in privatis et in extraordinariis criminibus* est vraisemblablement la forme pure tandis que la première : *in privatis et in publicis judiciis* est interpolée; Zénon, *Cod.*, 3, 24, 3, *pr.* : *crimen publicum privatumve*); c'est pourquoi *crimen publicum* ne devient habituel comme tautologie que dans la langue juridique plus récente (Ulpien, *Dig.*, 3, 6, 1, 1 à cause de *judicium* qui précède; 21, 1, 17, 18 — Alexandre Sévère, *Cod.*, 9, 1, 3 — Gordien, *Cod.*, 9, 6, 5, tit. 34, 3 — Dioclétien, *Cod.*, 2, 4, 18. 3, 41, 4, 1. 9, 2, 9. 14; *crimen publicorum judiciorum* : *Cod.*, 9, 1, 12, tit. 41, 8, 1). — L'adjectif *criminalis* apparait depuis Dioclétien (*Cod.*, 9, 1, 17, tit. 41, 15).

(2) Le sens fondamental du mot ressort de la manière la plus claire dans le *deliquium solis* (Festus, p. 73, où l'assimilation avec *praetermittere* n'est pas tout à fait exacte; Servius sur l'*Aen.*, 4, 390), traduction d'ἔχλεψτε.

(3) Plaute, *Amph.*, 2, 2, 184 = 816 à propos de l'adultère; *Capt.*, 3, 4, 93 = 626 : *parentum et libertatis deliquio* (Nom.) = privation de la liberté à titre de peine; *Bacch.*, 3, 3, 14 = 418; *Epid.*, 3, 4, 9 = 391; *Men.* 5, 2, 30 = 770. De même dans la formule de Tite-Live, 1, 33 : *quod... adversus populum Romanum... fecerunt deliquerunt*. Le divorce coupable s'appelle *de-*

lièrement apte à désigner en droit pénal (1) le délit comme tel. De même, le langage courant se sert de ce terme sans distinction pour les délits publics et pour les délits privés et ne l'emploie pas pour les faits fondant un recours judiciaire qui ne tend pas à une punition. Cette expression ne contient aucune figure de rhétorique (2) et pour cette raison convient parfaitement à la langue scientifique. Mais suivant toute apparence elle n'a pas été introduite de bonne heure dans la science du droit elle-même et n'y a acquis sa portée générale que dans la dernière période. Depuis que les actions pénales ont fait dans le système du droit civil l'objet d'un groupement, ce qui n'a eu lieu qu'au début de l'Empire, on semble s'être servi pour les désigner de ce terme générique (3) et l'expression générique de *delicta privata* en est résultée d'elle-même (4). La classification extérieure de ces actions pénales avec les actions publiques ne se rencontre pas encore dans le Code de Justinien, elle n'apparaît pour la première fois que dans les *Digesta* de cet empereur (5). Mais l'emploi du mot prouve déjà que l'unité du droit pénal a été ressentie longtemps avant que cette union extérieure s'accomplît. Il reste toujours comme fait caractéristique que le terme scientifique topique pour le délit lui-même ne s'est fait jour qu'à une époque tardive et difficilement. (12)

lictum non modicum (*Dig.*, 4, 4, 9, 3 ; *cpr. Cod.*, 2, 34, 2). Le participe pris substantivement est à vrai dire une formation relativement tardive.

(1) Les preuves données jusqu'ici montrent que la notion fondamentale de *delictum* s'attache au caractère répréhensible du fait au point de vue moral et non pas à son caractère punissable au point de vue du droit.

(2) Par là se séparent les mots *delictum* et *maleficium* qui par ailleurs sont en substance synonymes ; la *Rhét.* à Hierennius et Cicéron emploient le dernier de préférence et se servent relativement peu et sans insistance du premier.

(3) Gaius, 3, 182 : *transeamus ad obligationes quae ex delicto nascuntur*. Le reste dans l'introduction du Livre IV.

(4) Zénon, *Cod.*, 9, 35, 11 : *injuriarum actio, quae inter privata delicta veteris juris auctores connumerant*.

(5) Le livre 47 des *Dig.* débute par la rubrique *de privatis delictis* qui nous apparaît pour la première fois à cet endroit, et dans sa préface (= C. 1, 17, 2, 8) Justinien désigne les livres 47 et 48 comme composés *pro delictis privatis et extraordinariis nec non publicis criminibus*. *Cpr.* l'introduction du Livre IV.

L'idée corrélatrice du délit est celle de son expiation, et en tant que l'État ordonne celle-ci et en assure l'application, la peine. Mais cette notion elle-même n'a acquis que peu à peu une valeur générale et n'a obtenu que récemment et par une dérivation très surprenante un terme général qui la désigne. Les différents degrés de la peine que nous avons à considérer ici ne peuvent être exposés en détail qu'en partie dans ce livre à propos du droit de correction domestique, en partie dans le Livre IV à propos du vol, en partie dans le Livre V à propos de l'exposé de la peine de mort et de l'amende. Ici nous n'embrassons que les faits essentiels et spécialement décisifs pour la terminologie.

L'idée d'État implique la possibilité d'un dommage causé à celui-ci par le fait d'un membre de la communauté, et par suite la nécessité de la réparation de ce dommage vis-à-vis de l'État. La langue romaine ne possède pas d'expression générale pour désigner cette notion. L'exécution capitale du coupable, le mot *supplicium* peut sans doute être considéré comme tel pour l'époque primitive, étant donné que la plus ancienne procédure, celle devant les magistrats et les comices, n'a pas connu d'autre peine que la mort. Mais de bonne heure déjà les amendes en têtes de bétail et les amendes pécuniaires passèrent du domaine de la *coercitio* du magistrat dans celui du droit pénal. Dès cette époque, le terme convenable manque pour exprimer cette notion élargie de la peine publique. La terminologie est encore bien plus insuffisante dans le droit pénal privé : celui-ci repose sur l'idée fondamentale d'une expiation juste et approuvée par la communauté, expiation qui était assurée directement au moyen de la peine capitale ou du talion ou pour laquelle la victime se contentait d'une satisfaction. Nous ne connaissons pas d'expression générale qui servit à désigner cette peine privée au large champ d'application, déjà diminué à l'époque de la loi des XII Tables et qui ne tarda pas vraisemblablement à être complètement modifié. La composition, qui à titre facultatif a évidemment

été usitée de tout temps et qui à l'époque de la loi des XII Tables est déjà organisée pour la plupart des délits comme composition pécuniaire obligatoire, s'appelle dans la vieille langue du droit *damnum*. Cela signifie littéralement la dation et dans l'emploi juridique de l'expression, notamment dans la forme du substantif à propos des délits privés, au moins pour le vol et pour les dommages causés aux choses, la dation offerte par le défendeur au demandeur comme satisfaction, c'est-à-dire la rançon (1). Pour la même dation faite à l'occasion d'une atteinte au corps d'autrui, la loi des XII Tables emploie au contraire le mot *poenae* emprunté à la langue grecque (2). Lors-

Damnum.

(13)

Poenae.

(1) *Dare* signifie transférer la propriété; *damnum* (cpr. *scannum* à côté de *scandere*; *alumnus*; *vertumnus*) est τὸ δῶμενον = la dation (Ritschl, *Opusc.*, 2, 709); *damnare* causatif = faire donner; *damnas* ou *damnatus* = obligé à donner. Les mots de ce groupe se rapportent dans la langue juridique surtout à cette dation qui éteint l'obligation. Il suffit pour cela de se rappeler le *dare oportere* du droit civil et le *legis per damnationem* ainsi que la formule du droit sacré *voti damnas* (formule ordinaire, mais on trouve déjà *voti condemnare* dans la très vieille inscription des *Vertuleii* de Sora, C. I. L., X, 3708). Le substantif vise exclusivement, semble-t-il, la rançon donnée à raison d'un délit. C'est ainsi qu'en matière de vol, comme nous le montrons au Livre IV, la formule technique est ainsi conçue: *pro fure damnum decidere* = transiger en qualité de voleur sur la satisfaction à donner. De même, en cas de dommage causé à la chose d'autrui la formule était vraisemblablement rédigée ainsi: *pro injuria damnum decidere* et c'est de là que vient le terme technique *damnum injuria* employé pour désigner ce délit. De même, la loi des XII Tables (12, 4 Schœll [12, 3, Girard]) indique à celui qui *vindiciam falsam tulit de fructus duplione damnum decidere* = de transiger pour la rançon en payant le double des fruits. Les mots *damnus* et *dammare* sont bien employés pour désigner d'autres prestations que celles de la composition; mais la dation due à raison d'un vœu ou de quelque autre obligation ne s'appelle pas *damnum*; comme dans *nulla et multare* le substantif seul a gardé la signification fondamentale. *Morte multare* et *capitis* ou *capite dammare* sont aussi fréquents que *nulla mortis* et *damnum capitis* sont impossibles. — Dans l'usage postérieur du langage, le mot *damnum* est tombé en désuétude dans le vol et dans la matière des dommages causés à la chose d'autrui, il a été transporté de la prestation de l'indemnité pour le dommage au dommage lui-même et est alors employé généralement et également pour tout dommage.

(2) Dans le fragment 8, 3, [*id.* Girard] les mots *CI poenam subito* ne nous ont sans doute été transmis qu'à titre d'explication. Mais le mot se trouve certainement dans 8, 4 [*id.* Girard], sauf qu'on hésite entre la forme *XXV poenas sunt* et *XXV poenae sunt*. Schœll adopte avec raison la première formule et comprend *poenas* comme nominatif pluriel. C'est une

- (14) que les délits furent tous soumis au régime de la composition pécuniaire obligatoire, l'un des termes employés pour la désigner sortit de son domaine primitif, probablement parce que l'on ne sentait pas vivement la valeur étymologique de ce mot d'emprunt, et le mot *poena* fut désormais employé tant dans la langue technique que dans le langage usuel pour désigner la peine en général, sans distinction entre les peines publiques et les peines privées et en embrassant même les dommages et intérêts dus à raison d'un délit (1). L'apparition du mot

question de savoir pourquoi l'on évite l'emploi du mot *damnum* pour désigner les atteintes au corps d'autrui; peut-être la fixation de la composition par une loi et non par une décision arbitrale est-elle une innovation législative qui explique ici l'emploi du mot étranger. Les décevirs n'ont pas seulement, comme dit Cicéron, traduit quelques prescriptions de Solon pour leur code, mais ils ont même introduit dans la langue un mot emprunté au grec. Cela est encore plus compréhensible, si, comme je l'ai montré ailleurs (*Röm. Münzwesen*, p. 175, 302. [*Hist. de la Mon. Rom.*, trad. de Blacas, t. 1, p. 180; t. 2, p. 31]) les décevirs ont introduit la monnaie. Que le mot *poenae* soit un terme d'emprunt, cela ne fait aucun doute. Le mot est étranger aux dialectes italiques. Au point de vue étymologique, on peut le rattacher d'après les lois de la philologie grecque à $\rho\acute{\iota}\omega$ (Curtius, *Griech. Etym.*, p. 472, 488; la tentative faite par Corssen, *Aussprache, Vocalismus und Betonung der lateinischen Sprache*, 1, 370 pour le rattacher à *penus* ne me paraît pas soutenable); cette formation de mot ne convient pas au latin. Dans l'ancien latin, comme me le confirme mon ami Leo, le mot *poenae* (le singulier n'apparaît qu'une fois chez Plaute, *Capt.*, 695) est peu fréquent, le mot *poenire* l'est encore moins, tandis qu'*impune* s'est fait admettre de bonne heure; chez Plaute et Térence on trouve surtout *supplicium*. *Poenae* est, comme $\rho\acute{\iota}\omega$ en grec, régulièrement uni à des mots comme *pendere* et *dare*, de telle façon qu'il semble que dans ces tournures on ait pensé à un paiement; dans Ennius (1, 101, Vahlen) le *sanguine poenas dare* est certainement une imitation grecque.

(1) La notion de rançon implique que régulièrement à côté de la réparation du préjudice on fournit un supplément; aussi le droit romain ne connaît-il la notion pure de dommages et intérêts que dans la matière des contrats, tandis qu'on ne la trouve pas en général dans celle des délits. Même là où exceptionnellement l'auteur du délit ne fournit pas plus que le *quanti ea res est*, cette prestation est traitée comme la rançon du délit. L'indemnité délictuelle à fournir en cas de dommage causé à la chose d'autrui est également une *poena* (*Dig.*, 9, 2, 11, 2), non pas seulement parce qu'elle peut éventuellement dépasser le préjudice subi, mais simplement parce que la réparation du dommage ne suffit pas s'il y a plusieurs délinquants et parce que toute la créance de la victime s'éteint par la mort de l'auteur survenue avant la *litis contestatio*. Si en matière de vol on distingue l'action pénale de la réparation du préjudice, c'est-à-dire de la *condictio*, il faut remarquer que cette dernière action est in-

poena dans ce sens large est la preuve décisive que les délits en général ont désormais fait l'objet d'un groupement, et le signe tout à fait caractéristique de l'unité du droit pénal romain quant au fond. Nous ne pouvons pas déterminer à quelle époque le mot *poena* a reçu cette signification étendue; mais l'emploi du mot dans ce sens large était déjà reconnu dans les derniers siècles de la République (1). La même notion morale se retrouve à la base de la *poena* conventionnelle, étrangère à la matière des délits (2).

Le droit pénal romain n'a originairement aucun terme général (15) ni pour le délit ni pour la peine; pour cette dernière s'introduit de bonne heure le mot *poena*, pour l'autre apparaissent plus tard les expressions *crimen* et *delictum*.

connue dans l'ancien droit et que l'autre a certainement été considérée originairement comme embrassant les dommages et intérêts plus un supplément. La *condictio* ajoutée, sous la fiction d'un contrat, la réparation obligatoire du préjudice, exclusive de toute idée de supplément, à l'idée d'une indemnité grossie par la loi et due à raison du délit. Des explications plus longues seront données dans le Livre IV.

(1) Le mot se trouve déjà dans son sens général chez Caton (Aulu-Gelle, 6, 3, 37) : *si quis plus quingenta jugera habere voluerit, tanta poena esto* et Cicéron (*Verr.*, 4, 39, 85 ; *Pro Cluentio*, 46, 128 ; *De domo*, 47, 45) dit sans hésitation *poena capitis*. Si *multa poena* (*De leg.*, 3, 3, 6 ; *Lex coloniae Genetivae*, c. 96 ; *fraudis multae poenae. Fragmentum Tudertinum* chez Bruns, *Fontes*, p. 150) ou *poena multa* (Cicéron, *Ad att.*, 3, 23, 3) est l'expression générique pour les peines pécuniaires et autres; car *multa* embrasse, comme on le verra au Livre V, toutes les amendes pécuniaires qui doivent être payées à la communauté, tandis que *poena* est dit de toute peine et est régulièrement employé dans le droit privé pour désigner aussi les amendes pécuniaires. Les paroles contraires de Labéon (*Dig.*, 50, 16, 244) : *si qua poena est, multa est, si qua multa est, poena est* ne sont pas tout à fait correctes. Paul les contredit d'ailleurs en recourant à la notion origininaire de la *multa* prononcée par le magistrat en vertu de son droit de coercition. Mais le mot *poena* exclut en fait dans l'usage postérieur du langage toute spécialisation.

(2) La peine conventionnelle se fonde sur un manquement à la parole donnée que les contractants considèrent comme un délit et qu'ils frappent d'une peine fixée à l'avance dans la convention.

SECTION II

LA DISCIPLINE DOMESTIQUE

(16) Subordination dans la *domus*. La discipline de la *domus* romaine, d'où est sortie l'organisation de l'État romain, nous montre déjà les éléments de la procédure pénale : le tort moral, sa recherche et son expiation, les fondements de la preuve du délit, de la régularisation de la procédure pénale, de l'organisation de la peine. Mais la *domus*, comme tout embryon, contient en germe ces différents éléments sans qu'ils soient différenciés. Les deux domaines compris dans le droit pénal : celui dans lequel l'État se fait justice à lui-même à raison de torts commis contre la communauté et celui dans lequel l'État, à raison d'un tort commis contre un particulier, se présente comme médiateur entre l'auteur du tort et la victime, se retrouvent tous deux sans être séparés dans le régime disciplinaire de la *domus* ; car le chef de celle-ci intervient tantôt pour punir en cas de tort qui lui est causé à lui-même, tantôt comme médiateur sur la demande de la victime en cas de délit commis dans le cercle des personnes soumises à sa puissance ou par une de ces personnes contre un tiers. La puissance illimitée du chef de la *domus* sur ses subordonnés est identique quant à son essence à celle de l'État sur les membres de la communauté ; il suffit de rappeler à cet égard le droit de vie et de mort qui se retrouve également dans les deux puissances et la faculté d'abandon noxal qui se présente de la même façon dans les deux

cas (p. 7). Sans doute, comme il y aura lieu de le montrer bientôt, il n'y a dans le système disciplinaire de la *domus* ni délit formel, ni procédure nettement arrêtée, ni peines réglées, tandis que ces notions se rencontrent dans le droit pénal. Mais cependant, d'une part, la théorie romaine a pour point de départ un pouvoir absolu du magistrat en matière pénale tout à fait identique à celui du chef de la *domus* et d'autre part toutes les lois ne se différencient pas par nature des prescriptions établies dans la maison par son chef; elles sont des engagements spontanés de l'État, que celui-ci peut créer comme (17) il peut les supprimer et qui obligent les sujets d'une manière absolue, tandis qu'ils ne lient l'État que jusqu'à nouvel ordre de sa part. De même que pour reconnaître le fleuve il faut garder le souvenir de la source, de même on ne peut bien comprendre le droit pénal romain que d'après le fondement du régime disciplinaire de la *domus*.

La puissance domestique n'est pas seulement l'embryon du pouvoir public et le chef de la *domus* le modèle du magistrat, la première s'exerce même à l'intérieur du domaine appartenant à la puissance publique et intervient ici pour réprimer les délits des personnes soumises au chef de la *domus*. L'expression de juridiction domestique est une *contradictio in adjecto* et est aussi inconnue du droit romain qu'elle nous est familière (1). La juridiction a pour base le pouvoir de la communauté sur chacun de ses membres et cette puissance se distingue de celle du propriétaire sur sa chose comme l'arbre se distingue de

Ses rapports
avec le pouvoir
de la commu-
nauté.

(1) La discipline domestique peut être désignée comme *coercitio* ou *disciplina*, mais non pas comme *judicium domesticum*. Sénèque l'Ancien emploie *judex domesticus* comme ἀξιωματικόν, c'est-à-dire comme rapprochement ingénieux de mots faits pour se repousser (*Controu.*, 2, 3, 18 : *facile est domestico judici* — au père du ravisseur de la jeune fille — *salis facere*); et ailleurs les pères sont aussi comparés aux magistrats (Sénèque, *De benef.*, 3, 11 : *imponimus illi — juventuti — quasi domesticos magistratus*; Suétone, *Claud.*, 16 : *juvenem... quem pater probatissimum sibi affirmabat... habere dicens censorem suum*). — Dans Cicéron on trouve (*Pro Caec.*, 2, 6) *disceptator domesticus* pour arbitre, *judicium domesticum* (*In Pis.*, 40, 97) pour le tribunal de la conscience; Tertullien, *Apol.*, 1 désigne de cette manière le tribunal impérial qui n'est pas public.

l'embryon. Elle n'est pas absolue et illimitée comme la propriété, mais elle est établie et limitée par le droit positif. Sans doute l'individu soumis à la puissance domestique peut être appelé à rendre compte du délit qu'il a commis, non seulement par le chef de la *domus* sur le fondement de son droit de propriété, mais aussi par l'État sur le fondement de sa puissance suprême. Et quoique la procédure qui se déroule devant le chef de la *domus* n'appartienne pas au droit pénal, elle ne peut être omise dans ce dernier : d'une part elle fait ressortir clairement l'opposition qui existe entre elle et la procédure pénale, d'autre part le droit du chef de la *domus* concourt en partie avec le droit de répression de l'État et en partie le complète.

Esclaves.

(18)

Le cercle des individus capables d'accomplir des actes juridiques et sur lesquels s'étend la propriété, c'est-à-dire ici la puissance domestique, est déterminé par le droit privé. Appartiennent en première ligne à cette catégorie les esclaves (1), au regard desquels l'identité originaire de la propriété et de la puissance domestique s'est maintenue jusqu'à la dernière époque. L'affranchi n'est assimilé à l'esclave qu'autant que l'affranchissement n'est pas complet ou que celui qui a donné la liberté ne tient pas compte de l'affranchissement (2) ou que des lois spéciales ont étendu aux affranchis le droit de correction domestique (3). La puissance domestique sur les descen-

Enfants.

(1) La controverse sur le point de savoir si l'esclave est soumis à ce que l'on appelle le tribunal domestique n'a de sens qu'autant que celui qui le nie entend dire par là que dans ces cas le chef de la *domus* n'a pas l'habitude d'appeler auprès de lui des hommes de conseil.

(2) *St. R.*, 3, 433 [*Dr. publ.* 6, 2, 17]. Suétone, *Caes.*, 48 : (*Caesar dictator*) *domesticam disciplinam in parvis ac majoribus rebus diligenter adeo severeque rexit, ut pistorem alium quam sibi panem convivis subicientem compedibus vinxerit, libertum gratissimum ob adulteratam equitis Romani uxorem quamvis nullo querente capitali poena adfecerit.* Valère Maxime, 6, 1, 4.

(3) Dans la réglementation des droits du patron sur l'affranchi, faite par Auguste en l'an 4 de notre ère (Dion Cassius, 55, 13), le droit doit avoir été reconnu ou laissé au patron de reléguer pour cause d'ingratitude l'affranchi hors de Rome (on peut ajouter de tout domicile du patron) et de la région jusqu'à la vingtième pierre milliaire. Tacite, *Ann.*, 13, 26 : *quid enim aliud laeso patrono concessum, quam ut vicesimum ultra lapidem in oram Campaniae libertum relegeret?* pour lequel on soutient encore aujourd'hui d'une manière surprenante la mauvaise correction : *centesi-*

dants est dans la terminologie distinguée de la propriété; mais quant à leur condition juridique, les enfants sont au regard du père, même encore à une époque tardive, dans une situation essentiellement identique à celle des esclaves. Il en a été de même, du moins dans l'ancien droit, des hommes libres qui sont sous la puissance domestique sans être des enfants (1). D'après la règle originaire, la femme est toujours et nécessairement en puissance; à la place de la puissance paternelle apparaît pour la femme mariée la puissance maritale; la femme qui n'est pas en la puissance de son père ou de son mari est soumise à raison du sexe à une tutelle spéciale, qui originairement est bien organisée à la manière des autres puissances (2). Les vestales sont également comme filles de la communauté soumises originairement à la puissance du roi, plus tard à celle du *pontifex maximus*. Mais ces puissances sur les femmes se sont-elles exercées dans la forme de la punition d'un délit? Il n'y en a aucune preuve pour la tutelle à raison du sexe et on ne peut citer pour la puissance maritale que des histoires sans fondement historique créées pour expliquer la vieille règle juridique (3). En effet, à l'époque historique ces puissances se sont difficilement exercées avec toutes leurs con-

Femmes.

Vestales.

(19)

mum, inadmissible au point de vue paléographique, comme si le droit de relégation du patron était aussi étendu que celui du préfet de la ville et comme si la relégation aux bains de mer pouvait être autre chose qu'un *δέσποτον*. Etant donné que le droit appartient légalement au patron de bannir l'affranchi insolent de Rome jusqu'à la vingtième pierre milliaire, celui-ci s'en va en exil, mais à Baïes.

(1) La loi Poetelia de 428/326 provoquée par des mauvais traitements infligés à un *nexus* a, si Tite-Live 8, 28 nous renseigne bien, défendu l'enchaînement des personnes en puissance en dehors du cas de délit. On peut difficilement rapporter cette disposition aux fils de famille.

(2) Caton exprime le principe dans Tite-Live 34, 2, 11 (cpr. c. 7, 11) : *maiores nostri... feminas... voluerunt in manu esse parentium fratrum virorum*.

(3) Le roi Romulus acquitte Egnatius Mecennius, coupable d'avoir assommé sa femme avec un bâton parce qu'elle avait contrevenu à la défense de boire du vin (Valère Maxime 6, 3, 9; Pline, *H. n.*, 14, 13, 89; Tertullien, *Apol.*, 6; Servius sur l'*Ann.*, 1, 731; généralisé par Denys, 2, 25; Polybe, 6, 11 a, 4 [2, 2]). Cette histoire doit sans doute avoir pour but d'expliquer le droit de vie et de mort qui appartenait originairement au mari sur sa femme. Pour un délit semblable une femme est condamnée par les siens (*sui*) à mourir de faim (Fabius chez Pline, *loc. cit.*).

séquences logiques et, d'autre part, on a admis relativement tôt le mariage sans création de la puissance maritale. Sans doute on relie aux vieilles mœurs l'usage plus récent qui transporte au mari ou aux parents l'exécution de la peine infligée à la femme au nom de l'État (1); on leur rattache aussi la délégation du prononcé de la sentence, qu'on rencontre à l'époque impériale pour de tels procès de la part des tribunaux suprêmes non soumis à l'observation des lois (2). Mais si à l'époque historique le droit de correction domestique sur les femmes est disparu aux autres points de vue, la puissance du père sur la fille de famille a encore été exercée à une époque postérieure (3) et surtout la puissance du pontife sur la vierge vestale est non seulement demeurée reconnue en droit et en fait jusqu'à la réception du christianisme comme religion d'État (4).

(1) Tite-Live, 39, 48, 6 (= Val. Max., 6, 3, 7) : *mulieres damnatas cognatis aut in quorum manu essent tradebant, ut ipsi in privato animadvertent in eas; si nemo erat idoneus supplicii exactor, in publico animadvertebatur*. Dans le procès de l'année 662/152 (Tite-Live, Ep., 48) : *Publilia et Licinia... quae viros suos consulares necasse insimulabantur, cognita causa cum praetori* (comme représentant des consuls) *praedes vades dēdissent, cognatorum decreto necatae sunt*, la sentence paraît avoir été prononcée par les *famillos* (Valère Maxime, 6, 3, 8, narre l'histoire de la même façon : *non... putaverunt... longum publicae quaestionis tempus expectandum*); mais c'est un procès criminel public auquel on met fin de cette manière. Dans un procès qui se déroule sous Tibère devant le Sénat (Tacite, *Ann.*, 2, 30 : *adulterū gravio-rem poenam deprecatus, ut exemplo majorum <a> propinquis suis ultra du-centesimum lapidem removeretur, suavit*) le Sénat ordonne la relégation et donne mandat aux proches d'assurer l'exécution de cette peine. La désignation vague de *propinqui* (cpr. p. 28) exclut le rattachement de ce mot à la tutelle à raison du sexe.

(2) Suétone, *Tib.*, 35 : *matronas prostratae pudicitiae, quibus accusator publicus decesset, ut propinqui more majorum de communi sententia coercerent auctor fuit*. La véritable procédure criminelle était donc aussi de règle vis-à-vis de la femme de mauvaises mœurs et c'est seulement lorsque cette procédure faisait défaut que l'intervention de la famille était provoquée par l'empereur. Sous Néron le procès contre une femme de qualité pour délit de religion n'est tranché par le mari qu'en vertu d'une délégation du Sénat (Tacite, *Ann.*, 13, 32 : *Pomponia Graecina... superstitionis externae rea mariti iudicio permissa, itaque prisco instituto propinquis coram de capite fama-que conjugis cognovit et insontem pronuntiavit*).

(3) Condamnations capitales des pères contre leurs filles impudiques. Val. Max., 6, 1, 3, 6.

(4) Comme pour les prodiges, les Annales relèvent avec un soin spécial les condamnations à mort prononcées contre les vestales pour manquo-

mais elle a même été étendue en cas de mauvaise conduite au complice mâle, de telle façon que dans ce cas exceptionnel la discipline domestique se transforme en une procédure juridique formelle, où le *pontifex maximus* exerce le droit de vie et de mort dans la forme de la plus ancienne procédure pénale des magistrats en délibérant avec ses collègues et sans que son pouvoir soit limité ni par les comices ni par des jurés. Il n'est pas certain que cette extension anormale de la compétence des pontifes remonte au très ancien droit; peut-être repose-t-elle sur des décisions relativement récentes du peuple (1).

Le défaut de fermeté des notions de délit, de peine et de procès montre qu'ordinairement la discipline domestique, telle qu'elle est appliquée aux esclaves et aux enfants en puissance, n'est, comme nous l'avons dit, que l'exercice du droit de propriété et ne peut être aucunement considérée comme appartenant au droit pénal; pour toutes ces notions il n'y a pas ici dans chaque cas particulier d'autre limite que l'arbitraire.

La notion de délit n'est pas absente du régime de la discipline domestique, mais elle n'y est pas juridiquement fixée. Le chef de la *domus* peut intervenir à raison de tout acte de son subordonné violant une loi de l'État, que ce soit un délit public ou (2) un délit privé, mais il le peut également à raison de tout

Délits

(21)

mont à la chasteté. Abstraction faite de la condamnation de la vestale Pinaria rapportée pour l'époque de Tarquin l'Ancien (Denys, 3, 67), le cas historique de cette sorte le plus ancien est le procès d'Opimia ou Oppia en 271/483 (Tite-Live, 2, 42; Denys, 8, 89); le plus connu, que nous aurons encore à mentionner à cause de la marche de la procédure, est de 640/114. A l'époque impériale, de pareilles condamnations capitales ont eu lieu sous Domitien (Suétone, *Dom.*, 2; Pline, *Ep.*, 4, 11; Denys, 67, 3), Caracalla (Dion, 77, 16; Hérodien, 4, 6) et même encore à la fin du iv^e siècle (p. 26, n. 2).

(1) Festus, p. 244, d'après Caton : *probrum virginis Vestalis ut capite puniretur, vir qui eam incestavisset verberibus necaretur, lex fixa in atrio Libertatis cum nullis aliis legibus consumpta est*. L'exclusion de la provocation pour le mari peut être rattachée à cette décision du peuple; la femme était déjà sans cela privée du droit de provocation. Dans les récits des Annales la procédure s'étend naturellement aux deux parties.

(2) Sp. Cassius fut puni par son père de la peine de mort pour cause

acte qui n'est pas interdit par une loi de l'État. Au point de vue moral, on peut distinguer l'intervention qui a lieu pour réprimer un délit, celle qui se produit dans un but d'éducation (1) et pour assurer le bon ordre dans la *domus* (2) et celle qui s'exerce par caprice et cruauté; juridiquement, la discipline domestique s'applique parce que tel est le bon plaisir du chef. Surtout elle complète le droit de répression de l'État, ce qui est spécialement important pour les débuts du développement du pouvoir public. Des deux grands domaines nettement distincts que le droit pénal embrasse, à savoir l'intervention spontanée de la magistrature pour lésion de la chose publique et son intervention pour lésion d'un particulier à la demande de la victime, le deuxième s'est sans doute formé à une époque plus tardive. Il y a eu une époque où le transfuge, le lâche et le traître étaient punis, tandis que la répression du dommage causé à un particulier était laissée à la discrétion de la victime elle-même et des siens. Mais de tout temps le chef de la *domus* a eu le droit d'intervenir dans ce second domaine, lorsque le coupable était son subordonné : à défaut d'une procédure d'État, chaque chef de la *domus* pouvait pro-

de trahison, d'après la version récente (Plin., *H. n.*, 34, 4, 15; Val. Max., 5, 8, 2; Tite-Live, 2, 41; Denys, 8, 79; cpr. *Röm Forsch.* 2, 176). L'exécution capitale d'un complice de Catilina en vertu d'une sentence de son père est relatée par Salluste, *Cal.*, 39; Dion, 37, 36, Val. Max., 8, 8, 5. Sénèque, *De clem.*, 1, 15: *Tarius... filium deprehensum in parricidio exilio damnavit causa cognita*. Val. Max., 5, 9, 1 rapporte un cas semblable concernant L. Gellius censeur en 682/72. — L'exécution des fils de Brutus par leur père en qualité de premier consul n'appartient pas à la question ici traitée.

(1) Il ne faut pas confondre cette intervention avec le droit de correction de l'éducateur et en général des parents appelés à faire l'éducation, c'est-à-dire avec l'*emendatio propinquorum*. (C. Th., 9, 13, 1 = C. Just., 9, 15, 1). Ce droit est étranger à la matière de la puissance domestique et n'est pris en considération dans le droit pénal que parce qu'on omet ici intentionnellement pour certains actes, qui ailleurs seraient considérés comme *injuria*, l'application de la peine du délit. — Il en est de même pour le droit de punir qui à une époque postérieure appartient au mari (*maritalis districtio*: Cassiodore, *Var.*, 5, 32); il ne s'agit pas là de la discipline domestique au vieux sens du mot.

(2) Ici se place la correction que le Grand Pontife peut infliger à la vestale pour négligence du feu sacré ou autres petits délits (Tite-Live, 23, 11, 6; Val. Max., 1, 1, 6; Festus, *ep.*, p. 106, *ignis Vestae*; Plutarque, *Numa*, 10).

curer à la victime la réparation convenable et par là préserver sa personne et ses biens de la vengeance privée de la victime. C'est de là que sortent sans doute les anciennes règles de la *noxa* exposées plus haut (p. 7 sv.), en particulier la règle riche en conséquences, d'après laquelle en cas de dommage causé à un tiers par une personne en puissance, le chef de la *domus* est tenu ou de payer à titre de transaction la réparation du dommage ou de donner le coupable en propre à la victime. Cette procédure également applicable au meurtre, au vol, au dommage causé à la chose d'autrui n'est pas une procédure pénale, mais a certainement servi de modèle à l'action privée. Elle pénètre dans la procédure pénale, lorsqu'en cas de délit d'une personne en puissance le chef de la *domus* est contraint par le pouvoir public à faire ce que l'équité et l'usage exigeaient déjà de lui auparavant et lorsque en cas de délit d'une personne pleinement libre l'État traite celle-ci comme le chef de la *domus* traite son subordonné coupable. Évidemment l'intervention de l'État en cas de délits privés restreint le domaine de la discipline domestique, mais ne lui fait pas perdre son rôle pour les délits des personnes en puissance (1). Jusque dans les derniers temps, les délits commis par une personne en puissance contre le chef de la *domus* ou contre une personne soumise à la puissance de celui-ci ne donnèrent pas lieu à l'intervention de la justice, à moins qu'on ne les eût fait rentrer dans le domaine du droit pénal public (2); le motif en était que la condition préalable de toute action privée, l'existence de

(1) Lorsqu'un esclave était accusé de meurtre ou d'un autre délit le maître infligeait lui-même la torture (Val. Max., 3, 4, 1) ou permettait à la victime de l'infliger (*Dig.*, 47, 10, 15, 34, 42; Plaute, *Mosl.*, 1086; Térence, *Heu.*, 773) et, si le délit lui paraissait prouvé, faisait l'abandon noxal de l'esclave (Val. Max., *loc. cit.*) Plus tard la même chose eut encore lieu fréquemment sans intervention judiciaire parce que le maître préférait accomplir spontanément ce qu'on pouvait le contraindre à faire.

(2) Comme dans l'action publique au sens juridique du mot c'est la communauté qui agit, le maître peut, comme toute autre personne, jouer le rôle d'accusateur contre l'esclave et cela a lieu en pratique au cas d'accusation pour adultère (*Dig.*, 48, 2, 5). La citation de l'esclave par son maître devant les préfets de la ville (*Dig.*, 1, 12, 1, 5) appartient sans doute à la propagation postérieure de la *coercitio* publique.

(23) parties, faisait ici défaut. Ces actes provoquèrent seulement l'application des moyens supplétoires de la discipline domestique, complément du droit pénal (1). — Le droit public a notamment laissé jusqu'à la fin de la République à l'autorité domestique le soin d'exercer la discipline sur les femmes. Tandis que les mœurs étaient peu rigoureuses pour les crimes sexuels des hommes, elles se montraient par contre très sévères pour la chasteté des femmes, et le droit pénal de la République n'a ignoré les fautes de ce genre commises par les femmes qu'à raison de l'application en pareil cas de la répression domestique, soit parfois du mari lui-même dans l'ancien droit, soit surtout du père. La procédure contre la vestale qui manque à la chasteté n'est que l'application aux filles de la communauté de la procédure usitée au regard des filles de famille impudiques. Plus tard, à la suite de la décadence progressive de la discipline domestique qui devait aboutir finalement à sa ruine totale, Auguste lui substitua la répression par l'État en cas d'adultère et de *stuprum*.

Formes de la
peine.

En outre, il manque dans le régime de la discipline domestique une notion de la peine juridiquement fixée, c'est-à-dire une corrélation ferme entre le délit et son expiation. En dehors de l'exécution capitale et de la correction, la relégation hors de Rome joue un rôle considérable dans l'activité du tribunal domestique, non seulement au regard des esclaves (2), mais aussi au regard des personnes libres (3) et des affranchis

(1) Ulpien, *Dig.*, 47, 2, 16. 17, *pr.* : *servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur; neque enim qui potest in furem statuere necesse habet adversus furem litigare: idcirco nec actio ei a veteribus prodita est.* *Dig.*, 25, 2, 1. *Inst.*, 4, 1, 12. On n'a pas besoin de preuves pour établir une pareille application de la discipline domestique. *Dig.*, 9, 2, 23, 4, mentionne une instruction avec emploi de la torture.

(2) Rien n'est plus habituel que le transfert de l'esclave à titre de peine de la *familia urbana* dans la *familia rustica* (*Dig.*, 28, 3, 35, 3; Marquardt, *Handb.*, 7, 179 [Marquardt, *Vie privée*, T. I, p. 214]).

(3) Cette relégation est mentionnée dans les cas du fils de L. Manlius, dictateur en 391/363 (Tite-Live, 7, 4; Cicéron, *De off.*, 3, 31, 112; Val. Max., 5, 4, 3. 6, 9, 1; Appien, *Samn.*, 2; *Viri ill.*, 28; Sénèque, *De benef.*, 3, 37); de Q. Fabius (p. 26, n. 3); de Tarius Rufus (Sénèque, *De clem.*, 1, 15:

(p. 18, n. 3), tandis que l'ancien droit pénal de l'État ne connaissait pas cette peine et que celle-ci n'a passé de la discipline domestique dans le droit pénal qu'à l'époque impériale. Il n'est pas question ici de peines pécuniaires; car celui qui est en puissance ne peut avoir de patrimoine au sens juridique du mot; en fait, il est indiscutable qu'on a fréquemment touché au pécule, surtout si celui-ci est presque un patrimoine, comme cela est le cas pour la vestale. Il ne peut pas y avoir de règles pour le mode ni pour la mesure de la peine. Conformément au caractère de la discipline domestique, le délit le plus grave peut demeurer impuni, la faute la plus légère avoir les conséquences les plus rigoureuses et même l'arbitraire pur se manifester quand il n'y a pas de délit. Une pareille conduite n'est blâmable que dans la mesure où l'abus de la propriété ne doit pas être approuvé (1). Cette conception de la discipline domestique, pratiquement réalisée avec une logique effrayante, n'a reçu, abstraction faite de l'émancipation des femmes mentionnée plus haut, aucun adoucissement essentiel à l'époque républicaine (2). Au contraire, la répression du délit de la vestale contre la chasteté comme délit digne de la peine de mort, à une époque où la dissolution de mœurs des femmes s'était élevée à un degré qu'elle a à peine atteint depuis, fut postérieurement, par suite de l'accroissement de la

(24)

mollissimo genere poenae contentum esse debere patrem... debere illum ab urbe... submoveri); cette question, est aussi visée par Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 15, 42. Les relégations qu'Auguste infligea à sa fille et à sa petite-fille (Suétone, *Aug.*, 65 et ailleurs) doivent également être plutôt rapportées à sa puissance domestique qu'au pouvoir extraordinaire de répression de l'Empereur. — Du même genre est l'incarcération par Tibère de son petit-fils Drusus dans les souterrains du palais impérial (Suétone, *Tib.*, 54).

(1) C'est encore sur cette raison que Gaius (1, 53: *male nostro jure uti non debemus, quia ratione et prodigiis interdicitur honorum suorum administratio*) et même Justinien (*Inst.*, 1, 8, 2: *expedit rei publicae, ne quis re sua male utatur*) fondent les restrictions des droits du maître sur les esclaves.

(2) On parle de blâme consorsial en cas de mauvais traitement d'esclaves (Denys, 20, 5; *St. R.*, 2, 381 [*Dr. publ.*, t. 4, p. 59]; mais les preuves manquent et il paraît difficile que cela soit fortuit. On ne peut rattacher à la question traitée ici la perturbation d'une fête populaire par l'exhibition publique d'un esclave condamné (Cicéron, *De div.*, 1, 25, 55 et souvent ailleurs).

crainte des dieux que provoquaient de pareils désordres, plutôt aggravée qu'adoucie (1). Sans doute, à l'époque impériale, le droit de prononcer la peine de mort à titre de punition domestique a été peu à peu restreint, comme nous l'exposerons plus en détail dans le Livre IV à propos du meurtre : depuis l'empereur Claude la mise à mort d'un esclave sans motif et depuis Constantin la mise à mort d'un fils de famille ou d'un esclave sans intervention de la justice sont comprises dans la notion de meurtre. Quant au tribunal pontifical, il n'a perdu son pouvoir sur les vestales et leurs complices que postérieurement à Constantin, mais il en a été dépouillé de telle façon qu'après instruction du délit par le collège des pontifes on recourt aux tribunaux de l'État pour l'exécution de la peine (2). La discipline domestique ne fut pas par là transformée en une juridiction domestique ; après comme avant, l'arbitraire servit seul ici de règle, mais cessa de pouvoir aller jusqu'aux mesures extrêmes (3).

(25) Enfin la discipline domestique manque d'une procédure juridiquement organisée (4). Sans doute cette puissance doit

procédure pénale.

(1) Sur les formes d'exécution contre les vestales et leurs amants, cpr. Sect. II du Liv. V.

(2) A l'occasion d'un inceste commis par une vestale d'Albe, le collège pontifical romain procède encore à la fin du iv^e siècle à l'instruction, mais appelle, conformément aux précédents (*tibi actio de proximi temporis exemplo servata est*), pour l'exécution de la sentence qui paraît être une condamnation capitale, le préfet de la ville et comme celui-ci s'excuse parce qu'il ne peut quitter la ville, le gouverneur de la province compétent (Symmaque, *Ep.*, 9, 147, 148. Cpr. 9, 198). L'exercice direct du droit de discipline domestique n'est donc plus permis au collège des pontifes par les gouvernements du iv^e siècle.

(3) Cela ressort nettement de ce fait que dans la limitation, et plus tard dans l'interdiction de la mise à mort de l'esclave par le maître sans intervention de la justice, on désigne expressément comme non punissable la mort causée sans intention par la correction (Paul, *Coll.*, 3, 2, 4, *C. Th.*, 9, 12, 4 = *C. Just.*, 9, 14, 1).

(4) Orose, 3, 16 : *isdem temporibus (649/105-651/103) Q. Fabius Maximus filium suum adolescentem rus relegatum cum duobus servis parricidii ministris interfecit ipsosque servos in pretium sceleris manu misit : die dicta Cn. Pompeio aevusante damnatus est.* Marcien, *Dig.*, 48, 9, 5 : *divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris jure eum interfecit.* Il ne faut pas faire grand cas du récit de Denys, 16, 5. (cpr. Val. Max., 6, 1, 9).

se manifester comme l'exercice d'un droit et, déjà à l'époque républicaine, le père qui fait périr perfidement son fils en puissance est puni comme un meurtrier (1). Mais l'observation d'une forme fixe pour l'exercice de cette discipline domestique n'est prescrite à aucun endroit, une pareille idée est même contraire à la nature de cette discipline. Celle-ci est, conformément à son essence, inquisitoriale ; toute plainte n'est en effet qu'une dénonciation. Tandis que le tribunal institué par l'État est nécessairement public, dans la discipline domestique la sentence est prononcée à l'intérieur de la maison qui est, pour le tribunal des pontifes, la maison officielle du Grand Pontife, c'est-à-dire la *regia* (2) ; ce qui distingue formellement l'exercice de cette discipline de la procédure pénale. A vrai dire, dans les cas les plus importants, parmi lesquels ne figurent pas les mesures prises contre les esclaves, mais bien les accusations graves contre les enfants en puissance, on exige, non en vertu d'une loi mais à raison d'un usage reçu généralement chez les Romains, l'adjonction au père de famille d'hommes de conseils et un débat qui se déroule devant eux à la manière d'un procès (3). C'est ainsi que tous les pontifes prennent régulièrement part aux procès contre les vestales.

d'après lequel les tribuns auraient intenté une action pour meurtre contre un maître qui avait maltraité une personne se trouvant en servitude pour dette.

(1) Sénèque, *De clem.*, 1, 15. Val. Max., 5, 8, 2, et de même dans l'affaire de Torquatus (p. 27, n. 3).

(2) Pline, *Ep.*, 4, 11. Cela n'exclut pas la présence d'auditeurs (Cicéron, *De har. resp.*, 6, 12).

(3) Val. Max., 5, 8, 3 : (*Torquatus*) *cognitione suscepta domi consedit solusque* (p. 28, n. 3.) *utrique parti per totum biduum vacavit ac tertio plenissime die diligentissimeque auditis testibus ita pronuntiavit*. Le tableau le plus vivant d'un tribunal domestique de ce genre nous est donné par Josèphe, *Ant.*, 16, 361-372 (c. 11, 2, 3), *Bell.*, 1, 534-543 (c. 1, 2, 3) dans sa description du tribunal familial, organisé par le roi Hérode sur le conseil d'Auguste d'après un modèle romain pour juger ses fils. Dans ce tribunal siègent et votent environ 150 personnes parmi lesquelles figurent les parents de la famille royale et les officiers romains les plus notables. L'affaire se déroule de la même manière dans le *consilium* tenu par L. Tarius Rufus vis-à-vis de son fils, dans lequel siège Auguste et où l'on vote par écrit (Sénèque, *De clem.*, 1, 15).

- (26) De même dans les procès capitaux contre les femmes (1) ou les enfants en puissance (2), on appelle à concourir au jugement les parents et les amis de la famille et parfois même des hommes de marque moins liés avec la famille. La décision est rendue, comme dans tout *consilium* volontairement formé, après audition des conseillers et elle émane du Grand Pontife dans le procès de la vestale et du chef de famille dans la procédure contre les femmes et les enfants en puissance (3). Il est donc logique qu'une sentence ainsi rendue ne soit pas considérée comme un jugement au sens juridique du mot et que par suite un acquittement ainsi prononcé ne fasse pas obstacle à l'exercice d'une action criminelle publique (4).

(1) Denys, 2, 25 : = τὰυτὰ δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον. Pline, 14, 13, 89 : *matronam... a suis inedia mori coactam*. Cpr. Tite-Live, *Ep.*, 48 : *cognatorum (propinquorum Val. Max. 6, 3, 8) decreto*. Suétone, *Tib.*, 35 : *ut propinqui more majorum de communi sententia coercerent*. Tacite, *Ann.*, 2, 50 (p. 20, n. 1.) 13, 32 (p. 28, n. 3).

(2) Val. Max., 5, 8, 2 : *adhibito propinquorum et amicorum consilio*. Lo même, 5, 9, 1 : *poenae universo senatu adhibito in consilium*.

(3) Tacite, *Ann.*, 13, 32 : *isque prisco more propinquis coram de capite famaque conjugis cognovit et insontem pronuntiavit*. Val. Max., 5, 9, 1 : *absolvit eum cum consilii tum etiam sua sententia*. La procédure pour cause d'exaction de T. Manlius Torquatus, consul en 539/163, contre son fils, actuellement sorti de sa puissance, (Cicéron, *De fin.*, 1, 7, 24 : Tite-Live, *Ep.*, 54 ; Val. Max., 5, 8, 3) n'appartient pas à proprement parler à la discipline domestique, puisque le père n'a plus la puissance et finit simplement par prononcer contre son fils pour sa conduite malhonnête un blâme qui pousse ce dernier à se donner la mort. Mais elle est au fond de même nature que la procédure domestique, et de même que Torquatus prononça sa sentence sans le concours du *consilium necessariorum* (Val. Max., *loc. cit.*), de même tout chef de famille aura dans la procédure domestique cette faculté.

(4) C'est ce que montre le procès contre les vestales de 640/114.

SECTION III

(27)

LE DROIT DE LA GUERRE

La science romaine du droit prend pour point de départ la plénitude de pouvoirs de la magistrature. D'après cette conception le chef unique et à vie de la communauté, le souverain (*rex*), réprime originairement avec une plénitude de puissance uniformément illimitée les fautes religieuses, militaires et civiles tant à l'intérieur qu'au dehors des murs de la ville et il n'existe encore aucune différence juridique entre les divers genres d'injustice, ni entre l'état de paix et l'état de guerre. Le roi fait bien des lois qui obligent les membres de la communauté, mais qui ne lient ni lui, ni ses successeurs. Est délit, l'acte que le roi punit; est peine, le mal que le roi inflige à une personne. Si la coutume pose à ces deux points de vue des limites, leur observation dépend [de l'arbitraire royal; le droit positif de la communauté n'indique aucun moyen pour soustraire l'innocent à la punition ou pour empêcher un genre de peine contraire aux mœurs. Il n'y a pas, lorsqu'une accusation s'élève, de procédure formelle d'investigation; le roi a le pouvoir d'instruire et de trancher toute affaire et il a également la faculté de transporter l'instruction et la décision à un représentant. Un appel à la totalité des citoyens après le prononcé de la condamnation peut avoir lieu, mais seulement lorsque le roi l'autorise. Les notions de délit, de peine et de procédure existent bien en fait au sein de la

Droit de la
guerre et droit
de la paix.

(28) communauté, mais non en droit. C'est de cette puissance complète que sont issus le droit public et le droit pénal de l'époque postérieure, en particulier par la séparation du gouvernement de la ville et du gouvernement militaire et par la limitation des pouvoirs du magistrat dans le premier de ces deux domaines.

Cette construction juridique ne peut évidemment pas être considérée comme une tradition historique. Elle est née, d'une part, du transfert de la discipline domestique dans le droit public par assimilation du roi et des citoyens au chef de la *domus* et à ses subordonnés et, d'autre part, par la généralisation du droit de la guerre postérieure. En fait, il est difficile qu'elle corresponde pleinement à la vérité. Il est bien plutôt vraisemblable que la distinction des pouvoirs du magistrat à l'intérieur et à l'extérieur des murs est aussi vieille que ces murs eux-mêmes et que l'autorité origininaire du souverain était essentiellement limitée au second domaine, tandis que dans l'intérieur des murs la souveraineté se faisait peu sentir et le chef de la *domus* ne pouvait au début compter que sur lui-même et sur les siens et était ainsi réduit à se rendre justice à lui-même. Un manque complet de souveraineté n'est pas conciliable à vrai dire avec la perpétuité de l'organisation sociale et on ne peut attribuer au roi romain la simple situation d'un duc. Les membres de la communauté se rencontraient pour repousser, en groupant leurs forces, l'oppressé étranger et ils s'aidaient les uns les autres en cas d'incendie de maison; pour cette défense et ce secours ils se donnaient un chef. La distance est grande entre cette organisation sociale primitive, dans laquelle le chef de la communauté conduit les citoyens hors des murs pour repousser les brigands ou pour commettre eux-mêmes des brigandages et apparaît dans l'intérieur des murs en cas d'incendie sur le théâtre du sinistre, et le développement actuel de l'État où celui-ci forme chaque citoyen au métier des armes et où se réalise cette idée puissante d'une garantie collective contre toute souffrance et toute misère qui pourrait atteindre chaque membre en parti-

culier; de même que la distance est grande entre les douze gens de police qui dans les rues assuraient la liberté du passage au magistrat suprême de Rome et les armées permanentes des temps modernes. Cette longue évolution de l'État s'est accomplie en suivant les traces du peuple romain.

Si donc l'on peut considérer la magistrature comme naturellement soumise à l'ensemble des citoyens, cette subordination se produit principalement dans l'état de paix; la loi a bien ici lié de tout temps le magistrat et par là créé une base aux notions de délit, de procédure et de peine. Mais la conception de la magistrature comme un gouvernement arbitraire illimité, exclue de l'organisation juridique de l'état de paix, a sans doute reçu son application dans l'état de guerre. Cet arbitraire même est le contraire d'une organisation juridique et ne peut être l'objet d'un exposé systématique, quoique la coutume lui ait donné dans la procédure du droit de la guerre une certaine forme extérieure. A cet égard, ce que nous avons dit de la discipline domestique s'applique ici. Mais il est nécessaire de déterminer le domaine dans lequel règne cet arbitraire et par conséquent de fixer les limites à l'intérieur desquelles il n'y a pas de droit pénal romain. (29)

En dehors des murs de la ville l'état de guerre est permanent en droit, qu'il y ait réellement guerre ou non, et le magistrat, c'est-à-dire ici le général, exerce les pouvoirs que requiert le commandement. Est surtout soumis au droit de la guerre quiconque est au service de l'armée romaine, mais plus exactement, semble-t-il, tout individu sans distinction de droit personnel (1). L'extension de la discipline des camps aux sujets italiens et provinciaux qui ne sont pas au service militaire est juridiquement la source de ces abus de puissance de la part des magistrats, dont les derniers siècles de la République en particulier nous donnent des exemples d'une atro-

Le droit de la guerre en général.

(1) Il est traité de l'application du droit de la guerre aux personnes qui ne sont pas au service de l'armée dans la Section suivante à propos de la *coercitio* et dans la Sect. II du Livre suivant à propos de la *iudicatio*.

cité sans égale (1). La juridiction du Sénat à l'époque républicaine sur les cités italiques n'est pas en effet autre chose que l'application du droit de la guerre en dehors des murs de la ville par les magistrats romains investis de l'*imperium*, application qui dans les derniers temps de la République est liée en fait à la coopération du Sénat. Elle est dirigée en première ligne contre l'insubordination des cités nominalement alliées de Rome, mais en fait dépendantes d'elle, et contre toute tentative de leur part pour se soustraire à cette dépendance; mais étant donné le caractère formellement illimité de cette juridiction, d'autres délits sont aussi soumis à cette procédure du droit de la guerre, notamment ceux qui sont commis en masse, comme les brigandages et le *veneficium*, et qui menacent la paix publique au delà des limites d'une seule cité. Les autorités romaines se sont inévitablement heurtées dans (30) l'exercice de leurs pouvoirs aux droits garantis par écrit aux cités italiques; de tels conflits appartiennent au droit public et à l'histoire, non au droit pénal. En outre, toute l'administration provinciale repose, non pas exclusivement mais essentiellement, sur la mise en œuvre du droit de la guerre. Toutefois il ne doit pas être question ici de l'application de ce droit en dehors du service militaire, mais seulement de son application directe dans le commandement de l'armée vis-à-vis des soldats au service. En pareille matière on se laisse guider par les besoins de la discipline (*disciplina*). Celle-ci peut être exercée avec ou sans équité; mais ici on ne se demande pas qui a droit ou tort. C'est ainsi que s'établissent ici pour le délit, la peine et la procédure des règles qui ne sont en aucune

(1) Tite-Live, 42, 1, rapporte pour l'année 581/173 comme premier exemple d'abus commis vis-à-vis des alliés romains: (*consul*) *iratus Praenestinis... litteras Praeneste misit, ut sibi magistratus obviam exiret, locum publice pararet ubi deverteretur jumentaque cum exiret inde praesto essent*. Pour la même époque des abus encore plus révoltants sont mentionnés dans un discours de C. Gracchus, rapporté par Aulu-Gelle, 10, 3, 3. 5. 17. Quant aux citoyens romains, ce n'est pas la loi qui défend au magistrat de les traiter de cette manière, mais la crainte bien fondée à cette époque du contrôle des tribuns et des comices.

manière conformes à celles du droit pénal proprement dit. Nous ne pouvons nous occuper ici en détail de ces règles; nous voulons seulement à titre de contraste avec le droit pénal indiquer les notions fondamentales du droit de la guerre.

La catégorie des délits punissables d'après le droit de la guerre concorde sans doute en partie avec celle des crimes d'État: la désertion et la révolte appartiennent aux deux groupes. Mais la désobéissance à l'ordre du magistrat que le droit pénal ne range pas parmi les délits figure au premier rang des délits du droit de la guerre (1); la fuite du camp et l'abandon du poste assigné font encourir la peine de mort (2). Le droit pénal de la République ne connaît pas les crimes sexuels et ne connaît le vol que comme délit ordinairement frappé d'une amende; d'après le droit de la guerre, l'inconduite est un crime capital dans la mesure où elle est une violation de la discipline des camps (3) et il en est de même du vol commis dans le camp ou auprès de lui (4). Le droit de la guerre ne connaît pas la distinction des délits publics et des délits privés. Les considérations d'intérêt militaire déterminent seules dans le droit de la guerre le cercle des délits; l'élément moral sur lequel se fonde le droit pénal des civils passe ici au second rang.

Délits des
soldats.

(31)

Dans le droit de la guerre la peine, à l'instar du délit, se sépare d'une manière absolue de l'institution correspondante du

Peines infligées
aux soldats.

(1) Modestin, *Dig.*, 49, 16, 3, 15: *in bello qui rem a duce prohibitam fecit aut mandata non servavit, capite punitur, etiamsi res bene gesserit.* Ménandre, *Dig.*, 49, 16, 6, 2: *contumacia omnis adversus ducem vel praesidem militis capite punienda est.*

(2) Polybe, 6, 37, 12 et ailleurs.

(3) Polybe, 6, 32, 9.

(4) Polybe, *loc. cit.*: *φυλοκοπεῖται δὲ καὶ ὁ κλέψας τι τῶν ἐκ τοῦ στρατοπέδου.* La règle précise nous est donnée par le serment des soldats (Cincius chez Aulu-Gelle, 16, 4); le soldat jure de ne pas soustraire par jour dans le camp ou dans un rayon de dix mille autour du camp des objets pour une valeur supérieure à un denier, à l'exception du bois, du fourrage et d'autres choses semblables. — Sont du même genre les peines de mort établies par le droit de la guerre pour faux témoignage (Polybe, 6, 37) et pour triple répétition du même délit (Polybe, *loc. cit.*), de même que les peines pour blessures faites à un camarade (*Dig.*, 49, 16, 6, 6) et pour tentative de suicide (*Dig.*, 48, 19, 38, 12. 49, 16, 6, 7). De telles prescriptions ne peuvent appartenir au droit pénal.

droit applicables aux civils. Toutefois les principales peines militaires méritent d'être mentionnées à titre de comparaison.

1. La peine de mort occupe dans le droit de la guerre, comme dans le droit public de l'époque précédente, le premier rang (1), et, quoique le général ait également le droit de faire arrêter le coupable et de l'envoyer à Rome pour qu'il y soit condamné, il a rarement fait usage de cette faculté (2). Si l'application de la peine de mort dans la ville se raréfie de bonne heure au cours de la période républicaine, le général a gardé pendant de longs siècles le droit de l'infliger au citoyen romain; ce pouvoir lui a certainement été enlevé par une loi antérieure à 646/108, sans qu'il soit du reste possible d'en déterminer plus précisément la date (3). Cette disposition

(1) Quant à la forme d'application de la peine, l'exécution capitale civile par la hache ou la croix s'est séparée de bonne heure de l'exécution militaire par l'épée; on reviendra dans le Livre V sur cette opposition qui existe plus en fait qu'en droit. Lorsqu'à l'époque impériale la peine fut mesurée d'après le rang social, les soldats, comme le montrera le Livre V, Sect. XII, furent rangés dans une classe élevée.

(2) Dans l'affaire du légat Q. Pleminius en 550/204 le général Scipion ne renonce pas à son droit de prononcer la sentence (Tite-Live, 29, 9, 8, c. 21, 2), mais le préteur envoyé par le Sénat lui retire l'affaire des mains et condamne le légat et ses complices conformément aux pouvoirs qui appartiennent au général (Tite-Live, 29, 21, 12). Cependant cette sentence n'est pas exécutée et paraît annulée par le transfert de l'accusé à Rome où le procès recommence (Tite-Live, 29, 22, 7).

(3) La procédure contre Q. Pleminius (Tite-Live, 29, 21) ne permet pas de trancher avec certitude la question de savoir, si celui-ci aurait pu être exécuté en vertu du droit de la guerre; cela doit cependant être admis comme vraisemblable. Il ressort de Salluste (*Jug.*, 46) qu'en 646/108 le général n'avait plus le droit de faire exécuter un citoyen romain, tandis que ce droit lui restait encore sur le Latin. Cette règle a été établie par une loi Porcia; la preuve nous en est, en effet, donnée par la monnaie de P. (Porcius) Laeca (*R. M. W.* p. 552 [*Hist. de la mon. rom.*, trad. de Blacas, t. II, p. 365]), qui représente un homme armé ayant un licteur derrière lui et étendant la main vers la tête d'un homme portant la toge avec l'inscription mise en dessous: *provoco*. Il en résulte, en outre, que cette loi protégeait les citoyens romains d'une manière générale hors de la ville et n'a été appliquée que par voie de conséquence à ceux d'entre eux qui étaient au service militaire. Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 3, 8; *de civibus Romanis contra legem Porciam verberatis aut necatis* permettrait de penser aussi à des peines infligées par des officiers; car Rabirius a bien pu prononcer de tels jugements comme chevalier romain et n'a pu violer la loi Porcia qu'à ce titre. Si d'après Cicéron (*De rep.*, 2, 31, 54) les trois lois

perdit ensuite sa force avec la chute de la République au regard du commandement impérial. La différence interne des deux systèmes apparaît nettement dans ce fait que dans le droit de la guerre on voit intervenir ces deux facteurs (1) : le droit de grâce du général et le hasard dont dépend finalement dans la décimation (2) l'application ou la non application de la peine de mort. Il est clair qu'ici toute idée de droit est écartée. (32)

2. Le droit positif romain de la République ne connaît pas la peine corporelle, notamment la fustigation comme peine indépendante (3); au contraire la bastonnade a été, comme on sait, usitée à toute époque chez les Romains dans le droit de la guerre (4).

3. L'emprisonnement apparaît peu comme moyen disciplinaire vis-à-vis des soldats, tandis qu'il joue le premier rôle dans la *coercitio* contre les particuliers.

Porcia relatives à la provocation, reproduisant la plus ancienne loi sur cette matière, n'ont fait qu'aggraver la punition du contrevenant (*De rep.*, 2, 31, 57 : *neque vero leges Porciae, quae tres sunt trium Porciorum..., quicquam praeter sanctionem attulerunt novi*), on ne doit pas trop prendre ce témoignage à la lettre; une de ces lois — nous ne savons pas, si c'est elle qui fut proposée par Caton l'Ancien (p. 52, n. 3.) ou une des deux autres — a étendu la provocation à la puissance du général et Cicéron dans sa constitution idéale désapprouve cette extension par ces mots (*De leg.*, 3, 3, 6) : *militiae ab eo qui imperabit provocatio ne esto*. — Cette provocation ne peut certainement pas avoir été une provocation dans l'ancienne forme dans laquelle la condamnation capitale du général aurait été soumise à la communauté; elle a consisté uniquement à empêcher ou annuler la procédure du général et à transporter le procès dans la ville; elle a donc consisté dans l'arrestation du coupable par le général et dans son envoi à Rome, comme cela pouvait avoir lieu aussi à l'époque antérieure et dans l'exercice à Rome de la procédure pénale tribunitienne (Dion, *fr.*, 100).

(1) Dans la procédure pénale civile il n'est pas permis au magistrat d'accorder la grâce après le prononcé de la sentence.

(2) Cpr. spécialement Polybe, 6, 38; Tacite, *Ann.*, 3, 21. La règle d'après laquelle on laisse la vie à celui qui, condamné à être passé par les verges, survit à l'application de cette peine (Polybe, 6, 37, 4), est étendue à celui qui est précipité du haut de la roche Tarpéienne (Dion, *fr.*, 17, 8).

(3) Cpr. l'exposé du Livre V.

(4) Polybe, 6, 37, 8. Modestin, *Dig.*, 49, 15, 3, 1. Application aux officiers : Tite-Live, 29, 9, 4; Val. Max., 2, 7, 4, 8. Le rejet mentionné plus loin de la fustigation hors du domaine de la *coercitio* civile s'est plus difficilement étendu à la discipline des camps.

(33) 4. Le droit de la guerre connaît aussi les peines pécuniaires (1), mais il n'y est sans doute question que de privation de solde ou de toute autre peine de ce genre en rapport avec la discipline des camps. Le général n'a certainement pas pu, comme cela a lieu fréquemment dans le droit pénal applicable aux civils, infliger ni privation de tout ou partie du patrimoine, ni amendes graves ; car une pareille punition ne peut être exécutée dans le camp.

5. La saisie d'objets particuliers du patrimoine, telle que nous la définirons dans la Section suivante, a également eu lieu dans le droit de la guerre (2), mais elle s'est sans doute restreinte comme au cas précédent à ce qu'un soldat possède dans les camps.

6. Les aggravations de service par voie de dégradation ou dans d'autres formes et, d'une manière générale, les peines arbitraires sont aussi inconnues au droit pénal des civils qu'elles sont fréquentes dans le droit de la guerre.

Tribunal
militaire.

Ce que nous avons dit du délit et de la peine dans le droit de la guerre s'applique également à la procédure. Celle-ci n'est pas juridiquement nécessaire comme dans le droit pénal des civils ; en particulier, le général peut punir sans aucune forme de procès quand il a une conviction personnelle. La division de l'instance rigoureusement organisée dans la procédure pénale des civils, qu'elle y soit légalement exclue ou légalement prescrite, est étrangère au droit de la guerre. Il n'y a ici aucune place pour l'institution du jury ; mais il pourra y avoir ici dans certaines circonstances convocation d'un *consilium* (3). Tandis que le magistrat urbain doit administrer personnellement la justice dans la mesure où ce pouvoir lui appartient, le général n'y est pas obligé d'après le droit de la guerre ; il est seulement d'usage que dans les cas les plus importants il tranche l'affaire avec ou sans le concours d'un *consilium*, la

(1) Caton chez Aulu-Gelle, 11, 4, 6. Polybe, *loc. cit.* Modestin, *loc. cit.*

(2) Polybe, *loc. cit.*

(3) Tite-Live, 29, 20. 21.

justice militaire ordinaire étant déléguée aux tribuns des légions et d'une manière générale aux officiers (1).

L'opposition du droit de la guerre ou, pour parler plus exactement, de l'arbitraire militaire et de l'ordre juridique a naturellement des limites purement territoriales, qui sont marquées par l'enceinte des murs de la ville de Rome ou plutôt par la première borne milliaire de la banlieue. Mais cette ligne très nette de démarcation a été rompue par l'établissement de tribunaux romains extraurbains, d'abord par la création des préfectures italiques et des villes de citoyens, puis par celle des préteurs provinciales. Cette juridiction extraurbaine (2), qui ne repose pas sur une loi mais sur le pouvoir ou *imperium* du magistrat, se sépare de la procédure du droit de la guerre d'abord dans le domaine du droit privé. Le général statue aussi sur les contrats et les délits privés de ses soldats, mais il n'établit jamais de jury ; au contraire, le préfet nommé pour Capoue par le préteur, le magistrat municipal d'Ostie, le préteur de Sicile exercent la juridiction privée de la même manière que le préteur de la ville. La procédure pénale des magistrats et des comices n'a pas été, bien entendu, transportée aux autorités extraurbaines ; mais cela a eu lieu dans les *quaestiones*, quoique pour la première fois seulement sous le Principat et d'une manière incomplète, lorsqu'à la place du jury dirigé par le magistrat fut établie une instance relevant exclusivement des magistrats. Cette procédure juridique extraurbaine de la fin de la République et de l'Empire n'obéit pas aux règles du droit de la guerre, mais tombe dans le domaine de la *coercitio* et de la juridiction des magistrats.

(1) Polybe, 6, 37, 8. Paul, 5, 26, 2. *St. R.*, 1, 144 [*Dr. publ.*, t. 1, p. 165].

(2) Le *judicium quod imperio continetur* peut aussi trouver son application dans la ville, quand les conditions du *judicium legitimum* font défaut ; mais il a sans doute pour point de départ les instances dans lesquelles ces conditions ne peuvent pas être réunies, c'est-à-dire les instances extraurbaines.

LE DROIT DE COERCITION DES MAGISTRATS

limitation de la
naissance du
magistrat urbain.

D'après la science romaine du droit, le droit positif et en particulier le droit pénal sont issus de la plénitude des pouvoirs qui appartenaient originairement au magistrat et se sont développés par la limitation de ces pouvoirs. Cette limitation s'est accomplie d'une double manière : d'une part, en retirant en principe au droit pénal les fautes religieuses ; d'autre part, en distinguant pour les autres délits le domaine de la paix et celui de la guerre et en maintenant pour ce dernier les règles anciennes, tandis que dans le premier on enlevait au magistrat certains moyens de répression. Ce que le magistrat a gardé à ce dernier égard des anciens pouvoirs arbitraires et les peines qu'il est autorisé à appliquer dans la ville, sans être lié à la confirmation des comices et à la sentence des jurés, constituent ce que nous appelons la coercition par opposition à la juridiction. Plus tard, lorsqu'à la fin de la République et sous le Principat, des magistrats extraurbains ont été munis de l'*imperium* judiciaire, leur droit de coercition a été soumis aux mêmes limites juridiques, surtout lorsque l'*imperium* militaire leur faisait défaut, comme cela a eu lieu pour les magistrats municipaux. Même chez les détenteurs extraurbains du commandement militaire, l'*imperium*, lorsqu'il ne se présente pas comme pouvoir disciplinaire militaire, prend le caractère d'un pouvoir juridictionnel et en revêt

en quelque sorte les formes, bien que le caractère illimité, que possède en droit la puissance du magistrat extraurbain, ne disparaisse aucunement. Dans cette Section nous ne traitons que du droit de coercition limité des magistrats urbains revêtus de l'*imperium*, le droit de coercition des magistrats en général n'est envisagé qu'incidemment.

Nous ne pouvons ni prouver ni contester que la plénitude des pouvoirs religieux, considérée par la science romaine du droit comme contenue dans la puissance royale à côté de la plénitude des pouvoirs civils (1), ait appartenu en fait à la Royauté. S'il en a été ainsi, si le roi avait le pouvoir de condamner à mort pour une faute de ce genre tout citoyen que le Grand Pontife déclarait impie d'après le droit postérieur, ce pouvoir n'a passé, lors de la séparation à l'époque républicaine de la magistrature et du sacerdoce, ni à l'une ni à l'autre de ces fonctions ; les règles romaines, dont nous avons connaissance, ne parlent ni de délits religieux ni de procédure pénale religieuse. Sans doute, comme nous le montrerons dans le Livre V, la peine publique est conçue à l'origine comme une expiation religieuse et l'exécution capitale comme un sacrifice ; mais celui-ci n'a lieu qu'à la suite d'un délit public, c'est-à-dire à la suite d'un tort causé à la communauté, et il est toujours et nécessairement accompli par le magistrat ; la coopération des prêtres n'est ici jamais exclue ; mais en cas de délit public ceux-ci n'interviennent jamais dans l'exercice du pouvoir juridictionnel (2). Les manquements aux prescriptions religieuses qui ne contiennent pas en

(36)

Disparition des délits religieux.

(1) *St. R.*, 2, 13, 50. [*Dr. publ.*, 3, 13, 57].

(2) On trouve des traces établissant que dans la forme la plus ancienne d'exécution capitale, à savoir dans celle qui avait lieu par la hache, les prêtres de la communauté étaient appelés à y concourir ; mais l'intervention de ces derniers se restreignit absolument à l'exécution et a disparu dès l'époque ancienne. Dans les autres expiations religieuses de la communauté qui ne reposent pas sur le droit pénal, dans la suppression des *monstra* et dans la réparation des crimes internationaux, l'intervention des prêtres est plus forte, mais même ici l'expiation est toujours accomplie par le magistrat. On parlera de cette question dans la Sect. I du Liv. IV.

même temps, comme le sacrilège, une violation directe de l'ordre public, ne sont jamais punis par le magistrat, et le prêtre qui, conformément aux devoirs de sa charge, agit contre l'impiété (1), n'a pour soutenir cette intervention aucun pouvoir répressif propre et ne peut recourir à celui du magistrat. Lorsqu'un particulier a commis une faute religieuse, le prêtre peut lui ordonner de l'expier par un sacrifice ou autrement; mais s'il n'y a pas de lois spéciales qui interviennent (2), le particulier est libre de se soumettre ou non à cet ordre. Le prêtre peut aussi déclarer qu'aucune satisfaction n'est capable de compenser la faute (*impietas*). Il est même possible qu'il ait eu le droit d'exclure de certains ou de tous les actes religieux celui qui ne payait pas l'amende qui lui avait été imposée ou celui qui était déclaré *impius*; nous sommes peu renseignés sur de pareils ordres et surtout nous ne le sommes que pour l'époque postérieure où la foi a disparu. En tout cas de telles interdictions, quelque difficulté qu'on éprouve à les concevoir, ne peuvent pas avoir porté en elles-mêmes le caractère de peines infligées par l'autorité. Le droit de coercition attribué au Grand Pontife sur les prêtres qui lui sont soumis et dont il sera question plus loin n'est pas une exception au principe, mais repose sur le pouvoir de magistrature conféré à ce prêtre dans une mesure limitée (3).

Si le magistrat est, en général, privé du pouvoir répressif

(1) *St. R.*, 2, 51 et sv. [*Dr. publ.*, 3, 27 et sv].

(2) La loi sur le bois sacré de Spolète (Bruns, *Fontes*, p. 260), après avoir prescrit pour toute infraction l'offrande d'un bœuf à titre de *piaculum* et avoir en outre établi une amende (*motta*) de 300 as pour toute infraction consciente, ajoute : *ejus piaculi mottaique dicator[ei] exactio est[od]*. On trouve ici d'abord une opposition caractéristique entre le *piaculum*, dû pour toute infraction, et la *motta*, encourue seulement en cas de violation intentionnelle de la loi. On y voit vraisemblablement aussi un *piaculum*, qui en vertu d'une loi spéciale peut être réclamé par une action — exactement comme cela est naturellement possible pour la *motta* —. Nous ne savons pas si le *dicator* doit être entendu comme désignant un magistrat ou non, mais cela n'a ici aucune importance.

(3) L'application de la discipline domestique aux vestales et son extension anormale aux complices mâles (p. 19- et sv.) n'appartiennent pas au droit pénal.

en matière religieuse, l'exercice de son *imperium* est à tous autres égards réglé par la loi à l'intérieur de la ville, et le magistrat est lié par cette loi, en tant que tout acte qu'il accomplit en violation des limites posées est considéré comme l'acte d'un particulier et tombe par suite sous le coup de la loi pénale.

Ces restrictions n'atteignent pas l'exercice de l'*imperium* au regard des personnes libres, des femmes romaines et des non citoyens. A vrai dire, dans le domaine du droit privé, y compris celui de la procédure pénale privée, l'homme libre qui n'est pas citoyen a une situation essentiellement égale à celle du citoyen ; le fait que dans le procès, où une personne de cette qualité est partie, le magistrat agit non en vertu d'un pouvoir légal (*lege*), mais en vertu de sa propre autorité (*imperio*), est aussi important au point de vue des notions fondamentales de droit public qu'il est pratiquement indifférent. Mais en dehors de l'action privée, le non citoyen et la femme romaine sont soumis en principe, même à l'intérieur de la ville, à l'autorité illimitée du magistrat (1). Ce point sera développé plus loin dans la seconde Section du Livre suivant.

Femmes et
non citoyens.

Au regard des citoyens romains mâles, la réglementation de l'autorité du magistrat consiste dans la limitation des moyens de répression que celui-ci peut appliquer de lui-même, sans le concours des citoyens ou des jurés ; les pouvoirs qui lui restent à cet égard forment le « droit de contrainte », la *coercitio* (2). L'idée directrice est que le magistrat doit gar-

(38)

Notion de
la coercition
restreinte.

(1) Les restrictions que ce principe de droit public a reçues dans l'application seront traitées en droit pénal dans la mesure où nous les connaissons. Il en sera ainsi, par exemple, pour la procédure pénale des édiles contre les femmes et l'extension de la procédure des *quaestiones* aux esclaves. Il est vraisemblable que le droit romain est allé plus loin dans cette voie ; par exemple, les règles qui fixent un maximum aux amendes infligées par le magistrat en vertu de son droit de coercition peuvent avoir été appliquées aux femmes et aux non citoyens. De même que la loi a envoyé au magistrat, même pour le territoire extraurbain, le pouvoir de frapper un citoyen de mort en vertu de son droit de coercition, de même elle a pu limiter dans le gouvernement urbain d'autres formes de coercition.

(2) Cicéron, *De leg.*, 3, 3, 6 distingue nettement le droit de coercition :

(39) der le droit de commander et qu'on ne peut concevoir un ordre sans moyens de contrainte (1). A vrai dire le magistrat

magistratus nec oboedientem et innoxium (ainsi dans les manuscrits) *civem multa vinclis verberibusve coerceto, ni par majorve potestas populusve prohibesit, ad quos provocatio esto* et le droit de juridiction des magistrats : *cum magistratus judicassit inrogassitve, per populum multae poenae* (cpr. p. 15, n. 4) *certatio esto*. L'un s'exerce contre le citoyen désobéissant mais non coupable et se limite à l'amende, à la prison et aux coups ; l'autre est un pouvoir pénal proprement dit et embrasse la peine capitale à côté de l'amende. Il est dans l'ordre que l'amende figure dans les deux catégories ; car elle est employée aussi bien comme peine d'une désobéissance que comme répression d'un délit ; quant au lien sans aucun doute étrange établi entre la *multa* du droit de coercition et le droit de juger des comices, il sera justifié plus loin (p. 58). Rien ne peut être modifié dans le texte ; l'expression surprenante *populusve* ne peut être supprimée, car c'est elle qui implique l'emploi de *provocatio* au lieu du mot *appellatio* qui vient naturellement à l'esprit. Il est sans doute étonnant que dans la matière de la coercition *prohibere* et *provocare* se rapportent aussi bien à l'intercession du magistrat patricien (il est question plus tard de l'intercession des tribuns) qu'à l'appel au peuple, tandis que nous sommes habitués, en cas d'emploi de *prohibere*, à penser au magistrat et, en cas d'emploi de *provocare*, au peuple. Mais ce sont là vraisemblablement des acceptions trop étroites qu'il faut corriger d'après la terminologie de Cicéron ; sur l'emploi très libre du mot *provocare*, il faut comparer la Sect. VIII du Livre III. L'opposition des notions est claire et revient fréquemment. Dans la loi sur les aqueducs de T. Quinctius (Bruns, *Fontes* 6, p. 116. [Girard, Textes 3, p. 104]) on trouve à côté l'un de l'autre, comme dans Cicéron, la juridiction et, comme moyen de contrainte lui appartenant, la coercition (*multa pignorum cogito coerceto* et plus loin *iis pignoris capio, multae dictio coercitioque esto*). Pomponius, *Dig.*, 1, 2, 2, 16 : *lege lata factum est, ut ab eis (consulibus) provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere injussu populi; solum relictum est illis, ut coercere possent et in vincula publica duci jubere* (ms. *juberent*). Hygin, *De cond. agr.*, p. 118, 13 : *in agris juris dictio coercitioque esto coloniae illius*. Salluste, *Cat.*, 29 : *coercere omnibus modis socios atque cives, domi militiaeque imperium atque judicium summum habere*. De même la *coercitio* est plusieurs fois attribuée à des magistrats qui peuvent prononcer des amendes et saisir des gages, mais qui n'ont pas de juridiction criminelle (Suétone, *Aug.*, 45 ; *Claud.*, 38 ; Paul, 5, 26, 2 ; *Dig.*, 1, 21, 5, 1). Le mot est employé ici dans ce sens restreint par la langue technique. Mais il a très souvent une signification plus large, embrassant la juridiction criminelle, par exemple Cicéron, *De off.*, 3, 5, 23 : (*leges homines*) *morte exilio vinclis damno coercent*. La coercition, prise dans ce sens, embrasse le procès criminel qui conduit à la provocation, surtout lorsqu'il n'y a pas d'*imperium* juridictionnel comme dans le tribunat du peuple.

(1) *St. R.*, 1, 144 [*Dr. publ.*, 1, 165]. Paul, *Dig.*, 1, 21, 5, 1 : *mandata jurisdictione privato etiam imperium quod non est merum videtur mandari, quia jurisdictio sine modica coercitione nulla est*. Ulpian, *Dig.*, 50, 16, 131, 1 : *multam is dicere potest cui judicatio data est; magistratus* (c'est-à-dire les

ne doit pas employer la coercition contre un acte qui lui déplaît, à peu près comme le censeur donne son blâme, mais il ne doit s'en servir que pour se procurer dans l'exercice de sa fonction la liberté d'action nécessaire ; la coercition est dans sa véritable application la procédure contre l'insubordonné et le désobéissant. Mais on ne peut trouver ici aucune limite positive ; la coercition peut bien plutôt, comme nous allons le montrer, être juridiquement employée contre tout acte sans distinction, et, tant qu'elle s'exerce dans les limites légales, elle peut n'être pas équitable, elle ne sera jamais injuste.

Les limites tracées à cet égard aux magistrats sont inégales. La coercition n'appartient, dans l'étendue avec laquelle elle est en général admise en ville, qu'aux magistrats investis de l'*imperium* (1) et aux tribuns de la plèbe (2) ; leur coercition s'étend jusqu'à l'emprisonnement. C'est dans les mêmes limites, abstraction faite de la discipline militaire, que les détenteurs extraurbains de l'*imperium* exercent régulièrement, et notamment à l'époque récente, le droit de contrainte afférent à la magistrature (3). Au contraire, la coercition inférieure, c'est-à-dire en substance le droit d'imposer des amendes et de saisir des gages, appartient en outre aux

Magistrats avec droit de coercition complet ou restreint.

(40)

magistrats municipaux) *solos et praesides provinciarum posse multam dicere mandatis* (dans les instructions des gouverneurs de province) *permissum est. Poenam autem unusquisque inrogare potest, cui hujus criminis sive delicti executio competit.* Le même, *Dig.*, 5, 4, 2, 8 : *his datur multae dicendae jus, quibus publice judicium est, et non aliis, nisi hoc specialiter eis permissum est.* Il apparaît ici clairement que le droit d'infliger des amendes est généralement lié à l'*imperium* juridictionnel, tandis que le droit de punir dépend d'une compétence spéciale. — Dans le simple procès de droit privé le droit de commander du magistrat ressort moins par suite de son attitude passive ; mais il se manifeste d'autant plus dans la *cognitio* (*Dig.*, 28, 4, 1, 3) et en général dans les autres actes de sa charge.

(1) Ulpian, *Dig.*, 2, 4, 2 : *magistratus qui imperium habent... et coercere aliquem possunt et jubere in carcerem duci.* Pour plus de détails, v. *St. R.*, 1, 153 [*Dr. publ.*, 1, 175].

(2) *St. R.*, 1, 141 [*Dr. publ.*, 1, 162].

(3) Le pouvoir militaire et le pouvoir civil sont en particulier réunis dans la coercition du gouverneur de province, comme cela est exposé plus en détail dans le Livre suivant à propos du tribunal du gouverneur de province.

censeurs (1) et aux édiles (2) ainsi qu'au Grand Pontife, mais ce dernier ne l'a qu'en cas d'insubordination des prêtres qui lui sont soumis (3). Rentrent aussi dans cette seconde catégorie certains magistrats extraordinaires : tous ceux qui sont investis du droit de juger dans les procès intéressant le patrimoine soit des particuliers, soit de la communauté et surtout tous ceux qui interviennent dans l'assignation des terres publiques ; car ces opérations sont irréalisables sans un pouvoir de contrainte (4). La coercition compète même aux autorités municipales qui ont la juridiction et qui dans cette mesure possèdent l'*imperium* (p. 42, n. 1). Au contraire, n'ont pas de droit de coercition propre les questeurs (5) et en général les magistrats inférieurs ; cependant il semble que la coercition ait pu être attribuée par une délégation consulaire, et dans la mesure de cette délégation, aux personnes occupées dans le service de sûreté de la ville (6).

Même pour la coercition urbaine, dans la mesure où elle s'exerce, s'applique la règle que nous avons formulée à l'occasion de la discipline domestique et de la discipline militaire, à savoir qu'il n'y a pour elle ni notion ferme de délit, ni forme précise de procédure, ni, abstraction faite évidemment de l'exclusion de certains moyens de répression, de peines fixes.

(1) *St. R.*, 2, 355, 398 [*Dr. publ.*, 4, 29 : 79]. Par conséquent aussi plus tard le *curator aquarum* : *St. R.*, 2, 464, n. 2 [*Dr. publ.*, 4, 153, n. 2].

(2) Varron, chez Aulu-Gelle, 13, 13, compte les édiles curules parmi les magistrats, *qui potestatem neque vocationis populi viritum habent neque prehensionis*. *St. R.*, 1, 154 [*Dr. publ.*, 1, 176]. Mais, à vrai dire, ils exercent la *prehensio* pour les tribuns de la plèbe *St. R.*, 2, 475 [*Dr. publ.*, 4, 167].

(3) *St. R.*, 2, 57 et sv. [*Dr. publ.*, 3, 64 et sv.]. La procédure est peut être aussi possible contre un augure qui empêche une inauguration. Les sources ne parlent que d'amendes dépassant les limites légales et conduisant au procès comitial ; mais sans aucun doute le Grand Pontife avait le droit de prononcer des amendes en deçà de ces limites.

(4) Il suffit de se rappeler les termes de loi rapportés p. 41, n. 2, et la juridiction prévue dans la *lex Julia agraria* (Bruns, *Fontes*, p. 96 [Girard, *Textes*, p. 69, 70]).

(5) *St. R.*, 1, 143, n. 1. [*Dr. publ.*, 1, 163, n. 2].

(6) Cpr. la Section sur le service de sûreté, notamment au point de vue des *tresviri capitales*.

Si en général les termes de désobéissance et de coercition peuvent être considérés comme aussi corrélatifs que ceux de délit et de peine, la notion de désobéissance (1) et celle qui lui est très étroitement liée de manque de respect dû au magistrat sont aussi indéterminées que celle de délit est précise. Si, après la suppression en droit privé de l'exécution sur la personne relativement aux créances d'argent, le débiteur de la communauté y demeure exposé (p. 54, n. 2), cela tient à ce que la coercition n'appartient pas nécessairement à l'exécution par le magistrat, mais peut y être facilement comprise. On fait dépendre expressément l'application de la coercition de l'appréciation du magistrat (2), et il faut aussi tenir compte que le magistrat peut dans un cas donné préférer provoquer une procédure pénale (3). En soi, la désobéissance n'est aucunement un délit ; la coercition n'est pas dirigée, comme nous l'avons dit expressément (p. 41, n. 2), contre un délinquant. La loi des XII Tables fait ressortir clairement combien la coercition est étrangère à la matière des délits, lorsqu'elle substitue la coercition à la répression pénale dans les cas où celle-ci n'est pas possible par suite du défaut d'âge (4) ou de l'absence de dol (5).

La procédure d'instruction est naturellement possible, lorsque les éléments du fait ne sont pas constants pour le magistrat, mais elle a toujours lieu sans forme et est le plus souvent écartée par la connaissance que le magistrat a directement de la faute ; car il s'agit ici principalement de désobéissance et d'injures commises à l'égard de celui-ci.

Procédure
d'instruction.

(1) *In ordinem cogere* : *St. R.*, 1., 139 [*Dr. publ.*, 1, 159].

(2) Cela est exprimé de la manière la plus saillante par rapport à l'amende de ce genre chez Ulpien, *Dig.*, 50, 16, 131, 1 : *multa ex arbitrio ejus venit, qui multam dicit : poena non irrogatur nisi quae quaque lege vel quo alicui jure specialiter huic delicto imposita est ; quin immo multa ibi dicitur, ubi specialis poena non est imposita.*

(3) L'attentat contre la personne du magistrat, notamment du tribun de la plèbe, donne bien lieu aussi à la coercition (p. 46, n. 4 ; p. 52, n. 1), mais ce cas appartient au droit pénal, en tant que la peine infligée comporte la provocation. — Le cas de légitime défense au sens propre du mot n'appartient jamais à notre matière.

(4) *Loi des XII Tables*, 8, 13, Schöll [8, 14, Girard] (*Aulu-Gelle* 11, 18, 8) et 8, 8 [8, 9, Girard] (*Pline H. N.* 18, 3, 12).

(5) *Loi des XII Tables*, 8, 9, Schöll [8, 10, Girard] (*Gaius, Dig.*, 47, 9, 9).

Moyens de
coercition.

Mais le plus important est d'établir les limites de la coercition, non pas tant pour prouver qu'en deçà de ces limites le magistrat en question a la liberté du choix, que pour fixer la ligne de démarcation entre la coercition et la juridiction.

Magistrats
soustraits à la
provocation.

(42) 1. Jetons d'abord un regard sur les magistrats qui ne sont pas soumis aux limites de la coercition ou, pour employer l'expression romaine, à la provocation. L'exécution capitale du citoyen romain à Rome n'est permise au magistrat patricien de la République que si la sentence de mort a été approuvée par le peuple. D'après la tradition constante, le droit de provocation a été établi immédiatement après la chute de la Royauté par le premier consul P. Valerius Poplicola (1) et est considéré par les Romains comme le signe caractéristique et l'expression de la liberté républicaine. Il fut confirmé par la loi des XII Tables (2), affirmé de nouveau et élargi par les trois lois Porcia promulguées vraisemblablement au VI^e siècle (3). Enfin, en l'année 631/423, C. Sempronius Gracchus, à la suite d'exécutions accomplies contre les

(1) La loi qui introduit la provocation dispose d'après Cicéron (*De rep.*, 2, 31, 54; de même Val. Max., 4, 1, 1) : *ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret* et il dit des décemvirs : *non provocatione ad populum contra necem ac verbera relicta* (c. 37, 62). D'après Tite-Live, 10, 9, 4, 5, la loi Valeria interdit *eum qui provocasset virgis caedi securisque necari* et la loi Porcia ordonne la répression, *si quis verberasset necassetve civem Romanum*. De même Denys, 5, 19, cite la mise à mort et la flagellation du citoyen (*ἀποκτείνειν ἢ μαστιγοῦν*) et Pomponius, *Dig.*, 1, 2, 2, 16, la peine capitale. Parlent d'une manière générale de l'introduction de la provocation, Tite-Live, 2, 8; Denys, 5, 70; Plutarque, *Popl.*, 11. — Il est impossible que la flagellation soit ici mentionnée comme une peine indépendante, parce qu'il serait irrationnel de lui étendre la provocation au peuple. Elle semble se présenter ici comme une peine accessoire qui accompagne l'exécution capitale des mâles sans distinction de forme; le fait que l'exécution capitale est mentionnée la première doit être ainsi compris que la loi laisse au magistrat en question la liberté de fixer la forme de cette exécution, mais lui prescrit la flagellation. On ne peut penser ici à l'exécution par la fustigation, car, du moins d'après les lois romaines, la peine de mort ne peut être appliquée sous cette forme. Nous revenons sur ces questions au Livre V.

(2) Les *provocationes omnium rerum* (Cicéron, *De rep.*, 1, 40, 62, cpr. 2, 31, 54) comprennent nécessairement celle-là.

(3) Cpr. sur ces lois, p. 34, n. 3 et ci-dessous, p. 52.

partisans de son frère en violation de la provocation, a renouvelé par une loi l'ordre de la respecter et s'est efforcé d'empêcher que, pour l'éviter, on recourût à la théorie d'après laquelle la qualité de citoyen romain est perdue de plein droit en cas de *perduellio* (1). — La prescription légale n'a jamais été attaquée comme telle, mais il n'en a pas été de même de son application à chaque magistrat ; c'est ainsi notamment que, pendant les premiers siècles de la République, la loi ne s'applique pas à la dictature en vertu de la constitution même, et que plus tard elle n'atteint pas les pouvoirs exceptionnels, en particulier la dictature de Sylla (2), la cour martiale consulaire-sénatoriale et les deux tribunaux suprêmes et souverains du Principat ; car toutes ces institutions sont un retour au pouvoir pénal originaire et illimité de la magistrature.

2. Les magistrats patriciens liés par la provocation, qui violent les règles de cette institution, sont exposés à la peine (43) qui dans les mêmes cas frappe le particulier, ainsi que cela sera expliqué plus loin à l'occasion du meurtre. Mais ils ont, abstraction faite du droit de légitime défense vis-à-vis du citoyen qui tourne ses armes contre la communauté et dont il sera parlé dans le Livre IV à propos du meurtre, le droit de coercition capitale sans coopération du peuple contre le citoyen qui porte les armes contre sa patrie ou se rend coupable de quelque acte du même genre, c'est-à-dire, pour employer la terminologie romaine, qui se rend coupable d'une *perduellio*. A la base de cette règle se trouve l'idée, développée dans la Section en question du Livre IV, que le délit au moment où il est commis supprime le droit de cité et permet par suite la répression admise au regard des non citoyens. Ce droit exceptionnel s'applique en cas de manquement direct du citoyen à Délit militaire.

Droit de coercition capitale des magistrats patriciens.

(1) Ce point est traité dans le Livre II à propos de la cour martiale sénatoriale.

(2) Sous cette dictature la règle de droit reçut une forme brutale (Cicéron, *De leg.*, 1, 15, 42 : *ut dictator quem vellet civium aut indicta causa impune posset occidere*) et donna lieu à de terribles applications.

ses obligations militaires. Les documents ne nous ont pas transmis la règle comme telle, mais nous attestent son application dans les cas suivants :

a. Le fait de passer à l'ennemi pouvait, abstraction faite de l'application de la discipline militaire, être puni de cette manière, même dans la ville de Rome. L'exécution des *cives Romani Campani*, faits prisonniers à Rhegion, accomplie en l'année 483/271 sur le *forum* romain, le prouve. La protestation élevée par le tribun, sous prétexte de violation des règles de la provocation, fut repoussée (1).

b. Désertion du soldat ou de l'officier (2).

(44) c. Abstention coupable du citoyen astreint au service militaire lors de la levée des troupes et autre fraude coupable en matière d'obligations militaires (3). Cette règle est conforme

(1) Val. Max., 2, 7, 15 (cpr. St. R., 1, 132, n. 5. 3, 577. 4241 [Dr. publ., 1, 151, n. 4. 6., 2^e part, 190. 7, 472]). On ne peut donc mettre décemment en doute que le droit de provocation ait appartenu aux Campaniens St. R., 3, 577 [Dr. publ., 6, 2, 190]; il est impossible qu'il n'y ait pas eu une disposition sur ce point et la protestation du tribun serait incompréhensible si les Campaniens n'avaient pas eu ce droit.

(2) Tite-Live, Ep., 55 (= Frontin, Strat., 4, 1, 40) de 616/138: *C. Matienus accusatus est apud tribunos plebis, quod exercitum in Hispania deseruisset, damnatusque sub furca diu virgis caesus est et sestertio nummo venit*. La rédaction fait ici penser non pas à un procès capital devant les tribuns, mais à une coercition consulaire, contre laquelle on forme un appel à la manière ordinaire devant les tribuns, mais sans résultat. Sur la même ligne que la désertion on place le fait pour les troupes de marcher de leur propre autorité (Denys, 11, 43).

(3) Valère Maxime, 6, 3, 4 (de même Varron chez Nonius, p. 18; Tite-Live, Ep., 14): *M. Curius consul* (en 479/275) *cum dilectum subito edicere coactus esset, ... primum nomen urna extractum citari jussit neque eo respondente... et bona ejus et ipsum vendidit*. Dans la Guerre Sociale on enleva pour un cas de ce genre à un guerrier, sans doute après prononcé d'une condamnation capitale, son patrimoine et on le maintint en prison jusqu'à sa mort (Val. Max., 6, 3, 3). Cpr. Cicéron, *Pro Caecina*, 34, 99. Auguste a encore procédé de cette manière: Suétone, *Aug.*, 24: *equitem R. quod duobus filiis adolescentibus causa detrectandi sacramenti pollices amputasset, ipsum bonaque subjecit hastae, quem tamen, quod imminere emptioni publicanos videret* (probablement pour rendre illusoire la privation de liberté du collègue). Il a même prononcé dans des cas de ce genre des confiscations de patrimoine et des peines de mort (Dion, 56, 23). Ailleurs il n'est question pour de semblables délits que de la démolition de la maison (Pomponius, *Dig.*, 10, 3, 20) et aussi de simple arrestation et de correction (Tite-Live, 2, 53: 7, 4).

à l'usage général, attesté aussi pour d'autres races itali-
ques (1). Cette procédure pénale s'accomplissait régulièrement
dans la ville (2).

d. Abstention coupable du citoyen lors de l'établissement
de la liste des personnes astreintes au service militaire (3).

Cette coercition capitale en matière militaire, indépendante
du lieu d'application, c'est-à-dire ce maintien du droit de la
guerre même dans la ville en cas de refus du service mili-
taire, a subsisté en droit depuis l'époque la plus ancienne
jusqu'aux temps les plus récents et s'est modifiée seulement,
lorsque par suite de certaines réformes, notamment de chan-
gements dans la formation des troupes, la rigueur ancienne
en matière de recensement des troupes et dans l'opération
de la levée s'est atténuée (4). Elle n'est pas une juridiction
au sens juridique du mot, mais est, comme toutes les coerci-
tions, un acte administratif (5); cela ressort notamment de la (45)
forme du châtement qui est ici infligé : la peine de mort est
juridiquement possible dans tous les cas, mais elle n'est exé-

(1) L'appel *lege sacrata* des personnes astreintes au service militaire,
quo Tite-Live mentionne pour différents peuples italiens, signifie que
celui qui fait défaut sans excuse est voué à Jupiter, c'est-à-dire encourt
la peine de mort (10, 38; cpr. 4, 26, 3, 9, 39, 5, c. 40, 9, 36, 33, 1).

(2) Chez Tite-Live, 3, 69, 7 les consuls terminent généralement l'appel
des troupes par cette addition : *cognoscendis causis eorum, qui nominâ non
dedissent, bello perfecto se daturus tempus; pro desertore futurum, cujus non
probassent causam*.

(3) Gaius, 1, 160 : *maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul civitatem
et libertatem amittit : quod accidit incensis, qui ex forma censuali* (à cause
de laquelle cette disposition est rapportée au roi Servius : Tite-Live,
1, 44, 1; Denys 4, 15) *venire jubentur*. Denys, 5, 73. Cicéron, *Pro Caec.*, 34, 99.
Tite-Live, *loc. cit.*, indique que la peine de mort est également permise.
La vente repose sur l'*imperium* et continue à être faite par le consul de-
puis que l'opération d'estimation est confiée à la magistrature accessoire
du censeur (Zonaras, 7, 19; *St. R.*, 1, 153. A. 1. [*Dr. Publ.*, 1, 173, n. 1]).
Denys, 4, 15 nous dit que cette procédure demeura longtemps (*μέχρι πολλοῦ*)
en vigueur.

(4) Ménandre, *Dig.*, 49, 16, 4, 10 : *mutato statu militiae recessum a capitis
poena est* (dans la levée), *quia plerumque voluntario milite numeri supplentur*.

(5) Par conséquent on peut faire appel aussi contre un pareil acte au
tribun de la plèbe, comme cela est arrivé en 479/275 (Val. Max., 6, 3, 4,
cpr. p. 48, n. 3), 483/271 (p. 48, n. 1), 616/138 (p. 48, n. 2).

cutée que dans les cas les plus graves (1) ; elle est beaucoup plus fréquemment remplacée par une privation de liberté, qui se traduit souvent par une vente à l'étranger comme esclave et consiste parfois dans une réduction en servitude à l'intérieur du pays (p. 48, n. 3). On mentionne, en outre, (p. 48, n. 3) la destruction du domicile, mais il est aussi simplement question d'emprisonnement et de correction (p. 48, n. 3). Cette diversité de châtement n'est en aucune manière conciliable avec le droit pénal romain, mais bien, comme le montre l'exposé qui suit, avec la coercition (2). — Si le magistrat était autorisé à procéder d'après le droit de la guerre même dans la ville contre les délits militaires indiqués, il ne lui était pas moins permis d'en poursuivre la punition dans les formes de la procédure pénale. Nous montrerons dans la Section I du Livre IV que le procès proprement dit de perduellion pouvait aussi être intenté à l'occasion de tous ces délits ; et il est permis de conjecturer qu'en cas de doute sur les éléments du fait, par exemple dans la désertion, la répression d'après le droit de la guerre devait céder le pas à la procédure pénale.

Délit interna-
tional.

En outre, le droit de provocation ne s'est pas étendu à la violation du droit international ; même ici les magistrats ont gardé le droit de coercition capitale. Lorsque par la faute d'un citoyen les obligations jurées de la communauté sont violées, ou, lorsque pour la même raison la communauté ne peut observer un contrat international valablement conclu par ses représentants avec la clause d'exécration, le magistrat établit le délit avec le concours du collège pontifical appelé à délibérer et procède à l'acte d'expiation (3). Celui-ci est vraisemblablement un châtement capital ; la preuve en est que, si la communauté lésée refuse l'extradition du délinquant qui lui

(1) La flagellation *sub furca* (p. 48, n. 2) doit bien signifier que le cruciflement était encouru.

(2) La procédure d'Auguste contre le père qui par mutilation soustrait ses fils aux obligations militaires (p. 48, n. 3) est conforme au droit de la guerre, mais ne peut être considérée comme une procédure de droit pénal.

(3) *St. R.*, 3, 45 [*Dr. publ.*, 6, 1, 49].

est offerte à titre d'expiation (p. 8), le coupable peut être exécuté (1). La consultation des comices, telle qu'elle est permise en cas de violation de l'obligation au service militaire, est dans ces cas juridiquement exclue, quelque naturel qu'il paraisse d'embrasser ce délit sous la notion de perduellion ; le détournement de la malédiction divine encourue sous condition ne peut être subordonné au hasard d'une majorité obtenue dans les comices. Cependant plus tard, par suite de la puissance croissante de la démocratie, la provocation a été aussi étendue à ce cas (2).

3. La perte de la liberté, la transformation du citoyen libre en esclave de la communauté, liée en principe à l'aliénation de cette personne à l'étranger, se rencontre dans la coercition des consuls dans les mêmes conditions que la peine de mort et a été examinée à cette occasion.

4. Le droit de vie et de mort des tribuns de la plèbe ne repose pas sur le même fondement juridique que celui des magistrats patriciens ; mais il vient de l'organisation constitutive de la plèbe, de la puissance de même nature que l'*imperium* patricien garantie par cette organisation et plus tard légalement reconnue aux chefs de la plèbe. Comme le droit de vie et de mort des consuls patriciens sur le citoyen était subordonné par la loi Valéria à l'approbation du peuple, il était équitable de lier ce même pouvoir pour les tribuns à l'approbation soit de la plèbe, soit plus tard de l'assemblée du peuple, et cette restriction a été en principe observée. Mais rigoureusement on pouvait dire que les tribuns de la plèbe avaient à l'origine le même droit que les consuls et que la loi Valéria avait bien limité le pouvoir des consuls, mais non le leur. En

(46)

Perte de la liberté.

Coercition capitale du tribun de la plèbe.

(1) Le général M. Claudius livré aux Corses et non accepté par eux fut exécuté dans un cachot (Val. Max., 6, 3, 3). Le général C. Hostilius Mancinus, refusé par les Numantins, se vit contester le droit de cité (Cicéron, *De oral.*, 1, 40, 184) et celui-ci lui fut ensuite restitué par un vote du peuple (*Dig.*, 50, 7, 18). L'opinion représentée par Cicéron (*Top.*, 8, 37 ; *Pro Caec.*, 34, 99), d'après laquelle l'extradition serait sans effet en cas de refus, est évidemment insoutenable en droit.

(2) *St. R.*, 3, 338 [*Dr. publ.* 6, 1, 386].

(47) effet nous connaissons, d'après des témoignages historiques pleinement dignes de foi, un cas d'intervention de tribun évidemment fondée en droit strict, dans lequel il n'y a ni procédure ni provocation et où le tribun de la plèbe traite un citoyen romain exactement comme un délinquant pérégrin. En 623/131, le tribun de la plèbe C. Atinius Labeo, à la suite d'une offense commise à son égard, s'emparait du censeur Q. Metellus sans autre forme de procès et se disposait à le faire précipiter du haut de la roche Tarpéienne; une intercession tribunicienne reconnut la validité de cet acte de coercition en même temps qu'elle l'empêcha (1).

Flagellation. 5. La flagellation du citoyen, en tant qu'elle ne se présente pas comme une peine accessoire en cas d'exécution capitale, n'a certainement pas été interdite aux magistrats par les anciennes règles de la provocation (p. 46, n. 1); la loi des XII Tables permet même expressément la flagellation comme peine indépendante (p. 45, n. 3. 4). Son application peut avoir été restreinte peu à peu (2); son interdiction, en principe complète, remonte à un vote du peuple provoqué par Caton l'Ancien (3). On en est resté là (4). Il y a toutefois une exception pour les acteurs (5). La violation de ce privilège du citoyen a dû, dans

(1) Tite-Live, *Ep.*, 59. Pline, *H. N.*, 7, 44, 143.

(2) C'est ce qu'impliquent les récits de Tite-Live 2, 53, 7, 9, 4, 2, qui à vrai dire ne sont probants que pour la conception de l'annaliste narrateur, mais surtout les lois mentionnées par Festus (v. n. 3).

(3) Lui-même se vante dans un de ses discours d'être intervenu « pour le dos » des citoyens (*pro scapulis*; chez Tite-Live 10, 9, 4 *pro tergo*) *nam* comme Festus, p. 234, ajoute, *complures leges erant in civis rogatae, quibus sanciebatur poena verberum*. Salluste, *Cat.*, 51, 22 relève la protection que la loi Porcia procure contre la flagellation en appuyant sur le contraste qui existe à cet égard entre elle et l'exécution capitale. Sans doute la loi proposée par Caton est une des trois lois Porcia (p. 34, n. 3) et peut-être celle qui soumit l'*imperium* des généraux à la provocation; dans un discours tenu devant le peuple, cette dernière restriction devait retenir moins l'attention que la protection du « *tergum* » des citoyens.

(4) *St. R.*, 1, 136, n. 4 [*Dr. public*, 1, 179, n. 2]. Cicéron, *Verr.*, 3, 54, 140. c. 62, 161., *Pro Rab. ad pop.*, 4, 12. Le procès sur le droit de cité est un procès *de jure virgarum* (Pline, *H. N.*, 7, 43, 136).

(5) Les acteurs sont, d'après le droit de la République, soumis d'une manière générale à cette forme de la coercition des magistrats et, d'après

l'ancien temps, fonder au moins l'action d'injure; la législation de César a en outre, comme le montrera la Section du Livre IV relative à la violence, puni comme délit public, à titre de violence grave, la flagellation ou la torture du citoyen romain. Pendant la dernière période de l'Empire, la correction a été rangée parmi les peines proprement dites et nous en reparlerons à ce titre dans le Livre V.

6. Le magistrat investi de l'*imperium* a légalement, sous la condition du concours des tribuns de la plèbe, la faculté illimitée d'exiler le citoyen hors de Rome; il a été fait de ce droit un usage fréquent contre les citoyens mal notés (1), tandis que l'exercice de ce pouvoir vis-à-vis des citoyens dont l'honneur était intact était désapprouvé (2). Mais l'exil prononcé contre le citoyen ne peut jamais s'étendre à tout le sol romain, il est nécessairement l'objet d'une délimitation territoriale. Celle-ci, comme toute limite de police, doit être susceptible de différenciation et facilement saisissable; c'est pourquoi à l'époque historique elle est régulièrement fixée à l'aide

Exil.
(48)

une disposition d'Auguste, seulement pendant les jeux (Suétone, *Aug.*, 45 : *coercitionem in histriones magistratibus omni tempore et loco lege vetere permissam ademit praeter quam ludis et scaena*). Sous Tibère, on demanda en vain au Sénat le rétablissement de la règle ancienne plus rigoureuse (Tacite, *Ann.*, 1, 77), et on s'en tint à la disposition d'Auguste (C. Th., 15, 7, 7 = C. Just., 41, 41, 3). Cpr. Tacite, *Ann.*, 13, 28; Suétone, *Claud.*, 38; Paul, 5, 26, 2.

(1) Festus, p. 278 : *relegati dicuntur proprie quibus ignominiae aut poenae, (c'est-à-dire à cause d'un châtement souffert antérieurement) causa necesse est ab urbe atque quo loco abesse lege senatusve (— tuique ms.) consulto aut edicto magistratum, ut etiam Aelius Gallus indicat*. A cet ordre d'idées appartiennent les dispositions d'après lesquelles ne peuvent pas habiter à Rome : le soldat destitué (Macer, *Dig.*, 49, 16, 13, 3); le soldat qui a survécu à la peine du passage par les verges (Polybe, 6, 37, 4); celui qui a été condamné pour un crime capital (Cicéron, *Verr.*, 1, 2, 41, 206, où le citoyen n'est pas exclu); le bourreau (Plaute, *Pseud.*, 331; Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 5, 15); l'affranchi appartenant à la classe pénale de la loi *Aelia Sentia* (Gaius, 1, 27). Rentrent aussi dans cette catégorie les exils des mauvais acteurs (Suétone, *Aug.*, 45, *Nero*, 16), des femmes de plaisir et des mignons de débauche, (Suétone, *Tib.*, 35). *St. R.*, 1, 155, 2, 139, 323, 3, 1192 [*Dr. publ.*, 1, 177, 3, 159, 379, 7, 416].

(2) *St. R.*, 1, 155 [*Dr. publ.*, 1, 177]. Cicéron, *Pro Sest.*, 12, 29; *Ad. fam.*, 15, 16, 2.

des bornes milliaires des chaussées qui partent de Rome. L'exil peut en outre être limité quant au temps. Un exposé plus détaillé sera donné dans le Livre V à l'occasion de la catégorie de peines qui est sortie plus tard de cette coercition.

Prison. 7. L'arrestation (*prensio*) et l'emprisonnement (*vincula, carcer*) peuvent être infligés arbitrairement par le magistrat investi de l'*imperium* et par le tribun de la plèbe (1). Il a été fait maintes fois usage de ce droit important, même dans la forme de l'emprisonnement pour dettes contre les débiteurs de la communauté (2). Pour l'application de cette peine, il est toutefois contraire aux mœurs de pénétrer dans la maison de (49) l'individu à arrêter (3). En matière de désobéissance et d'inconduite, ce droit des magistrats fut confirmé par la loi de César sur la violence et fut encore exercé à l'époque du Principat (4). Nous indiquerons dans le Livre suivant dans quelle mesure ce droit fut appliqué à titre d'emprisonnement préventif.

Confiscation de patrimoine. 8. La confiscation de patrimoine en faveur de la caisse de l'État ou d'un temple public a eu lieu dans les limites où la coercition capitale est admise. Elle accompagne régulièrement celle-ci et se produit aussi certainement seule, lorsque cette coercition ne peut être exécutée. Mais elle n'est pas infligée

(1) *St. R.*, 1, 143, 153 [*Dr. publ.*, 1, 164, 175-176].

(2) Contre l'emprisonnement pour dettes qui doit avoir été infligé à L. Scipio pour défaut de paiement d'une amende, l'intercession tribunitienne se produit (Aulu-Gelle, 6, 29). De même, l'emprisonnement du citoyen romain campanien Naevis (Aulu-Gelle, 3, 8, 15), dont la cause, qui ne nous est pas transmise, était vraisemblablement l'abus du théâtre, fut levé par les tribuns (Aulu-Gelle, 7, 8, 15). D'après Labéon, chez Paul, *Dig.*, 48, 13, 11, 6, en cas de dette fiscale n'ayant pas un caractère délictuel, le paiement est poursuivi *ab eo qui hoc imperio utitur pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo*.

(3) Cicéron, *In Vat.*, 9, 22 : *miserisne viatorem, qui M. Bibulum domo vi extraheret, ut quod in privatis semper est servatum, id te tribuno pl. consuli domus exilium esse non posset?*

(4) Paul, 5, 26, 2 : *hac lege (Julia de vi publica) excipiuntur..., qui inde in carcerem duci iubentur, quod jus dicenti non obtemperaverint quidve contra disciplinam publicam fecerint. Dig.*, 47, 10, 13, 2 : *si quis, quod decreto praetoris non obtemperavit, ductus sit, non est in ea causa, ut agat injuriarum propter praetoris praeceptum*.

comme peine indépendante, abstraction faite de la peine de mort, par les magistrats de la communauté et n'a pas pu non plus être prononcée par eux, d'après les règles sur l'amende que nous exposerons plus loin. La seule objection contre cette conjecture, à savoir la proposition faite par César d'appliquer cette peine aux complices de Catilina (1), se présente comme l'admission d'une injustice moindre pour éviter l'injustice plus grave consistant dans la violation du droit de provocation. Mais les tribuns de la plèbe ont avec la juridiction capitale le droit de prononcer, en dehors de tout procès et de la provocation, la confiscation du patrimoine au profit d'une divinité romaine, c'est-à-dire la *consecratio bonorum* (2). Ces consécra-

(50)

tions remontent aux anciens temps des luttes de classes et ont été pour cette raison de nouveau pratiquées par la démocratie antipatricienne du dernier siècle de la République, conformément au procès d'Horace et avec la même inefficacité que lui (3); mais il n'est pas douteux qu'elles soient légales en droit strict.

9. L'amende de bestiaux et plus tard l'amende d'argent, telle que l'infligent les magistrats patriciens : d'abord les consuls, puis les préteurs et censeurs issus d'un démembrement de la puissance consulaire, et les autorités correspondantes des municipes, est le moyen de contrainte employé de préférence tant pour l'administration de la justice que dans

Droit pour le magistrat d'infliger des amendes.

(1) Salluste, *Cat.*, 51, 43. Cicéron, *In Cat.*, 4, 5, 10.

(2) Des procédures de ce genre sont mentionnées : en 299/455 contre un certain nombre de patriciens (Denys, 10, 42, qui admet à tort l'appel au peuple); à l'époque historique en 585/169 : (*P. Rutilius tr. pl.*) *Ti. Gracchi... bona consecravit, quod... intercessioni non parendo se in ordinem coegisset* (Titelive, 43, 16, 10, où l'opposition avec l'accusation de perduellion, élevée contre l'autre censeur montre que le peuple n'était pas ici consulté); par Labéon contre Metellus, lorsque la coercition capitale eut échoué (p. 52 n. 1), Cicéron, *De domo*, 47, 123 : *C. Atinius... bona Q. Metelli... consecravit fuculo posito in rostris adhibitoque tibicine*, Pline, 7, 44, 143; en 684/70 par un autre tribun contre le censeur Cn. Lentulus (Cicéron, *loc. cit.*); en 696/58 par le tribun de la plèbe P. Clodius contre le consul A. Gabinius (Cicéron, *loc. cit.*).

(3) Cicéron, *loc. cit.*, le dit expressément de cette procédure qu'on est allé chercher *ex nonnullis perveterum temporum exemplis*; Pline, *loc. cit.*, parle à tort de l'appauvrissement de Metellus.

d'autres buts. Elle est toujours fixée d'après le mode de paiement légal, elle consiste au début en têtes de petit et de gros bétail, plus tard en argent et s'appelle, par suite de son accroissement habituel en cas de désobéissance persistante, « multiplication » *multa* (1). D'après la tradition, le magistrat a pu à l'origine appliquer cette peine d'une manière illimitée. Mais, plus tard, déjà avant la loi des XII Tables, une loi fixa une limite à l'appréciation du magistrat et décida que celui-ci ne pourrait pas le même jour imposer aux petites gens ne possédant pas de gros bétail une amende de plus de 2 moutons et au citoyen quel qu'il soit une amende de plus de 2 brebis et 30 bœufs (2). Ces amendes de bétail ont été ensuite, vingt

(1) L'étymologie de ce mot, dont les Anciens nous signalent déjà la répétition dans les dialectes italiques (*multam*, dit Festus, p. 142, *Osce dici putant poenam quidam*), mais qui est étranger à la langue grecque et qui appartient évidemment aux plus anciennes prescriptions du droit romain, est indubitable en tant qu'il appartient à la même catégorie que *multus*. *Quod singulae dicuntur*, dit Varron, *De L. L.*, 5. 177, *appellatae eae multae* (ms. *multas*), *quod ovim* (ms. *olim*) *unum dicebant multae, itaque cum in* (lacune dans ms.) *dolium aut culeum vinum addunt rustici, prima urna addita dicitur* (dicunt ms.) *etiam nunc*. Dans l'usage abstrait du féminin, de même que dans *summa*, il faut ajouter une notion comme *dictio* ou *coercitio*. Quant à l'extension postérieure du mot à l'amende fixée par le magistrat dans une procédure pénale proprement dite, et même quant à l'emploi fait par négligence de ce mot pour désigner généralement toute peine publique consistant en argent, il en sera parlé au Livre V.

(2) *St. R.*, 1, 158 [*Dr. publ.*, 1, 181]. Varron, chez Aulu-Gelle, 11, 1 : *M. Terentio, quando citatus neque respondit neque excusatus est, ego ei unum ovem multam dico*. Festus, *v. maximam multam*, p. 144, *v. ovibus* p. 202, *v. peculatus*, p. 213, p. 237. L'établissement de la *multa maxima* semble avoir été reporté par quelques-uns au début de la République (Plutarque, *Popl.*, 11 : *ἑπταὶ ἀπειθείας ἕραξε βοῶν πέντε* — au lieu de 50, erreur vraisemblablement provoquée par la confusion avec le *sacramentum quingenarium* — *καὶ δευτὴν προβάτων ἑξήκοντα*). D'après d'autres appréciations, la fixation légale du maximum repose sur la loi Menenia-Sestia de 302 (Festus, *v. peculatus*, p. 237), c'est-à-dire de l'année avant l'entrée en fonctions des Décemvirs, ce qui ne doit avoir d'autre but que de reporter cette réforme à une époque antérieure à la législation décemvirale; en effet, comme celle-ci ne connaît pas d'amende de bétail, cette fixation d'un maximum devait nécessairement se placer à une époque antérieure. Si Denys (10, 50) et Aulu-Gelle (11, 1) attribuent cette fixation à la loi Aternia Tarpeia de 300, cela revient à peu près au même; cependant Cicéron (*De re p.* 2, 3, 5) paraît rapporter plutôt cette dernière loi à la transformation de l'amende procédurale fixe (*sacramentum*) consistant en un certain nombre de têtes

ans après la loi des XII Tables, transformées en argent sur le pied de 10 as pour un mouton et de 100 as pour un bœuf (1). Depuis lors, l'amende la plus faible (*multa minima*) infligée au citoyen est de 10 as ou sesterces, l'amende la plus haute (*multa maxima* ou *suprema*) (2) de $20 + 3000 = 3020$ as ou sesterces. Si les indications de date, que l'on trouve dans les sources pour la fixation d'un maximum aux amendes de bétail, ne peuvent prétendre à l'authenticité, les amendes d'argent, qui ont remplacé celles-ci et dont la date ne peut donner lieu à une hésitation motivée, remontent aux premiers temps de la République. — On ne sait si cette limite s'appliquait aussi aux magistrats municipaux. — Au delà de cette limite, les magistrats patriciens n'ont le droit d'infliger aucune amende (3). — Il y a également eu pour les tribunaux de magistrats de la dernière période des fixations d'un maximum graduées suivant le rang des magistrats (4).

(51)

de bétail en amendes de 500 et de 50 as (cpr. dans le Livre V la Section des peines patrimoniales). — D'après Aulu-Gelle, *loc. cit.*, on admet encore à son époque l'application de l'ancienne formule indiquée plus haut, tandis que Denys, 10, 50, dans son récit du reste incorrect, dit seulement qu'elle est restée longtemps en usage.

(1) La transformation des amendes arbitraires de bétail ou amendes pécuniaires d'après l'équation ci-dessus indiquée est rattachée à la loi Julia Papiria de 324/430 (Cicéron, *loc. cit.*, Tite-Live, 4, 30, 3). — Comme il a plu aux annalistes de mentionner déjà pour l'année 278/476 une peine pécuniaire, Denys (9, 27) en a conclu qu'à cette occasion les peines pécuniaires ont été transformées en amendes de bétail.

(2) Le chapitre de la *lex Acilia repetundarum*, dont la rubrique seule est conservée, (l. 45) : *judices multum supremam debeant* ne doit pas être entendu vraisemblablement d'une *multa* légale, mais il ordonne au magistrat qui dirige l'instance d'infliger au juré en cas de contravention une amende (peut-être même immédiatement la plus haute). Plinius, *Ep.*, 5, 9 (21), nous rapporte l'application d'une *multa* de ce genre faite contre un juré sur le fondement de la *lex repetundarum*.

(3) La *multa* consulaire dont parlent Diodore, 29, 14, p. 573 pour l'année 567/187 et Tite-Live, 42, 9, 3 pour l'année 582/172, a dû être précisément la *maxima*, mais en fait a été à cette époque surtout une peine contre l'honneur.

(4) *Dig.*, 2, 5, 2, 1 : *si quis in jus vocatus non ierit, ... a competenti iudice pro jurisdictione iudicis damnabitur*. D'après les constitutions du IV^e siècle, le *praefectus praetorio* inflige des amendes jusqu'à 50 livres d'or, le gouverneur de province jusqu'à 1/6 de livre d'or = 12 *solidi* (*Cod.*, 1, 54 4. 6, *pr.*; cpr. 7, 64, 3; Cassiodore, *Var.*, 6, 3, 7 : *magna quantitate multas errantes*).

(52)
Amende
plébéienne.

10. Le droit de prononcer des amendes, qui appartient aux tribuns et aux édiles de la plèbe auxquels les édiles curules ont été assimilés plus tard, rentre en général, de même que la juridiction capitale plébéienne, dans le droit pénal en tant que la *multa* frappe un délit prévu par la loi et est soumise à la provocation au peuple. Mais il appartient aussi à ces magistrats comme moyen de coercition pour l'exercice de leur juridiction ou de leur quasi-juridiction (1). Le droit de prononcer des amendes qui compète au grand pontife sur les prêtres qui lui sont soumis et celui qui appartient aux commissaires chargés des assignations de terres publiques pour leur juridiction sont de même valeur. Tous ces magistrats ne pouvaient pas satisfaire à leurs obligations sans avoir le droit d'infliger des peines pécuniaires; celui-ci doit leur avoir été concédé par des lois spéciales. Abstraction faite de ce que, lors de ces attributions, des fixations de maximum les plus diverses ont pu avoir lieu (n. 1), il est arrivé aussi dans ces concessions que l'appel aux comices, réservé à proprement parler à la juridiction, a été partiellement étendu aux amendes prononcées en vertu du pouvoir de coercition. On peut prouver que cela s'est produit pour les amendes infligées par le grand pontife. En effet, on lui a attribué le droit, ordinairement réservé aux magistrats, d'entrer en communication avec le peuple, mais on ne lui a accordé cette faculté que pour ces amendes vraisemblablement illimitées. Quant aux magistrats chargés des assignations de terres publiques, on se plaint dans un cas déterminé qu'ils aient été investis du droit d'infliger des amendes — on ne dit pas si c'est d'une manière limitée ou illimitée — sans être soumis à la provocation (2); on peut en conclure

(1) Tacite, *Ann.*, 13, 28 (cpr. *St. R.*, 2, 512 sv. [*Dr. publ.*, 4, 209 et sv.] parle des amendes tribunicienes sous le Principat et des maxima fixés sous Néron en matière d'amendes pour les diverses catégories d'édilité.

(2) Cicéron, *De l. agr.*, 2, 13, 33: *datur* (aux décomvirs de la loi agraire de Servilius) *cognitio sine consilio, poena sine provocatione, animadversio sine auxilio*. Donc les moyens de coercition — certainement le droit d'infliger des amendes et peut-être aussi l'emprisonnement — sont soustraits dans cette juridiction tant au recours aux comices qu'à l'appel aux tribuns de la plèbe.

que dans les autres cas ils ont reçu ce pouvoir avec la même restriction que le grand pontife. — Quant à la question de savoir si, parmi les amendes édiliciennes élevées que l'on rencontre fréquemment et qui conduisent à la provocation, il y en a qui ont été infligées en vertu d'un pouvoir de coercition, nous ne pouvons la trancher; il est possible que les édiles aient eu, dans une certaine mesure et sans loi pénale spéciale, la liberté d'infliger des peines pécuniaires sous réserve de la possibilité d'un appel au peuple (1). (53)

11. L'amende en nature, ou d'après la désignation romaine la prise de gage (*pignoris capio*), va complètement de pair avec l'amende pécuniaire (2); elle consiste dans la saisie et la destruction d'un objet du patrimoine de celui qui est condamné à une amende (3). Il est probable qu'on avait songé dans cette procédure à la destruction du vêtement et d'autres choses semblables, mais on est allé dans cet ordre d'idées

(1) Le seul cas connu d'une injure dirigée contre la communauté et punie par la voie criminelle est celui de l'action édilicienne intentée contre la sœur du consul P. Claudius Pulcher 505/249 (Aulu-Gelle, 10, 6, et autres textes; *St. R.*, 2, 492 [*Dr. publ.* 4, 186]) à cause de ses propos antipatriotiques; il est d'une part tout à fait inconciliable avec la notion de crime d'État; (Suétone, *Tib.*, 2, le nomme: *novo more iudicium majestatis apud populum*; Valère Maxime, 8, 1, *damn.*, 4, appelle l'accusée: *insons crimine quo accusabatur*); il est d'autre part le seul cas où un acte immédiatement dirigé contre l'État est puni par les édiles. Ce récit ne se fonde certainement sur aucune loi spéciale et la *multa* ne peut donc être considérée que comme coercitive. Sans doute les Romains ont bien senti que reconnaître au magistrat un droit de punir qui ne se fonde pas sur une loi positive, c'est ruiner la base de tout État constitutionnel et que la possibilité de la provocation devant le peuple ne change rien à cette situation. En admettant qu'un tel pouvoir des édiles ait jamais existé et que la procédure rapportée plus haut, pour laquelle on peut tenir compte que le coupable est une femme, n'est pas uniquement un acte d'arbitraire, c'est un titre de gloire pour la République romaine de n'avoir pour ainsi dire pas fait usage de ce pouvoir.

(2) Par exemple, dans la loi Quinctia sur les aqueducs (Frontinus, *De ag.*, 129). Autres preuves, *St. R.*, 1, 160 [*Dr. publ.*, 1, 183].

(3) Sur le droit de saisir des gages qui appartient à certains créanciers par dérivation du droit des magistrats, cpr. *St. R.*, 1, 160 [*Dr. publ.*, 1, 184]. La saisie des denrées prohibées par la loi somptuaire est apparentée à cette institution (Suétone, *Caes.*, 43).

beaucoup plus loin, on a même permis la démolition de la maison (1). A l'époque impériale, des fixations de maximum ont eu lieu pour cette amende en nature (2).

Procédure
d'appel.

(54) Comme la décision du magistrat, qui applique la coercition, n'est pas une condamnation pénale (p. 41, n. 2) mais un acte d'administration, il en résulte d'abord que les conséquences juridiques désavantageuses qui se lient à la sentence criminelle ne se produisent jamais ici, et qu'en outre la suppression de la peine, dans la mesure où la nature de celle-ci le permet, peut être provoquée par la voie administrative. Cela se manifeste à l'époque ancienne pour la coercition capitale (p. 49), plus tard notamment pour les amendes pécuniaires : l'appel peut être interjeté et la remise de la peine peut être sollicitée des autorités administratives supérieures, du sénat romain et des sénats municipaux, tant pour celles qui sont infligées par les magistrats romains (3) que pour celles qui sont appliquées par les magistrats municipaux (4). Dans ce

(1) Denys, 8, 87. Cicéron, *Phil.*, 1, 5, 12. Ce droit apparaît encore à l'époque impériale en cas de délit militaire (p. 48, n. 3).

(2) Tacite, *Ann.*, 13, 28.

(3) C'est pour cela que sous Néron l'ordre fut donné (Tacite, *Ann.*, 48, 28) aux questeurs de n'inscrire dans le livre public les amendes infligées par les tribuns de la plèbe qu'à l'expiration des quatre mois après lesquels elles sont exigibles; jusque-là une contradiction (*contra dicere*) peut être élevée contre elles (auprès des consuls et du Sénat). Pline, *Ep.*, 5, 9 (21), nous parle de la remise d'une amende infligée à un juré par le prêteur des concussions. Cela n'est évidemment pas un appel au sens juridique du mot. De même, aux *Dig.*, 49, 3, 2: *appellari a legatis (plutôt legato) proconsul potest et si multam dixerit, potest de iniquitate ejus proconsul cognoscere et quod optimum putaverit statuere*, il ne semble pas qu'on ait pensé à l'appel proprement dit, mais à la suppression de l'acte administratif d'un subordonné par son supérieur; toutefois dans ce cas il y a certainement empiètement réciproque de l'appel et de l'instance administrative l'un sur l'autre.

(4) Droit municipal de Malaca, c. 66: *multas in eo municipio ab Hiviris praefectove dictas, item ab aedilibus, quas aediles dixisse se apud Hivros ambo alterve ex iis professi erunt, Hvir qui j(ure)d(icundo) p(raerit), in tabulas communes municipum ejus municipi referri jubeto. Si cui ea multa dicta erit aut nomine ejus alius postulabit, ut de ea ad decuriones... referatur. De ea re decurionum judicium esto, quaeque multae non erunt injustae a decurionibus... judicatae, eas multas Hviri in publicum municipum, ejus municipi redigunto.* Abstraction faite de ce point que le duumvir s'occupe ici des affaires qui

sens les jurisconsultes postérieurs opposent encore la *poena*, c'est-à-dire la *multa* prononcée comme peine d'un délit par une condamnation ayant force de chose jugée, à l'amende coercitive qui dépend de l'arbitraire du pouvoir administratif (1).

Telle est la coercition romaine, le droit de contrainte, complètement et pendant du droit pénal. De même que la procédure pénale est l'application de la loi morale de l'État, de même la coercition est l'exercice de la puissance suprême de l'État, l'*imperium* sans lequel il n'y a pas de discipline civique et par conséquent pas d'État.

incombent à Rome au préteur et aux questeurs, ces règles s'appliquent aussi complètement à Rome.

(1) Paul, *Dig.*, 50, 16, 244 : *de poena provocatio non est, simul atque enim victus quis est (c'est-à-dire par un jugement ayant force de chose jugée) ejus malefici, cujus poena est statuta, statim ea debetur; at multae provocatio est nec ante debetur quam aut non est provocatum aut provocator victus est.* L'établissement des éléments de la cause (pour lequel le jugement attaqué ne suffit pas) exclut l'appel en cas de condamnation pénale, mais non pas en cas de décision coercitive.

SECTION V

LA LOI PÉNALE ET LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT PÉNAL ROMAIN

(55)
Peine et loi
pénale.

Dans la discipline domestique, dans le droit de la guerre, dans la coercition il y a un tort, une recherche et une punition de ce tort, il y a aussi une puissance juridiquement supérieure au coupable qui impose le châtiment ; on peut donc parler dans ces domaines d'une peine, mais non pas d'un droit pénal. Chacun s'y fait, selon son temps et son caractère, une conception personnelle du tort moral ; le jugement sur le point de savoir si les éléments du tort sont réunis n'est pas moins individuel ; la fixation de la compensation due à raison de la faute dépend plus encore de l'appréciation de chacun. Si le chef de la *domus*, le général, le détenteur urbain de l'*imperium* punit, il y a toujours et nécessairement là un acte d'arbitraire. Mais l'arbitraire n'est pas l'injustice. L'expiation de la *noxa*, lorsque le père abandonne le fils coupable à la victime et lorsque la communauté livre le citoyen coupable au voisin lésé, et la juridiction criminelle royale sur les transfuges et les meurtriers sont des actes de justice qui s'imposent. Il ne faut pas oublier que le chef de la *domus* était également père et que, parmi les sept rois, il y en eut six qui furent des souverains équitables.

L'exercice de la discipline domestique par le conseil des proches et l'application des pactes internationaux par le col-

lège fécial (1) ne sont pas des actes de juridiction au sens formel du mot, mais ils sont certainement accomplis au moins avec la même conscience que l'administration de la justice légalement réglée. Les notions de faute et de peine sont aussi vieilles que l'humanité et ne sont pas apparues pour la première fois avec la loi pénale. Mais le roi, qui d'après les conceptions juridiques romaines sépare le juste de l'injuste sans être lié par une loi pénale, peut commettre des iniquités dans l'exercice de ses fonctions suprêmes et par là les perdre. L'arbitraire royal n'est possible qu'autant qu'il s'exerce équitablement ; en cas d'application inéquitable, la souveraineté du roi s'effondre et est remplacée par celle de la loi.

(56)

Le droit pénal apparaît, lorsque la loi d'État (2) — et sous

Lieux de la magistrature.

(1) C'est la fonction des féciaux *κάν ἀδικεῖσθαί τινες ὑπό Ῥωμαίων ἔσπονδοι λέγοντες τὰ δίκαια αἰτῶσι, τούτους διαγιγνώσκειν τοὺς ἄνδρας εἴ τι πεπόνθασιν ἔσπονδον* et *φυλάττειν, ἵνα μὴ δένα Ῥωμαῖοι πόλεμον ἐξενέγκωσι κατὰ μηδεμιᾶς ἔσπονδου πόλεως ἄδικον* (Denys, 2, 72). Ils constituent le tribunal pour les rapports internationaux et s'appellent aussi *judices* (Cicéron, *De leg.*, 2, 9, 22; Denys, 2, 72, 5), mais en apparence ils n'ont sans doute pas d'autre mission que de donner leur avis aux consuls.

(2) Au point de vue de cette notion même il faut renvoyer au droit public. La conjecture d'après laquelle l'époque royale a connu la notion de loi, c'est-à-dire l'idée d'un précepte liant le roi lui-même, ne se concilie pas avec la conception d'une puissance royale juridiquement absolue, telle que la formulent les jurisconsultes romains. Le fait que le roi Servius dit chez Denys, 4, 36 : *αὐτὸς ἐξηταζόμενος πρῶτος οἷς ὄρισα κατὰ τῶν ἄλλων δικαίως ὡσπερ ἰδιώτης κειθόμενος*, qu'il est appelé chez Tacite, *Ann.*, 3, 26 : *sanctorum legum, quis etiam reges obtemperarent* en est une confirmation ; car la constitution de Servius n'est que l'image reproduite après coup de la constitution républicaine et n'en est même séparée dans le temps que par le règne d'un souverain inique. Nous ne pouvons pas dire si cette conception est exacte. Les prétendues lois royales, en tant qu'elles contiennent des prescriptions juridiques, sont sans doute par essence du droit coutumier fixé par écrit et peuvent à ce titre être traitées comme lois. — A l'époque républicaine, abstraction faite de cette coutume, la loi coïncide avec les résolutions du peuple, ainsi qu'il a été expliqué dans le *St. R.*, 3, 300 et sv. [*Dr. publ.*, 6, 4, 341 et sv.] ; la loi pénale n'apparaît nulle part comme une catégorie spéciale. — Sous le Principat, abstraction faite des résolutions populaires de la première époque, il n'y a pas de législation proprement dite, mais simplement des modifications des anciennes résolutions populaires et des dispositions rendues pour des cas concrets et ayant une force égale à la loi (*St. R.*, 2, 905 et sv. et 3, 1228 et sv. [*Dr. publ.*, 5, 185 et sv. et 7, 456 et sv.]). A partir de Dioclétien et de Constantin la législation reprend son rôle actif, ainsi que le prouve pour le droit pénal l'appa-

ce terme nous comprenons la source équivalente de la coutume — pose des limites à l'arbitraire de celui qui est investi du pouvoir de punir, c'est-à-dire du juge compétent. La loi désigne objectivement les actes immoraux, contre lesquels il faut intervenir au nom de la communauté et défend du même coup une pareille intervention contre tous les autres actes. La loi organise la procédure de recherche dans sa forme positive ; la loi fixe pour chaque délit la compensation convenable. Le droit pénal public romain commence avec la loi Valéria qui soumet la condamnation à mort, prononcée par le magistrat contre le citoyen romain, à la confirmation du peuple ; le droit pénal privé débute avec la prescription, qui enlève au préteur la sentence pénale définitive et ne lui laisse plus que la faculté de rendre un jugement conditionnel, laissant à des jurés le soin de remplir la condition. Désormais il n'y a plus à Rome de délit sans loi criminelle, de procédure pénale sans loi de procédure et de peine sans loi répressive(1). L'arbitraire du magistrat n'est aucunement supprimé ; même maintenant celui-ci peut, dans la mesure où s'appliquent d'une part le droit de la guerre et d'autre part la coercition urbaine, châtier à son gré sans que rien soit fixé quant au délit, quant à la procédure et quant à la mesure de la peine ; mais il y a actuellement, à côté de cette coercition libre, une juridiction réglementée.

On assigne à cette juridiction pénale, lorsqu'elle est prise au sens restreint du mot, un domaine étroit au regard de la coercition pénale. Le caractère urbain du droit public romain implique que la procédure pénale formelle ne peut avoir lieu que dans la ville de Rome ; mais l'idée que la procédure pénale publique n'est établie que contre le citoyen et

rition de l'hérésie et du rapt comme nouvelles catégories de délits, mais elle ne s'est pas élevée au-dessus d'un travail de réformation fragmentaire.

(1) Paul, *Dig.*, 50, 16, 131, 1 : *poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est*. La multa coercitive forme contraste avec cette règle (p. 45, n. 1).

l'homme, tandis qu'elle est exclue au regard des non citoyens et des femmes, ne se concilie pas avec l'essence du droit. En droit civil, même dans la partie des délits, l'évolution du droit romain a fait sauter de bonne heure cette barrière ; le droit pénal public avec la coercition illimitée comme complément nécessaire et dans son union constante avec les tribunaux de la capitale est resté bien en arrière du droit civil. Par suite de l'établissement de tribunaux civils tant dans les villes italiennes que dans les provinces, l'action délictuelle privée a été étendue à l'Italie comme aux provinces ; par contre, non seulement la procédure pénale publique des magistrats et des comices est demeurée limitée à la ville de Rome aussi longtemps qu'elle a existé, mais la procédure des *quaestiones* qui l'a remplacée n'a été complètement transportée avec son organisation de jurys qu'à l'Italie, elle ne l'a été qu'imparfaitement aux provinces. Il en est résulté que, même encore à l'époque impériale, la procédure provinciale, tout en s'étant rapprochée de la procédure pénale ordinaire et lui ayant emprunté la définition des délits, la mesure des peines et les règles procédurales essentielles, ne s'est cependant jamais complètement émancipée du système de la coercition. Lorsque plus tard les jurys disparurent et les formes de procédure se confondirent, ce fut moins la coercition qui céda la place à la juridiction que la juridiction à la coercition. (58)

Avant d'exposer dans leur généralité la notion de délit qui doit servir de base aux développements postérieurs et les théories de la personne, de la volonté, du fait, il nous paraît convenable de retracer, ne fût-ce que dans un court tableau, les débuts et les grandes lignes de l'évolution du droit pénal romain. Les preuves à l'appui de ces explications ne sont pas données dans la présente Section, le Livre entier les fournit dans la mesure où en général elles peuvent être données ; car, pour des exposés tels que celui qui est ici tenté, l'historien doit réclamer la faculté reconnue à l'artiste de faire d'abord une esquisse de son œuvre et de l'exécuter ensuite.

Disparition de l'état originaire. Pour l'étude des débuts du développement de l'humanité, il n'y a pas de nation qui nous offre aussi peu de renseignements traditionnels que la nation italique, dont le seul membre parvenu au développement historique est la Rome latine. Non seulement, au moment où la vraie documentation commence, la ville de Rome est une organisation sociale très développée, sérieusement influencée même par la civilisation supérieure des Grecs, et la tête d'une puissante confédération de villes unies par une nationalité commune ; non seulement nous n'avons pas sur la situation ancienne de Rome de renseignements provenant d'une source non romaine ; mais, pour les Romains eux-mêmes, la période préhistorique est comme anéantie et on cherche en vain dans le monde de leurs divinités informe et hostile aux fables et dans les légendes juridiques de leurs chroniques, qui malgré leur forme narrative ont un caractère rigoureusement rationnel, des souvenirs de la période de naissance et de croissance. Ce peuple, arrivé à l'âge viril, ne se retourne pas vers l'époque de son enfance. Cela n'exclut pas la possibilité de découvrir dans certaines limites les débuts de cet Etat, le plus puissant de la civilisation antique ; mais comme les récits des peuples étrangers et les légendes nationales nous refusent ici pour ainsi dire tout renseignement, nous en sommes réduits plus que partout ailleurs, à déduire, notamment dans le domaine du droit public et du droit privé romain, du développement postérieur des institutions leur état originaire.

Le tort causé à la communauté et le tort causé au concitoyen, que la science du droit romain, même dans sa dernière période, n'est parvenue qu'imparfaitement à réunir dans le domaine général du droit pénal, apparaissent dans une connexité d'autant moins grande qu'on remonte davantage dans le passé. Dans le stade le plus ancien du droit pénal, l'intervention se produit exclusivement en cas de dommage causé à la communauté.

(59) Le tort causé à la communauté réclame que celle-ci se fasse justice tant contre l'ennemi du pays que contre le con-
 débuts du droit pénal public.

citoyen, animé des mêmes sentiments que l'ennemi et agissant comme lui ; l'assimilation de ces deux catégories basée sur l'idée que le droit de cité est perdu par le seul fait de la défection a été de tout temps et est demeurée jusqu'à la dernière époque le fondement du crime d'État. Le droit de se faire justice à soi-même permet de détruire l'ennemi ; le prisonnier de guerre peut être mis à mort comme le traître. Cette justice directe est exercée par le magistrat, tantôt comme général, tantôt comme détenteur d'un droit de coercition illimité. Mais l'application de cette justice à l'ennemi n'exige de sa part aucune manifestation spéciale d'hostilité ; le fait qu'il n'appartient pas à la communauté romaine justifie par lui-même l'application du droit de la guerre. Au contraire, se pose dans le même cas au regard du citoyen la question de faute, la *quaestio* ; le magistrat procède à l'examen de ce point et c'est là le commencement de la procédure pénale ; peu importe que le magistrat la tranche souverainement ou que, faisant ce à quoi il n'est pas naturellement obligé mais qu'il a le droit de faire, il abandonne au peuple la faculté ou d'opérer, au profit de celui qui a été reconnu coupable d'une atteinte à la communauté, une remise de la peine de mort ou de laisser appliquer la sentence. Le magistrat a le droit de soumettre l'ennemi prisonnier à une instruction et de le traiter dans certains cas avec plus de douceur ; mais il n'est pas obligé à la « *quaestio* » et le peuple n'a jamais à se prononcer sur la grâce ; tout élément fait ici défaut pour l'élaboration de règles juridiques, aussi n'y a-t-il eu aucun travail de ce genre sur ce terrain.

La justice que la communauté se fait à elle-même, c'est-à-dire le droit pénal public, s'est tout d'abord appliquée contre le citoyen qui fait cause commune avec l'ennemi, donc contre le transfuge ou le traître. Cette intervention s'étendit en outre à la soustraction des biens des temples, au vol du bétail de la communauté, au dommage causé aux édifices et aux chemins publics. Il y eut une époque où la communauté ne faisait même que se protéger contre l'ennemi extérieur ou

Des plus anciens délits publics.

intérieur. Il y eut donc un temps où, pour employer la terminologie romaine, l'*imperium* du magistrat se restreignait à la conduite de la guerre et à l'exercice de la coercition pendant la paix, et où par suite il n'y avait pas de droit pénal au sens précédemment indiqué. Nous pouvons nous représenter (60) sous cet aspect l'état de choses existant sous les rois viagers et plus tard, après le renversement de la royauté, sous la dictature du début de la République, qui n'est qu'une restauration temporaire de l'ancien pouvoir royal.

Extension du droit pénal public aux actes qui troublent la paix publique.

Le droit pénal public des Romains a déjà dépassé ces limites étroites dans un temps qui est pour nous préhistorique. L'idée, qu'en cas de dommage causé à un particulier le soin d'infliger le châtement appartient tout d'abord à la victime et à ses parents, a été certainement admise par l'ancien droit romain, comme elle l'a été d'une manière générale par toutes les législations primitives. Mais la règle, d'après laquelle les méfaits qui tout à la fois préjudicient à un particulier et menacent la sécurité publique doivent être recherchés et punis d'office comme causant un tort à la communauté, a été posée en droit romain, avant le temps où nous apprenons à la connaître, pour le meurtre de l'homme libre (1), pour le crime d'incendie volontaire, pour le vol de la récolte sur pied et pour la satire chantée en public. Déjà, dans la loi des XII Tables, au delà de laquelle notre connaissance ne remonte pas, tous ces torts apparaissent comme crimes publics (2) et pour eux toute trace d'intervention, soit de la victime elle-même soit des membres de sa *gens*, a disparu, de telle sorte que la soumission des *gentes* à la cité devait être déjà un fait accompli, lorsque la loi fut rendue. Le délinquant de cette catégorie n'est pas regardé comme un ennemi et n'est pas privé du droit de cité par le seul accomplissement du fait punissable; mais il est traité d'office de la même manière qu'un ennemi,

(1) L'extension de la notion de meurtre au faux témoignage dans le procès capital et vraisemblablement aussi à la rapine peut également appartenir déjà au droit des XII Tables.

(2) Les questeurs permanents n'ont à s'occuper que de ces crimes.

avec cette seule différence qu'en cas de crime d'État proprement dit la notoriété du fait punissable dispense fréquemment de l'instruction, tandis que celle-ci a ordinairement lieu pour les autres crimes publics que nous avons mentionnés. Le meurtrier et le voleur de moisson sont, comme le transfuge et le traître, frappés de la peine de mort au nom de la communauté.

Comme on l'a déjà dit, à Rome le particulier auquel un tort a été causé a dû incontestablement au début prendre lui-même sa revanche. S'il était esclave, ce soin appartenait à son maître. Et, s'il n'arrivait pas à se faire justice seul, il exerçait la vengeance avec l'aide de ses proches ou laissait ceux-ci l'exercer seuls. La ligne de démarcation entre le tort causé à la communauté et celui qui est causé à un particulier peut être très différemment tracée. A l'époque où le meurtre, l'incendie et maints autres méfaits passèrent, de la catégorie des délits privés à laquelle ils avaient dû appartenir au début dans celle des délits publics, on ne trouve déjà plus dans le domaine désormais restreint des délits privés, qui embrasse notamment toutes les atteintes à la propriété, l'intervention des *gentes* qui n'avait certainement pas fait défaut à l'origine. Ce changement était déjà réalisé dans le droit des XII Tables. Toutefois cette partie du droit pénal repose bien sur l'idée de justice privée; cela ressort clairement de ce que tous les délits, qui ne sont pas principalement dirigés contre la communauté, sont nécessairement commis contre une personne qui peut demander réparation ou pour laquelle réparation peut être demandée. Ce que l'on a coutume d'appeler dommage causé à la chose d'autrui [*Sachbeschädigung*] n'est au sens juridique du mot qu'un dommage causé au propriétaire; vis-à-vis de la chose comme telle il n'y a pas de délit possible. Nous exposerons à propos du meurtre que, conformément à ce principe, ce délit ne pouvait pas au début être commis contre un esclave. Mais dans le droit développé, où le meurtre est réprimé d'après les règles du droit public, on fut amené logiquement à abandonner cette conception et l'acte accompli contre l'esclave fut puni comme un dommage causé à la communauté.

Débuts du droit pénal privé.

(61)

La procédure
de la transaction
en droit privé.

Le droit privé place à côté de la justice privée la transaction conclue pour en écarter l'application. Évidemment ce pacte est aussi vieux que le tort privé et la vengeance, et il implique aussi un tribunal arbitral constitué par l'accord des deux parties. Il en résulte également la notion d'une indemnité [approximative fixée par un pacte, c'est-à-dire d'après l'ancienne terminologie (p. 13) les notions de *damnum* et de *poenae*.

(62) L'État intervient dans cette transaction en interdisant à la victime de se faire justice à elle-même et en renvoyant les parties, en l'absence de composition volontaire, à un tribunal arbitral nommé par lui et chargé de provoquer une transaction que l'État impose et qui de la sorte est obligatoire. On s'en tient ici encore à l'idée de la solution du litige par l'accord des parties; car le tribunal arbitral prononce d'abord un jugement préalable sur la question de fait, c'est-à-dire sur l'existence et l'étendue du dommage prétendu et laisse aux parties, lorsque cette sentence est rendue à l'encontre du défendeur, le soin de transiger sur le montant de l'indemnité. Si cet accord se produit, le tribunal absout; si l'entente n'est pas réalisée, il condamne.

limites de la
transaction obli-
gatoire dans le
droit des
XII Tables.

Mais ce système de transaction n'a pas encore pénétré complètement dans le droit des XII Tables. En cas d'appropriation injuste de choses mobilières appartenant à autrui — le très ancien droit ne connaissait pas, en effet, la propriété individuelle pour le sol — le droit des XII Tables exclut la transaction obligatoire, si le vol est manifeste. Lorsque le volé ne consent pas spontanément à la transaction, le tribunal prononce la peine de mort contre le coupable, s'il est esclave, et l'attribue en propre au volé, s'il est un homme libre. Cette aggravation de la peine dans le cas où le voleur est pris sur le fait est surprenante et peu en harmonie avec la notion fondamentale du délit au point de vue moral; mais il faut la rattacher moins à un besoin de vengeance, particulièrement fort dans ce cas, qu'à l'effort fait par le législateur pour empêcher la vengeance privée, si naturelle ici, en laissant la peine

de mort possible même en cas de recours aux tribunaux. Contre le voleur convaincu du délit d'une autre manière, c'est-à-dire dans le cas de beaucoup le plus fréquent, la loi des XII Tables consacre la transaction obligatoire avec accroissement de l'indemnité au double. Celui auquel cette satisfaction était offerte devait l'accepter ; celui qui ne pouvait pas la fournir était traité comme tout autre débiteur insolvable. On voit ici apparaître tout à la fois la grande douceur du droit romain vis-à-vis du délinquant et sa terrible dureté vis-à-vis du débiteur.

En cas de blessure corporelle faite à un homme libre (1) et de dommage causé à la chose d'autrui, délits qui forment dans la loi des XII Tables une notion générique sous le nom d'injure (*injuria*), cette loi exclut légalement le système de la transaction obligatoire dans le cas le plus grave, dans celui de la mutilation de l'homme libre ; si la victime l'exige, le tribunal permet au nom de l'État que le délinquant soit traité par voie de justice privée d'après la règle : « comme tu as agi contre moi, j'agis contre toi » (2), suivant en cela l'exemple de ces prétendues cours d'honneur qui, dans le retour actuel de notre nation vers la barbarie, permettent le duel. Pour tous les autres délits de cette catégorie la transaction est obligatoire.

On reconnaît clairement dans ces règles les derniers restes d'un état juridique plus ancien, dans lequel il paraissait juste et équitable que le volé tuât le voleur ou se l'appropriât, que celui qui avait subi un dommage dans son corps ou dans ses biens mutilât à son tour le coupable ou le frappât ou lui détruisît ses biens, mais où en même temps le pardon et la transaction intervenaient pour atténuer la rigueur du droit. Ce régime peut remonter à l'époque où le droit pénal privé se réduisait à la discipline domestique ; en fait, ces règles ont dû trouver

(63)

Transformation
des peines
privées.

(1) L'injure verbale ne paraît pas avoir été traitée comme fait punissable par la loi des XII Tables, abstraction faite de la chanson diffamatoire rangée parmi les délits publics.

(2) *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto. Talio de talis, qualis.*

spécialement leur application, vis-à-vis des personnes privées de liberté, en vertu du droit public ou même simplement en vertu du droit privé. — Il est évidemment impossible de décider dans quelle mesure cet état juridique primitif a été modifié par la coutume ancienne ou ne l'a été que par la loi des XII Tables elle-même. Il n'est pas invraisemblable que ce Code ait déjà trouvé préexistantes en substance les règles qu'il reproduit, et qu'on n'ait à attribuer aux décevirs que la transformation des amendes de bétail en amendes pécuniaires (p. 56, n. 2) et une autre réforme, étroitement liée à celle-là, consistant à désigner, par voie d'emprunt à la langue grecque, ces amendes pécuniaires comme *poenae* (p. 13). L'indication, digne de foi au point de vue historique, que vingt ans plus tard la même transformation a été réalisée par une loi pour la *multa* coercitive (p. 57, n. 1), rend naturelle la conjecture que les Décevirs ont trouvé en vigueur dans le droit privé le système de la composition obligatoire et ont simplement modifié le mode de paiement.

Les magistrats
pour la coerci-
on et la juri-
diction.

Envisagée au point de vue procédural et entendue au sens très large du mot, la procédure pénale rentre dans le pouvoir du magistrat, c'est-à-dire dans l'*imperium*, et y est comprise en partie comme coercition, en partie comme juridiction. La coercition et l'action pénale publique qui en est sortie sont une procédure purement inquisitoriale sans parties, restreinte plus tard par l'instance en grâce devant les comices, instance qui doit être admise pour certaines peines en vertu d'une prescription législative. Dans la juridiction le magistrat et plus tard le juré fonctionnent comme arbitres et leur jugement définitif jouit de la force exécutoire. La coercition, à laquelle se rattache le commandement militaire, et la juridiction, qui appartient au régime de la paix, sont les deux parties d'un même tout. Elles apparaissent réunies dans l'*imperium* royal et dans l'*imperium* consulaire originaire ; elles se présentent avec prédominance de la coercition dans l'*imperium* du dictateur et dans celui du consul après l'introduction de la préture ; elles se retrouvent enfin avec prédominance de la juridiction dans

l'*imperium* du préteur, dans celui du censeur et dans celui des magistrats municipaux. Malgré la séparation, l'unité de l'*imperium* se fait ici sentir : la juridiction a été légalement interdite au dictateur et aux consuls de la période récente, mais ils ont gardé la juridiction qu'on appelle gracieuse et qui à proprement parler n'en est pas une; on n'a pas non plus enlevé au préteur le commandement militaire, mais on ne le lui a conféré que dans la mesure où cela était nécessaire et à titre de fonction accessoire; et le préteur, comme le censeur et les magistrats municipaux, a conservé la coercition indispensable pour l'exercice de la juridiction entre les particuliers ou entre la communauté et un citoyen. (64)

La transformation de la procédure pénale des magistrats et des comices en procédure des *quaestiones* ne consiste en substance que dans la répression du délit public suivant les formes de la procédure du droit privé, d'une part en considérant l'action comme un procès entre la communauté et l'accusé, d'autre part en réglant la représentation de la communauté et en rapprochant la procédure avec jury de celle qui avait lieu devant les comices, par la substitution de grands collèges au juré unique et au petit tribunal de récupérateurs; et plus spécialement par l'attribution de la présidence à un magistrat. Procédure des *quaestiones*.

A l'époque impériale, à côté de l'ancienne procédure pénale des magistrats et des comices qu'on retrouve modifiée dans la cour consulaire-sénatoriale, on voit renaître devant le tribunal impérial la procédure originaire dépendant uniquement du magistrat, ou, ce qui est la même chose, la coercition originaire des magistrats à l'exclusion d'une coopération directe ou indirecte du peuple. Cette coercition a par des progrès successifs absorbé la procédure consulaire sénatoriale, celle des *quaestiones* et l'action délictuelle privée, d'une part en maintenant les rôles des parties comme procédure d'accusation et, d'autre part, en supprimant ces rôles dans la procédure de cognition. Procédure pénale de l'époque impériale.

LA PERSONNE

onditions de la
peine. La notion de délit repose sur la nature morale de l'homme. C'est surtout dans le sentiment personnel du devoir, c'est-à-dire dans la conscience de l'individu, que se trouve la mesure permettant de déterminer les manquements à la conduite qui s'impose à l'homme. Cette notion de devoir, aux limites imprécises et indépendante de toute idée de contrainte extérieure, reçoit de l'État une détermination positive et une sanction ferme : la loi pénale est la loi morale promulguée par l'État. Nous avons ici à établir ce point d'une manière générale et à exposer les conditions de tout acte punissable, à savoir la capacité de la personne d'agir et d'être punie, la volonté requise pour le délit et les caractères du fait délictuel, sauf à revenir en détail à propos des délits spéciaux sur les éléments particuliers qui les constituent.

La personne. L'homme, en tant qu'il est soumis à la loi morale et appartient à un État déterminé, est assujéti à la loi pénale, quelle que soit sa condition juridique. Nous allons maintenant énumérer les cas dans lesquels la responsabilité délictuelle est absolument exclue et ceux où le coupable ne peut être puni, parce qu'il a cessé d'appartenir à un État déterminé. Bien que la responsabilité délictuelle et la capacité d'être puni forment deux notions distinctes, nous les réunissons ici dans un même exposé pour des raisons de commodité.

1. Il n'y a pas de responsabilité délictuelle pour les objets inanimés. Contrairement à ce qui s'est passé chez des peuples à l'imagination plus vive, les Romains n'ont jamais fait comparaître en justice la hache qui a causé un dommage à une personne. Par contre, en vertu d'une conception économique primitive naïve et caractéristique pour les États qui admettent l'esclavage, la personnalité avec sa conséquence, l'imputabilité, a été étendue aux animaux domestiques. Ceux-ci sont, comme les esclaves, soumis aux règles et à la discipline de la *domus* et toute quasi-action de ces êtres qui s'écarte de ces règles permet de mettre en cause la responsabilité du propriétaire par voie d'action noxale. Cette conception, propre aux Romains et à laquelle ils restèrent attachés, avec la ténacité qui leur est propre, jusque dans la dernière époque, s'applique uniquement (1) aux dommages causés au corps et à la chose d'autrui; nous pouvons par conséquent en renvoyer l'examen à la Section du Livre IV où il est traité de ces délits.

Esclaves et animaux.

(66)

2. Le mort est également soustrait à la responsabilité délictuelle. La mort ne fait pas disparaître le délit, mais rend impossible en droit pénal privé l'application de la peine au délinquant. La revanche et la vengeance ne peuvent être exercées que sur une personne vivante (2). Cette règle s'étend au meurtre et à l'incendie volontaire et en général à tous les délits qui ne sont pas dirigés directement contre l'État; en cas de meurtre et d'incendie volontaire, la règle que la mort rend le châtement impossible a été conservée même après que ces délits eurent été transportés dans la procédure pénale publique (p. 68) (3). C'est dans cette mesure que s'est réalisée à

Morts.

(1) L'extension aux animaux domestiques de la capacité d'être puni apparaît aussi dans le droit pénal public pour le cas où l'on a déplacé une borne en labourant (Festus, p. 368); mais cette règle appartient aux lois primitives, encore toutes dominées par des conceptions religieuses.

(2) Gaius, 4, 112 : *est... certissima juris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuria.*

(3) *Dig.*, 48, 1, 3. 6, *tit.* 16, 15, 3, *tit.* 19, 20, où cette règle est justifiée

l'époque historique en droit pénal la suppression de la peine par la mort du délinquant. Pour délimiter le domaine des créances délictuelles et des créances non délictuelles, il n'y a pas de criterium plus sûr que le rejet ou l'admission du transfert de l'action aux héritiers (p. 5). Cette loi subit cependant les restrictions suivantes :

(67) a. La règle ne s'applique pas au délit public de l'époque primitive, c'est-à-dire à celui qui est dirigé directement contre l'État ; l'exécration produit ses effets au delà de la tombe et l'interdiction de l'inhumation, la destruction du tombeau, et surtout l'exécration de la mémoire peuvent avoir lieu même après la mort. Même plus tard, en cas de procès de *perduellio* — mais non pas dans tout procès de lèse-majesté — et en cas d'hérésie, on s'écarte de la règle généralement en vigueur dans le droit criminel, d'après laquelle la peine s'attache au jugement ou à ce qui lui est assimilé (aveu, suicide) et on anticipe ici la condamnation de telle façon que la peine y semble plutôt être la conséquence immédiate du délit. Par suite, cette procédure peut, en tant qu'elle déclare la possibilité antérieure de punir un fait, être commencée même après la mort du coupable et entraîner toutes ses conséquences juridiques au point de vue de l'honneur et du patrimoine (1). Comme les conséquences juridiques relatives à l'honneur ne peuvent être déduites que d'un procès à proprement parler délictuel, cette procédure doit être considérée ici comme une procédure pénale contre le mort. Quant aux conséquences patrimoniales, on les fait valoir par une action civile contre les héritiers ou les autres intéressés.

b. Si le procès pénal, lorsqu'il se déroule entre des parties

par l'idée que la peine a pour but d'améliorer l'homme (p. 2. n. 3). Elle s'applique aussi en droit postérieur à l'accusé recherché (*Dig.*, 48, 1, 4) et en général à celui qui est condamné en première instance (*Dig.*, 28, 1, 43, 2. 49, 43, 1, *pr. tit.* 14, 9. *Cod.*, 7, 66, 3. 9, 6, 6) ; la procédure, lorsqu'il s'agit d'une confiscation de patrimoine, doit cependant dans certaines circonstances être continuée.

(1) V. pour les détails le Livre IV à propos de la *perduellio* et de l'hérésie.

a été commencé et conduit du vivant de l'accusé jusqu'à la *litis contestatio* (1) ou jusqu'à un acte équivalent, il est considéré comme conditionnellement tranché et est poursuivi après la mort du défendeur contre ses héritiers; la portée en est alors restreinte aux conséquences patrimoniales du délit prétendu. Cette règle s'étend au délit privé et dans la procédure pénale publique au procès avec accusation. Elle est inapplicable à la procédure pénale par voie d'inquisition ou de cognition.

c. L'action pour cause de concussion (*repetundae*) n'est pas par son origine délictuelle, elle est une *condictio* fondée sur l'enrichissement injuste. Elle peut donc être intentée même contre les héritiers (2). (68)

d. L'action de vol ne passe pas comme telle contre les héritiers; mais par une fiction juridique qui procède vraisemblablement de cette idée que les héritiers du voleur ne doivent pas être mieux traités que ceux du débiteur, on accorde au particulier volé, et de même à l'État en cas de péculat, comme s'ils étaient créanciers à raison d'un contrat, une ac-

(1) *Lex Acilia repetundarum*, l. 29: [de iudicio in eum qui mortuos e]rit aut in exilium abierit. Quo[rum] nomen ex h. l. delatum erit, sei is ante mortuos erit... aut in exilium abierit, quam ea res iudicata erit, pr(a)tor)... [eam] rem ab eis item quaerito (la suite est perduo). Paul, *Dig.*, 44, 7, 33: *constitutio[n]ibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri quasi lite contestata cum mortuo*. Modestin, *Dig.*, 48, 2, 20: *ex ceteris vero delictis (à l'exclusion des crimes de lèse majesté et de concussion) poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta*. Ulpien, *Dig.*, 48, 4, 11: *is qui in reatu decedit, integri status* (donc exclusion de l'infamie) *decedit; extinguitur enim crimen mortalitate*. Dioclétien, *Cod.*, 4, 17, 1: *post litis contestationem eo qui vim fecit vel concussionem intulit vel aliquid deliquit defuncto successores ejus in solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit conveniri juris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur*. Cpr. *Dig.*, 28, 1, 13, 2, 49, 13, 1. *Cod.*, 7, 66, 3. — Cette règle repose dans la procédure de droit privé sur cette idée que la *litis contestatio* est une condamnation conditionnelle, tandis que la sentence des jurés est non pas à proprement parler un jugement, qui ne peut même être prononcé que par le magistrat, mais l'accomplissement de la condition. Elle a été transportée de la procédure de droit privé dans celle des *quaestiones*, où il n'y a pas à proprement parler de *litis contestatio*.

(2) Le surplus à propos des *repetundae*.

tion ayant pour objet la valeur de la chose volée, qu'on appelle la *condictio furtiva* et qui est donnée contre le voleur et ses héritiers (1).

e. L'enrichissement qu'un *de cuius* a tiré de son délit et qui parvient à ses héritiers peut être repris à ces derniers en faveur de la victime (2), ou, lorsque cela n'est pas possible, en faveur de l'État (3).

Exilés.

3. La procédure pénale romaine est également inapplicable à celui qui est en dehors du domaine de la juridiction romaine. Celle-ci s'étend au citoyen romain, même s'il se trouve à l'étranger, et à l'étranger séjournant en territoire romain. Elle ne régit donc pas les étrangers qui vivent à l'étranger, et le citoyen romain ne peut s'y soustraire qu'en abandonnant d'une part le sol romain (*solum vertere*) et qu'en s'attachant d'autre part, comme citoyen ou de telle autre manière qui détruit son droit de cité romain, à un État reconnu par Rome et formellement indépendant (4). Cet acte du citoyen romain constitue « l'émigration », l'*exilium* ou, lorsqu'on l'envisage au point de vue de son rôle postérieur dans la vie politique,

(1) Le surplus à propos du vol.

(2) Cette règle formulée à l'occasion de l'enrichissement que procure au père le vol du fils (*Dig.*, 45, 1, 3, 42) peut être étendue à d'autres cas par voie d'analogie.

(3) *Dig.*, 3, 6, 5, pr. : *est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur, ut puta ob falsum vel iudici ob gratiosam sententiam datum et heredi extorquebitur et si quid aliud scelere quaesitum.* *Dig.*, 48, 1, 6 : *defuncto eo qui reus fuit criminis et poena extincta in quacumque causa criminis extincti debet is cognoscere, cujus de pecuniaria re cognitio est.* 48, 10, 42, 49, 14, 9. *Cod.*, 4, 17, 1 (p. 77, n. 1).

(4) Nous supposons ici connu le rôle de l'*exilium* au point de vue du droit public (*St. R.*, 3, 48 et sv. [*Dr. publ.* 6, 1, 53 et sv.]). Le droit de cité romaine, que le citoyen n'a pas le droit d'abandonner directement, est perdu par l'incompatibilité qui existe entre ce droit et la subordination à un autre État reconnu par Rome comme autonome au sens complet du mot, c'est-à-dire par l'immigration (*solum vertere*) et par l'acquisition qui en résulte du droit de cité et du droit à être protégé dans cet autre État. Cette extinction du droit de cité, dont il n'est question en droit pénal qu'à propos de l'*exilium*, s'accomplit sur le fondement des traités existants sans coopération ni de la communauté de laquelle on sort, ni de celle dans laquelle on entre.

le bannissement spontané (1), pour nous servir de l'expression de Polybe. C'est le lieu d'exposer ici comment s'accomplit cet acte important pour le droit pénal. Il faut distinguer à cet égard l'émigration du citoyen qui n'est pas encore engagé dans un procès, l'émigration au cours d'un procès intéressant le patrimoine et l'émigration au cours d'un procès capital (2).

a. Celui qui passe de la manière indiquée plus haut de la juridiction romaine dans une autre juridiction reconnue par les Romains ne peut être poursuivi, à raison d'une dette contractée ou d'un délit commis avant l'émigration, que devant le tribunal dont il relève actuellement, en supposant qu'aucune procédure romaine n'ait été engagée à cet égard avant l'émigration. Évidemment l'affaire échoit au tribunal romain, dès que l'émigré rentre sur le territoire romain et il n'est pas non plus impossible, comme on le montrera dans la Section IX, que la communauté romaine demande de la communauté, à laquelle l'émigré appartient désormais, l'extradition, si aucun traité ne s'y oppose. Si l'extradition est accomplie et si l'extradé retombe ainsi sous la juridiction romaine, le procès a lieu à Rome ; mais si le tribunal romain n'est pas compétent au moment où le procès est intenté, il n'y a ni action publique ni action privée qui soit possible. — Il est

(1) Ἐκούσιος φυγάς: Polybe, 6, 14. Cicéron, *Pro Caec.*, 34, 100 : *exilium non supplicium est, sed per fugium portusque supplicii ; nam quia volunt poenam aliquam subterfugere aut calamitatem, eo solum vertunt, hoc est sedem ac locum mutant. Itaque nulla in lege nostra reperietur, ut apud ceteras civitates, maleficium ullum exilio esse multatum, sed cum homines vincula necis ignominiasque vitant, quae sunt legibus constitutae, confugiunt quasi ad aram in exilium, qui si in civitate legis vim subire vellent, non prius civitatem quam vitam amitterent.* L'acception de ce mot, dont il est traité plus loin au Livre V, alterne certainement déjà chez Cicéron avec l'acception postérieure, car cette époque connaît à côté du bannissement volontaire le bannissement à titre de peine (les deux sont distingués de la manière la plus précise dans Cicéron, *De domo*, 27, 72 : *exilium... est turpe... si est poena damnati*).

(2) Ulpian, *Dig.*, 47, 2, 41, 3 : *si quis post noxam admissam hostium servus fuerit factus, videndum est, an extinguatur actio (furti). Et Pomponius scripsit extinguere actionem et si fuerit reversus, postliminio vel quo alio jure renasci eam actionem debere ; et ita utimur.* Il va de soi que le *postliminium* ou annulant le changement de propriété en supprime aussi les effets, le principe n'est pas moins clair pour cela.

vraisemblable que l'interdiction du toit, de l'eau et du feu, dont il sera bientôt question, était également permise dans ce cas ; cependant nous n'avons aucune preuve de l'application de cette peine aux exilés de cette catégorie.

Exilium du débiteur.

b. Celui qui, au cours d'une action privée contractuelle ou délictuelle ou d'un procès comitial ayant pour objet de l'argent ou d'un procès devant les *quaestiones*, sortait de la juridiction romaine, échappait à la condamnation personnelle ; le tribunal romain ne pouvait pas dans ce cas prononcer l'addiction du débiteur qui ne payait pas, mais il envoyait l'ayant-droit en possession du patrimoine de celui-ci (1). Cet expédient a certainement été souvent utilisé par des personnes menacées de la banqueroute ; il est mentionné dans les *judicia recuperatoria* intentés en 583/171 pour cause d'exaction contre les gouverneurs des provinces d'Espagne et préparant contre eux la procédure des *repetundae* (2) ; c'est le même procédé que vise la loi sur les *repetundae* du temps des Gracques pour le cas d'insolvabilité de l'accusé (3). Comme dans les procès en question le défendeur était entièrement libre, ni le demandeur ni le tribunal ne pouvaient l'empêcher d'émigrer hors de la juridiction romaine, ce qui, comme nous l'avons déjà fait remarquer, exige un changement de domicile en fait. Il n'est pas prouvé que des désavantages juridiques se soient attachés à cet exil, en dehors de la condamnation et de la faillite qui sont inévitables dans ce cas, et il n'est pas vraisemblable que des mesures générales aient été prises contre le retour de cette catégorie d'émigrants ; il est toutefois possible que des prescriptions de ce genre aient été posées vis-à-vis de certains d'entre eux, notamment contre ceux qui s'étaient soustraits de cette manière à une peine personnelle.

(1) Parmi ceux dont les créanciers peuvent saisir le patrimoine, l'édit du prêteur nomme celui qui *exilii causa solum verterit* (Cicéron, *Pro Quinctio*, 19, 60).

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

(3) P. 17, n. 1. Festus, *Ep.*, p. 81 : *exilica causa quae adversus exulem agitur* se rapporte sans doute aussi à cette question.

c. Si nous nous occupons maintenant de l'hypothèse où un procès capital était pendant, il faut remarquer ici que l'arrestation de l'accusé lui enlevait, d'après ce que nous venons de dire, la possibilité d'émigrer; mais cette arrestation a vraisemblablement jusqu'au dernier siècle de la République dépendu dans le procès capital comitial de l'arbitraire du magistrat qui dirigeait la procédure. Si ce dernier à l'époque ancienne s'abstenait fréquemment de recourir à l'arrestation et si plus tard il ne lui était plus permis d'y faire procéder, on peut bien voir là comme une invite faite par le magistrat ou la législation à l'accusé de provoquer un adoucissement de la procédure pénale en s'exilant spontanément. Quand, au cours d'un procès capital, l'accusé avait la possibilité de changer de juridiction et en changeait réellement de la façon indiquée plus haut, le tribunal romain n'avait pas plus la faculté de prononcer ici la peine de mort qu'il n'avait dans le cas précédent celle de condamner à une amende, parce qu'un tel jugement eût été sans objet ou eût constitué un empiétement sur la souveraineté de l'État allié. Une telle solution suppose à vrai dire que le traité d'alliance de Rome avec l'État en question n'établissait pas, ce qu'il aurait pu faire, d'exceptions pour des émigrations de ce genre, et qu'en outre à défaut de clauses pareilles la communauté romaine n'avait pas demandé à titre exceptionnel l'extradition, demande qui, amicalement formulée par un État allié, ne pouvait pas être facilement repoussée. L'émigration de l'accusé, qui garde la liberté pendant le procès, produit, non pas peut-être comme une conséquence juridique absolument nécessaire (1), mais évidemment comme

*Exilium du
délinquant.*

(71)

(1) Nous n'avons aucune preuve sûre que le procès fût continué contre un tel exilé. Tite-Live, 29, 21, 1: *Pleminium... auditis quae Romae acta essent in exilium Neapolim euntem forte in Q. Metellum... incidisse et ab eo Regium vi retractum tradunt.* Asconius, *In Scaur.*, p. 23: *L. Tubulus... propter multa flagitia cum de exilio accersitus esset, ne in carcere necaretur, venenum bibit.* Dans le premier cas l'émigration n'est pas accomplie; dans le second cas il est possible qu'on tienne compte de délits postérieurs commis après l'émigration. — La procédure pénale contre le citoyen romain absent, dont il sera traité plus loin, ne doit pas être confondue avec celle contre le citoyen qui a été présent.

(72) conséquence ordinaire, un adoucissement de la peine. Cet exil se présente comme une demande d'indulgence (*excusatio*) fondée sur l'émigration et cette demande est considérée comme adressée non pas au magistrat qui rend la sentence, mais aux comices qui accordent la grâce (1). La procédure se poursuivait après l'émigration et conduisait à la condamnation ; mais celle-ci se restreignait, comme au cas de mort de l'accusé, à la confiscation du patrimoine, en supposant que cette dernière fût encourue à raison du délit. Un vote du peuple (2) s'y ajoutait au moins fréquemment, peut-être constamment, par lequel on interdisait pour toujours au condamné le toit, l'eau et le feu (3). Cette interdiction n'était pas un acte de droit pénal, mais un acte administratif. Admise par l'ancien droit au regard des non citoyens seulement, elle était la défense d'entrer sur le territoire romain, la privation permanente de cette protection juridique accordée en général à l'étranger sur le sol romain, et la menace de traiter

interdiction de
l'eau et du feu.

(1) Tite-Live, 3, 13, 9 : *judicii die, cum excusaretur (Caeso Quinctius) solum vertisse exilii causa, nihilo minus Verginio comitia habente collegae appellati dimisere concilium*. 3, 58, 10 : *(decemviri) exilii causa solum verterunt ; bona publicata sunt*. 25, 4, 9 : *Postumius vadibus datis non adfuit. Tribuni plebem rogaverunt plebesque ita scivit, si M. Postumius ante kal. Maias non prodisset citatusque eo die non respondisset, neque excusatus esset videri eum in exilio esse* (lequel n'était donc pas prouvé ici, mais supposé) *bonaque ejus venire, ipsi aqua et igni placere interdici*. 26, 3, 12 (cité à tort par moi dans *St. R.*, 3, 49, n. 3. [*Dr. publ.*, 6, 1, 54, n. 1]) : *Cn. Fulvius exulatum Tarquinius abiit ; id ei justum exilium esse scivit plebs*.

(2) Cela paraît être la procédure indiquée par Tite-Live, *loc. cit.* Le procès capital allait aux centuries, il ne pouvait pas être terminé dans la forme d'un plébiscite. La simple expulsion par un magistrat ne liait pas les successeurs de celui-ci.

(3) L'interdiction du toit, de l'eau et du feu (cette formule complète se trouve dans Cicéron, *De domo*, 30, 78 ; Appien, *B. c.*, 1, 31 ; Plutarque, *Mar.*, 29, *Cic.*, 32), ordinairement appelée interdiction de l'eau et du feu, s'attache régulièrement à l'*exilium* du droit criminel. Cette règle est exprimée d'une manière aussi générale dans Festus, p. 1, *v. aqua* et dans les procès de Postumius (p. 82, n. 1) de P. Popillius (Cicéron, *De domo*, 31, 82), de Q. Metellus (Tite-Live, *Ep.*, 69), de Cicéron (*De domo*, 18, 47 et ailleurs). L'*execratio* est liée à cette *interdictio* (*St. R.*, 3, 52 [*Dr. publ.*, 6, 1, 57]). Tous ces procès sont capitaux ; on ne peut prouver et il n'est pas vraisemblable que l'interdiction ait lieu, lorsque l'accusé s'exile au cours d'un procès tendant à une condamnation à une amende.

comme ennemis, en cas de contravention, l'interdit et celui qui le recevait ou lui donnait un appui quelconque (1). Il est peu probable que cette interdiction soit sortie de la procédure pénale romaine ; suivant toute vraisemblance, elle a bien plutôt été au début un moyen, non seulement de chasser certains étrangers qu'on voulait éloigner une fois pour toutes, mais encore de leur interdire d'une façon énergique le retour sur le sol romain (2). L'abandon du droit de cité n'aurait pas par lui-même empêché l'ancien citoyen de revenir à Rome et d'y vivre d'après le droit qui s'applique aux étrangers. Toutefois si l'exil spontané avait pour but de soustraire à une peine capitale, le citoyen émigré profitait d'une remise complète de peine, mais était en même temps privé une fois pour toutes de la faculté de rentrer dans sa patrie. — Le développement postérieur du droit pénal nous montre que, dans le mouvement tendant à restreindre l'application de la peine de mort, on s'est principalement servi de cet exil uni à l'interdiction pour écarter la punition complète en lui substituant l'exil volontaire (3). — La disparition de l'interdiction sous le Principat est due d'une manière générale à un régime plus sévère de la justice pénale et à une plus grande rigueur du gouvernement impérial. L'idée de ne pas appliquer la peine légalement encourue, parce que le coupable de Rome transfère son domicile de la capitale à Marseille, s'adapte bien à la juridiction un peu molle des comices ; elle ne s'accorde pas avec l'administration plus rigoureuse de la justice à l'époque postérieure. De même, le principe de la souveraineté des États fédérés, qui permettait de sortir de la juridiction romaine en restant

(1) Les conséquences juridiques de la rupture de ban à la suite d'une interdiction sont traitées dans le Livre V à propos de la peine de mort.

(2) C'est pour cela que la légende fait prononcer l'interdiction pour la première fois contre les habitants de Lavinium, meurtriers du roi Tatius (Denys, 2, 53). Partout ailleurs où l'on rencontre cette interdiction avant le temps de Sylla, elle a lieu contre des non citoyens, notamment contre l'exilé et aussi contre Q. Metellus Numidicus, après qu'il eut perdu le droit de cité pour défaut de prestation du serment exigé.

(3) Polybe, 6, 14.

sous la domination de Rome, n'est plus pris au sérieux sous le Principat (1). — L'interdiction du droit postérieur, c'est-à-dire la relégation hors de l'Italie, peine de la rupture de ban, théoriquement et pratiquement tout à fait distincte du vieil exil et introduite par Sylla parmi les peines applicables aux citoyens, sera examinée dans le Livre V.

Communautés. 4. Sont aussi exclus du droit pénal les sujets de droit pour lesquels la question de moralité ne se pose pas. Cette règle s'applique à toute communauté de plusieurs personnes (2), même quand l'État leur a accordé la capacité d'accomplir des actes juridiques. L'acte, qui au point de vue du droit du patrimoine est regardé comme celui de la corporation, est considéré, au point de vue moral et par conséquent au point de vue du droit pénal, comme l'acte des individus qui y ont concouru, et la peine éventuellement encourue à raison du dol ou de la violence les atteint seuls (3). A vrai dire, en droit religieux et en droit international, dans lesquels les idées de procès et de peine sont remplacées par celles de la colère des dieux et de la guerre, la notion de faute a été appliquée par les Romains à leur propre communauté comme à toute autre communauté pleinement ou à demi libre; et si, dans de tels cas, le gouvernement romain s'est contenté de mettre le fait à la charge de certaines

(74)

(1) *St. R.*, 3, 703 [*Dr. publ.*, 6, 2, 336].

(2) Quand des notions délictuelles sont appliquées à une communauté, quand par exemple l'insurrection est considérée comme une *vis* du *populus* (*Dig.*, 4, 2, 9, 1), le mot *populus* n'est qu'une désignation abrégée du plus ou moins grand nombre d'insurgés. Le droit pénal ne connaît que des citoyens insurgés, mais non pas de cité insurgée.

(3) *Dig.*, 4, 3, 15, 1 : *an in municipes de dolo delur actio, dubitatur; et puto ex suo quidem dolo non posse dari; quid enim municipes dolo facere possunt? ... de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio*. On agit aussi dans ce cas contre les *curiales*; une punition de la curie elle-même est contraire au droit, ainsi que l'exprime, par exemple, Majorien, *Nov.*, 7, 11 : *numquam curiae a provinciarum rectoribus generali condemnatione mulentur, cum ulique hoc et aequitas suadeat et regula juris antiqui* (qui à vrai dire ne concerne pas cette question), *ut noxa tantum caput sequatur ne propter unius fortasse delictum alii dispendiis adfligentur*.

personnes (1) et demande leur extradition par voie d'entente internationale, afin de les punir d'après le droit romain (point sur lequel nous reviendrons dans la Section IX de ce Livre) ce fait peut toujours être considéré comme celui de la communauté; par suite, si l'on s'attend à une résistance de cette communauté, on lui déclare la guerre, sinon, on la traite d'après les règles de la dédition, on lui inflige une amende pécuniaire (2) ou un retrait de territoire, et on va même jusqu'à prononcer sa dissolution (3). Mais ce sont là des actes d'administration et au besoin de législation. C'est ainsi également que, dans le cas où une communauté romaine doit être traitée d'après le droit de la guerre, la procédure de dédition ne s'applique qu'après l'assentiment des comices (4). Cet acte n'a jamais lieu suivant les formes du droit pénal. Toutefois la communauté pleinement ou à demi libre et en général toute

(75)

(1) A titre d'exemple on peut citer ici la procédure contre les habitants de Tusculum en 416/338 (Tite-Live, 8, 14, 4): *Tusculanis servata civitas quam habebant crimineque rebellionis a publica fraude in paucos auctores versum*. Les Annales sont pleines d'autres preuves. On y distingue d'une manière formelle et rigoureuse la faute *publico consilio* (Tite-Live, 1, 24, 8, 6, 5, 8, 23, 5, 21, 18, 6) et la faute de personnes isolées.

(2) Dans ce domaine, c'est-à-dire dans la coercition, rentrent aussi les fautes peu graves. C'est ainsi qu'il faut y classer par exemple l'amende infligée par Agrippa aux *Ilienses* pour conduite irrespectueuse vis-à-vis de son épouse (Nicol. Damasc., *Vit.*, p. 3).

(3) Sur la privation de l'autonomie, cpr. *St. R.*, 3, 687, n. 2. [*Dr. publ.*, 6, 2, 317 n. 2].

(4) Je mentionne également à titre d'exemple le plébiscite proposé en 431/323 contre la cité de Tusculum incorporée à la cité romaine (Tite-Live, 8, 37, 8): *ut in Tusculanos animadverteretur* (par là on entend, comme il est dit plus loin, l'exécution capitale des mâles adultes, la vente en esclavage des enfants et des femmes), *quod eorum ope ac consilio Veïterni Privernatesque populo Romano bellum fecissent*. C'est bien en fait un *judicium populi* dans le sens où Tite-Live, 4, 7, 5 emploie encore cette expression; ce n'est pas une instance devant les magistrats et les comices, mais une loi, comme le prouvent la désignation *rogatio Flavia* et les tournures *ferre ad populum et legem antiquare*. La même observation s'applique à la procédure contre la communauté de citoyens de Capoue pendant la guerre d'Hannibal (Tite-Live, 26, 33, 10: *per senatum agi de Campanis, qui cives romani sunt, injussu populi non video posse*). Cela est important pour une conception exacte de la notion de communauté de citoyens romains dépendante: celle-ci garde l'autonomie, en tant qu'une déclaration de guerre est juridiquement possible contre elle.

corporation enrichie par le délit commis par des individus peut être contrainte à restituer cet enrichissement (1).

5. Sont en outre exclues du droit pénal les personnes qui sont dépourvues de la capacité de faire des actes ayant une valeur juridique et auxquelles par conséquent ne s'applique pas la loi morale. Cela a lieu :

Enfants.

a. En cas de défaut de puberté. Par nature l'homme n'arrive que lentement à cette capacité de fait ; non seulement l'époque à laquelle on y parvient varie suivant les personnes, mais encore elle diffère suivant les actes punissables. Cet état de choses, qui rendait difficile l'administration de la justice répressive, a conduit dans la loi des XII Tables à la fixation d'une limite par le droit positif, et la capacité d'être puni a été juridiquement liée à la maturité sexuelle et à l'aptitude au mariage (2), quoique les règles relatives à l'admission de la coercition (3) et à celle des dommages et intérêts (4), toutes deux exclues en l'absence de la capacité d'agir, prouvent que déjà dans cette législation cette capacité est traitée comme une pure question de fait. Le droit postérieur a suivi le système ancien, en tant qu'il ne pose pas dans chaque cas particulier, pour ceux qui d'après la règle précitée doivent être considérés comme capables d'être punis, la question de savoir

(1) *Dig.*, 4, 3, 15, 1. 43, 16, 4.

(2) Pour la controverse sur le point de savoir si la puberté doit être fixée d'après le développement individuel ou si, conformément à l'opinion qui a triomphé de bonne heure, il suffit pour les garçons d'avoir 14 ans accomplis et pour les filles, 12 ans révolus, nous pouvons renvoyer au droit civil.

(3) Elle est ordonnée pour l'hypothèse où l'on fait paître par ses troupeaux les récoltes d'autrui (XII Tables, 8, 8 [Girard, 8, 9] et pour le vol (p. 45 n. 3).

(4) XII Tables, 8, 13 [Girard, 8, 14] = Aulu-Gelle, 11, 18, 8 : *pueros impubes praetoris arbitrato verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri*. Il ne peut être question de *noxia* s'il n'y a aucune faute ; la disposition ne peut se comprendre qu'en ce sens que le père doit alors réparer le dommage, sans pouvoir se libérer par la *noxae datio*. S'il s'agit d'enfants qui ne sont pas en puissance, ils sont personnellement tenus de l'obligation d'indemniser.

s'ils ont eu conscience de commettre un délit; du moins cette préoccupation n'apparaît-elle pas dans nos sources juridiques (1). Par contre, la disposition de l'ancien droit, d'après laquelle une peine proprement dite ne peut être prononcée pour un fait commis avant l'arrivée de la puberté, n'a été maintenue qu'au regard de la peine de mort (2); ailleurs, la peine est admise ou exclue, suivant qu'on établit ou non dans chaque cas concret que l'auteur a eu l'intelligence de son acte (3). On constate simplement un fait, et l'on ne formule pas une prescription positive, lorsqu'on déclare que la question de savoir, si l'*infans*, c'est-à-dire l'enfant au dessous de sept ans accomplis, a la capacité de fait, ne doit jamais être soulevée (4) et lorsqu'on affirme qu'après cet âge la punition doit être considérée comme permise, mais ne doit pas être facilement prononcée (5) quand l'enfant est près de cette limite. Dans tous les cas, on recherche si l'enfant a ou non compris qu'il commettait un délit (6).

(76)

(1) Sans doute toute peine a pour condition le dol; mais nulle part il n'est relevé que le défaut de maturité d'âge postérieurement à la puberté puisse exclure le dol. Quant à l'atténuation de la peine pour les mineurs, il en sera question à propos du taux des peines.

(2) *Dig.*, 21, 1, 23, 2: *Pomponius ait neque impuberem neque furiosum capitalium fraudem videri admisisse*. Cette règle juridique devient odieuse lorsqu'on l'applique strictement (Dion., 37, 6: καὶ ἄλλα τε... πολλά παρασημασθήναι — par les triumvirs — καὶ παιδίσκων τινὰ ἐς ἐρήθους ἐσθήγαρον, ἢν ὡς ἐς ἄνδρας ἕδην τελευτῶν ἀποθάνῃ), elle se présente à nous d'une manière particulièrement révoltante dans l'exécution de la fille de Séjan (Tacite, *Ann.*, 3, 9; Dion., 58, 12), où l'obstacle juridique n'était certainement pas la virginité, mais le jeune âge.

(3) Le principe est exprimé de la manière la plus saillante par Alexandre Sévère, *Cod.*, 9, 47, 7: *impunitas delictis propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen quod intenditur cadere potest*. C'est de cela et non de l'atténuation de peine que parle aussi Paul, *Dig.*, 50, 17, 108: *ferè in omnibus poenalibus judiciis et aetati et imprudentiae succurritur*; les deux notions doivent être réunies.

(4) *Dig.*, 9, 2, 5, 2. 47, 2, 23. 48, 8, 12.

(5) La mention que l'*admodum impubes* n'encourt pas facilement une peine (*Dig.*, 47, 12, 3, 1), tandis que le *proximus pubertati* est facilement puni (Gaius, 3, 208; *Dig.*, 4, 3, 13, 1. 44, 4, 4, 26. 50, 17, 111 *pr.*), n'est aussi qu'énonciative. Il est aisé de comprendre que surtout en cette matière on ne fixe pas une limite d'âge précise.

(6) Il faut établir si l'impubère accusé est capable de concevoir le délit (*doli capax*: *Dig.*, 47, 8, 2. 49. tit. 10, 3, 1; *injuria capax*: *Dig.*, 9, 2, 5,

(77) b. En cas de maladie mentale. La maladie mentale supprime la capacité d'agir; l'acte de celui qui est troublé mentalement ne peut dans aucun cas être traité comme délit (1). La science du droit romain ne s'engage dans les difficiles problèmes psychologiques qui se présentent ici que dans la mesure où elle reconnaît, en cas de troubles intermittents, la capacité de faire pendant les intervalles lucides (2).

c. D'après les conceptions romaines, la capacité d'agir ne peut pas être supprimée par d'autres états d'âme, comme par l'ivresse ou la passion. Ceux-ci peuvent sans doute diminuer la responsabilité morale; nous les examinerons à ce point de vue dans le Livre V à propos de la fixation de la peine.

Actes licites. 6. Enfin les actes commandés par le devoir ou permis par la loi ne peuvent pas faire l'objet d'une répression. Il en est ainsi :

a. Pour les actes accomplis en vertu d'un devoir obligatoire pour l'auteur ou en vertu d'un ordre qui le lie. Lorsque le magistrat agissant dans les limites de sa compétence prescrit un acte à celui qui lui doit obéissance, celui qui commande

2; *ejus aetatis, ut rei intellectum capere possent. Dig.*, 29, 5, 14). Cette règle est formulée à propos du vol (Gaius, 3, 208 = *Inst.*, 4, 1, 18; *Dig.*, 9, 2, 5, 2, 47, 2, 23, 50, 17, 111, *pr.*); de la rapine (*Dig.*, 47, 8, 2, 19); de l'injure (*Dig.*, 47, 10, 3, 1, 50, 17, 111 *pr.*), du dommage causé à la chose d'autrui (*Dig.*, 9, 2, 5, 2, 47, 2, 23, 50, 17, 111 *pr.*); du dommage causé aux tombeaux (*Dig.*, 47, 12, 3, 1); de l'action de dol (*Dig.*, 4, 3, 13, 1); du faux (*Dig.*, 48, 10, 22, *pr.*), avec cette remarque que ce délit ne convient pas bien à cet âge; elle est également posée pour les délits en matière monétaire (*C. Th.*, 9, 21, 4 = *C. Just.*, 9, 24, 4, 6); l'extension de l'action de meurtre réalisée par le sénatus-consulte Silanien était expressément écartée vis-à-vis de l'esclave impubère, la pratique judiciaire le soumit cependant dans certains cas à cette action (*Dig.*, 29, 5, 14). Dans la matière de la violence la loi exige la puberté (*Dig.*, 48, 6, 3, 1).

(1) Cela est reconnu pour le parricide : *Dig.*, 4, 18, 13, 1, 1, 14, 48, 9, 9, 2; — pour l'homicide : *Dig.*, 29, 5, 3, 11, 48, 8, 12; — pour le crime de lèse-majesté : *Dig.*, 48, 4, 7, 3; *Cod.*, 9, 7, 4; — pour l'injure : *Dig.*, 47, 10, 3, 1; — pour le dommage causé à la chose d'autrui : *Dig.*, 9, 2, 5, 2.

(2) Reconnu au point de vue du droit pénal : *Dig.*, 4, 18, 14. Sans doute il faut supposer aussi la santé pour l'époque du châtimeut.

et celui qui obéit échappent à toute peine (1). — Il en est de même pour tout acte commandé par le devoir (2), par exemple pour la défense de l'officier par les soldats, du maître par son esclave (3). — L'ordre du maître à l'esclave n'est pas assimilé à celui du magistrat, parce que l'esclave est soumis aux lois de l'État et que le maître ne peut le délier de leur observation (4). Au contraire, en cas de délit commis de cette manière, le maître et l'esclave sont plutôt considérés comme co-auteurs (5). Cependant l'ordre du maître n'a pas seulement pour effet d'atténuer la peine de l'esclave (6), elle le libère même de la peine en cas de délit peu grave (7). — L'acte accompli par le fils de famille sur l'ordre de son père est traité de la même manière (8). (78)

b. Des actes en eux-mêmes délictuels, comme le meurtre, la violence, l'injure, le dommage causé à la chose d'autrui, peuvent paraître légitimes lorsqu'ils ont lieu pour repousser un mal menaçant. Toutefois, cette résistance étant permise dans des conditions différentes suivant la nature du tort à repousser, comme cela est le cas, par exemple, pour l'homicide à titre

(1) *Dig.*, 9, 2, 37, *pr.*: *liber homo si jussu alterius manu injuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est qui jussit, si modo jus imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit. Dig.*, 50, 17, 157, 1: *qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet. De même, Dig.*, 50, 17, 169, *pr.* L'homicide d'un insurgé est appelé légitime, parce qu'il est accompli *jussu consulum*: *Rhet. ad Herennium*, 1, 15, 25.

(2) *Dig.*, 49, 16, 6, 8.9.

(3) *Dig.*, 29, 5, 1, 18.

(4) Cependant la *nox* doit ici disparaître de telle sorte que dans ce cas l'esclave ne peut pas être poursuivi après l'affranchissement (*Dig.*, 44, 7, 20; *cpr.* 9, 4, 2, 1).

(5) Vol: Sabinus chez Aulu-Gelle, 11, 18, 24. *Dig.*, 9, 4, 2, 1. 1. 3. 1.4, 2, 44, 7, 20. — Injure: *Dig.*, 47, 10, 17, 7. — Dommage causé à la chose d'autrui: *Dig.*, 9, 2, 44, 1. 1. 45, *pr.*

(6) Ainsi en cas de violence: *C. Th.*, 9, 40, 4 = *C. Just.*, 9, 12, 8, 1 et en cas de violation de tombeaux *C. Th.*, 9, 17, 1 = *C. Just.* 9, 19, 2. Quintilien, dans un exercice de rhétorique: 9, 2, 88, traite ainsi le fratricide commis par le fils sur l'ordre de son père.

(7) *Dig.*, 43, 24, 11, 7 = 50, 17, 157, *pr.*; *ad quaedam quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si... dominis... obtemperaverint.* 44, 7, 20.

(8) *Dig.*, 3, 2, 11, 4.

de légitime défense, permis dans ce cas à d'autres conditions que l'usage de la violence, nous traiterons de la légitime défense à propos des différents délits comme d'une cause exclusive du caractère délictuel.

c. L'état de nécessité ne justifie pas tout délit, il justifie du moins celui de dommage causé à la chose d'autrui. Nous en parlerons utilement à propos de ce dernier délit.

Inégalité juridique personnelle des citoyens et des non citoyens.

(79) En deçà des limites qui viennent d'être indiquées, la personne est soumise aux lois de la morale et de sa propre conscience ainsi qu'au droit pénal. La condition personnelle, le sexe, les rapports de famille, la situation dans la cité peuvent être pris en considération très diversement pour les notions de délit et pour la procédure pénale; mais, abstraction faite des cas que nous avons signalés plus haut, toute personne est capable de commettre un délit et est soumise à la loi pénale. Il n'y a même aucune différence entre la liberté et l'esclavage au point de vue de la capacité délictuelle; la réduction de l'homme libre en esclavage (1) et l'acquisition de la liberté par l'esclave modifient bien en cas de faute délictuelle la forme de l'action judiciaire, mais non pas cette action elle-même. — Il faut néanmoins préciser au regard du non citoyen et notamment de l'esclave quelle est la capacité de la personne en matière de délits; et il faut aussi, au point de vue de l'égalité juridique, indiquer quelle est la situation du magistrat suprême, notamment sous le Principat.

La capacité délictuelle de tout homme responsable et soumis à la souveraineté de la communauté est le fondement sur lequel repose le droit pénal romain, depuis le jour où il a fait l'objet d'une construction théorique. Il y a cependant pour la répression des délits entre la femme, l'étranger et l'esclave d'une part et le citoyen romain d'autre part une différence originaire, qui s'est bien atténuée au cours de l'évolution du droit romain, mais qui n'a jamais été supprimée. Il y a eu

(1) *Dig.*, 4, 5, 2, 3 : *nemo delictis exiit, quamvis capite minutus sit.*

une époque où le citoyen romain seul était sujet de droit, où aucune place n'était accordée à la femme dans l'organisation publique de la communauté, où l'étranger libre ne recevait la protection du droit tout au plus qu'à titre exceptionnel dans la mesure où il y avait entre sa patrie et la communauté romaine un traité lui assurant cette protection et où surtout l'esclave n'était juridiquement protégé, comme tout autre objet du patrimoine, que par considération pour le propriétaire. Le droit pénal romain ne s'est jamais complètement affranchi de cette conception originaires, d'après laquelle non seulement l'esclave, mais aussi le non citoyen et même la femme romaine, sont privés de droits. Le droit pénal légal devient au cours des temps le même pour tous; mais la coercition qui existe à côté du droit pénal, c'est-à-dire l'arbitraire du magistrat, n'est soumise que vis-à-vis du citoyen romain aux limites que nous exposerons dans la Section IV. La mise à mort du citoyen, accomplie sur l'ordre du magistrat romain en violation du droit de provocation, est dans tous les cas un crime capital; celle du non citoyen et surtout celle de l'esclave peuvent être un abus de pouvoir, mais la théorie ne les a fait rentrer que tardivement dans la notion de meurtre et cette conception s'est toujours difficilement fait accepter en pratique (1). Cette infériorité n'a pas été supprimée par l'extension à ces personnes

(80)

(1) Cela se manifeste de la manière la plus claire dans les Verrines. L'orateur, qui exagère ici difficilement, nous décrit dans le procès des capitaines de vaisseaux l'abus de pouvoir le plus grave qu'on puisse imaginer; mais, ce qui est punissable aux yeux de la loi romaine, ce sont, comme Cicéron nous le dit expressément (3, 50, 133, epr. c. 67, 172) les manquements de Verrès à ses devoirs d'officier, non les meurtres judiciaires commis par lui. Ce cas rentrait sans doute dans le crime de lèse-majesté et même dans celui de perduellion; mais il n'y avait pas de loi pénale pour l'exécution capitale des non citoyens (p. 44).

Principat, et cela a eu surtout lieu indirectement par l'exercice d'un contrôle plus rigoureux sur les fonctionnaires. Mais il n'y a eu de modification radicale à cet égard que par la transformation progressive de la qualité de sujet de l'empire en celle de citoyen romain. A l'époque républicaine, nous trouvons en Sicile des prescriptions de gouverneurs de provinces interdisant aux esclaves le port des armes sous peine de mort (1), et, sous le Principat, nous rencontrons en Égypte des prescriptions du même genre rédigées en termes généraux (2). Les procédures pénales qui eurent lieu en Bithynie, en Gaule, en Afrique contre des non citoyens accusés d'appartenir à la religion chrétienne ne cadrent pas avec les formes relativement rigoureuses de la procédure pénale contre les citoyens; elles appartiennent au domaine de la coercition illimitée.

Inégalité juridique des esclaves.

C'est surtout à propos de la personne non libre que l'absence de droits exerce encore maintes fois dans le droit développé son influence sur les règles du droit pénal. Peu importe qu'elle soit simplement soumise à une puissance domestique ou esclave, elle est aussi capable au point de vue délictuel que l'homme libre. Le délit s'attache ici complètement à la personne; c'est ce que montre notamment la règle juridique, d'après laquelle en cas de délit de ce genre l'action est intentée contre celui auquel l'esclave appartient au moment de l'exercice de l'action (3), et en cas d'affranchissement, contre l'ancien esclave lui-même (4). — L'inefficacité juridique de la volonté délictuelle qui se produit ici fréquemment, n'a aucune importance en droit pénal; l'esclave ne peut pas s'enrichir, parce qu'il est incapable d'avoir un patrimoine, mais il peut vouloir s'enrichir, il est par conséquent capable de commettre

(1) Cicéron, *Verr.*, 5, 3, 7.

(2) L'édit du préfet d'Égypte, 6, Avillius Flaccus de 29/30 ap. J.-C., publié récemment par Nicôle (*Revue de Philologie*, 22 a. 1898, p. 18), interdit le port des armes (*μυχαιροφορία*) sous peine de mort en se rattachant aux règles du vieux droit territorial (Cpr. Phillon, *In Flacc.*, 11). Dans cet édit, le citoyen romain n'est pas expressément exclu, mais est difficilement visé.

(3) *Nova caput sequitur*: Paul, 2, 31, 8. 9. *Dig.*, 2, 9, 2, *pr.*, 41, 1, 1, 2. tit. 2, 18. l. 41, 2. l. 62, *pr.*

(4) *Dig.*, 16, 3, 1, 18. 44, 7, 14. *Cod.*, 4, 14, 4.

un vol. D'ailleurs partout où font défaut au regard de l'esclave les conditions de fait requises pour le délit, le procès et la peine, le délit disparaît nécessairement, le procès et la peine sont modifiés. C'est ainsi que l'esclave ne peut pas commettre d'inceste, parce qu'il n'a pas de parenté juridique. L'esclave peut commettre un vol même contre son maître et la chose volée est dans ce cas insusceptible d'être usucapée; mais l'action de (81)
 vol n'est pas ici possible, parce que le demandeur et le défendeur se confondent et que par suite il n'y a pas de plaideurs (1). En cas de délit commis contre des tiers, la forme du procès se modifie : la peine capitale ayant disparu de bonne heure en cas de délit privé même au regard de l'esclave, et une amende ne pouvant être réclamée de l'esclave qui n'a pas de patrimoine, l'action est dirigée, conformément au principe posé plus haut (p. 7), contre le maître pour le contraindre à payer la composition à la place de l'esclave; le maître peut d'ailleurs se soustraire à ce paiement en livrant l'esclave en propriété à la victime; mais, tandis que la procédure pénale privée a reçu dans son application aux esclaves des modifications essentielles, la procédure pénale publique, qui ne connaît pas la composition, fait en apparence peu de distinctions entre l'esclave et l'homme libre (2). La procédure de la cognition (3) et celle de l'accusation (4) peuvent être dirigées aussi bien con-

(1) P. 23, n. 3. Dans la mesure où le fils en puissance est considéré comme *paterfamilias*, notamment au point de vue du pécule *castrense*, cette règle cesse logiquement de s'appliquer (*Dig.*, 5, 1, 4, 47, 2, 32, 4, 5, 6.)

(2) *Venuleius, Dig.*, 48, 2, 12, 3: *si servus reus postulabitur, eadem observanda erunt quae si liber esset ex s. c. Cotta et Messalla cos.* (20 ap. J.-C.). En droit, le maître lui-même peut poursuivre l'esclave par voie de procédure criminelle (p. 23, n. 2). Il est aussi obligé d'exhiber l'esclave à l'accusateur (Alexandre Sévère, *Cod.*, 3, 42, 2: *si criminis alicujus reus servus postulatur, per ad exhibendum actionem produci a domino, non celari debet*). Cpr. *Dig.*, 3, 8, 9.

(3) Cette procédure a lieu de plein droit, lorsqu'après le meurtre du maître les esclaves sont soupçonnés d'avoir commis le crime. Cpr. la Section du meurtre.

(4) Celle-ci a eu notamment lieu en cas d'adultère commis par un esclave, pour agir après la condamnation de celui-ci contre la femme coupable (*Dig.*, 48, 2, 5); cependant la procédure de la cognition paraît avoir été aussi admise dans ce cas (*Dig.*, 1, 12, 1, 5).

tre un esclave que contre un homme libre. Pour la défense, il est d'usage d'appeler en justice par ordre du tribunal le propriétaire dont les intérêts sont ici en jeu (1) et de lui permettre de soutenir l'esclave (2). Au point de vue de la répression, la correction domestique et la peine publique prescrite par le droit s'appliquent indépendamment l'une de l'autre ; elles ne s'enchevêtrent l'une dans l'autre qu'à titre exceptionnel, ainsi que nous l'exposerons dans la Section I du Livre V. En général, comme nous le montrerons à la fin du même Livre, la servitude entraîne une aggravation de peine. Par conséquent, la peine (82) s'applique également ici à l'homme sans qu'on tienne compte en principe de la diversité de condition civique. Néanmoins l'application de la procédure pénale publique à l'esclave dans la même forme qu'à l'homme libre est en fait exceptionnelle et sans aucun doute cette procédure, même abstraction faite de la correction domestique, consiste en fait, dans une mesure beaucoup plus large que ne l'indiquent les sources juridiques (3), dans l'exercice que le magistrat fait de son pouvoir absolu.

Rapports du
maître et de l'es-
clave.

La situation juridique de l'esclave s'est aussi modifiée d'une manière particulière sous l'influence de la conception que les Romains se sont faite des relations du maître et de l'esclave qu'ils considèrent comme unis par un lien d'affection et, en outre, par suite de l'appui que l'État a généralement accordé au maître contre l'esclave. Les actes que l'esclave fait contre son maître et qui, accomplis par un homme libre, auraient simplement conduit à une action civile, sont fréquemment punis par ordre de la cité comme s'ils étaient des délits publics. La

(1) Cicéron, *Verr.*, 3, 4, 10 : *domino denuntiatum est. c. 6, 14 : jussit... causam dicere dominos.*

(2) *Dig.*, 48, 1, 9. l. 11. tit. 2, 7, 4. tit. 3, 2. *Cod.*, 9, 2, 2.

(3) Dans l'espèce qui nous est rapportée par Papinien, *Dig.*, 48, 1, 14, le père accuse sans raison les esclaves de son gendre d'avoir tué sa fille, mais il échappe à l'infamie qui frappe la *calumnia*, surtout parce qu'il ne s'agit pas là d'un *judicium publicum*. Si, en cas d'*injuria atrox* commise par un esclave, l'action n'est pas possible par suite de l'absence du maître, le juge répressif ordonne dans une procédure de cognition que l'esclave soit frappé de verges. (*Dig.*, 47, 10, 9, 3).

répression exercée contre les esclaves en cas de meurtre du maître est influencée par cette idée que l'esclave doit défendre son maître, comme le soldat son officier, et qu'en pareil cas le sacrifice de sa vie n'est pour lui que l'accomplissement d'un devoir (p. 89, n. 3). Souvent aussi le maître peut, si l'esclave l'offense, appeler l'État à son secours (1); l'arrestation de l'esclave fugitif rentre dans les obligations des magistrats municipaux. Ces règles ne sont en partie que la conséquence d'une conception de l'esclavage jadis jusqu'à un certain point exacte et conservée plus tard à titre d'idéal (2). On peut même se demander si, dans le rapport d'affection qui lie le fils au père et l'affranchi au patron, on n'a pas aussi eu égard à la puissance paternelle et au patronat. A cela s'ajoute l'idée, (83) qu'en cas de fuite d'esclave, il faut nécessairement défendre la cité contre un abus aussi terrible et aussi dangereux. L'exposé détaillé de ces rapports n'appartient pas au droit pénal; mais ceux-ci y font fréquemment sentir leur influence.

La situation du magistrat suprême n'est pas à proprement parler, d'après les règles romaines, contraire au principe de l'égalité juridique, quoique d'après ces règles le droit pénal ait pour base le pouvoir de contraindre des magistrats et que le magistrat suprême ne soit pas soumis à ce pouvoir. La capacité délictuelle du détenteur de la magistrature suprême reste intacte. Comme nous le montrerons dans la Section I du Livre III, ce magistrat ne peut pas être poursuivi tant qu'il est en fonction, et si sa magistrature est viagère, il est de plein droit

Inégalité
juridique de
la magistrature
suprême.

(1) Il y en a une preuve caractéristique dans *Dig.*, 48, 19, 38, 4 : *qui se suis nummis redemptum non probaverit, ... domino sub poena vinculorum redditur vel, si ipse dominus milit, in metallum damnatur.*

(2) On doit en droit pénal s'abstenir autant que possible de toute conjecture sur l'époque primitive; on peut cependant se demander si l'esclavage n'est pas sorti du droit de la guerre et si le maître ne se présente pas au début comme celui qui a sauvé la vie à l'esclave.

affranchi de toute poursuite pendant toute sa vie. Mais il n'en résulte aucunement qu'il n'ait pas la capacité délictuelle et qu'il ne puisse pas être puni : la République repose sur le principe de l'annuité des magistratures ; le *princeps* viager peut durant sa vie perdre ses fonctions volontairement ou involontairement ; enfin le crime qui est le plus à redouter de ces personnes, la *perduellio*, peut donner lieu à une répression judiciaire même après la mort du délinquant. Nous ne pouvons dire si les jurisconsultes romains ont appliqué ces règles au roi (1) ; Auguste a organisé le Principat de telle façon que le souverain peut aussi commettre un tort et qu'il peut être puni après la perte de sa charge (2) ; depuis lors il en a toujours été ainsi. Le Sénat a non seulement déposé l'empereur de son vivant, mais il l'a même condamné à mort après l'avoir déposé et a ordonné l'exécution (3). Souvent aussi il a, après la mort de l'empereur, jugé sa mémoire, ce qui n'est que l'application de la procédure de *perduellio* (4). L'exemption des lois, qui encore d'après les jurisconsultes du troisième siècle ne s'applique qu'aux lois en contradiction avec la gestion de la magistrature confiée ou qu'à celles dont cette magistrature a été légalement exemptée (5), s'est, surtout depuis que le droit de dispenser des lois a été attribué non seulement au Sénat mais aussi à l'empereur lui-même, développée dans la théorie de telle façon que le *princeps* peut se libérer des lois par un simple acte de volonté (6) ; mais il ne résulte même pas encore de là que la notion de délit et notamment celle de *perduellio* soient inap-

(1) Contre cette application on peut faire valoir que Romulus commandait *ut libitum* (Tacite, *Ann.*, 3, 26) et que le roi Servius dit chez Denys, 4, 36 : δεικτικὸς μὲντ' ἄν, εἴ τί μοι τούτων ἡπάρτηται, τῆς ἀρχῆς; ὅ' ἄμα καὶ τῆς ψυχῆς ἀποστερηθεῖν.

(2) *St. R.*, 3, 750 sv [Dr. publ., 6, 2, 390 et sv].

(3) Suétone, *Ner.*, 49 : *legit se hostem a senatu judicatum et quaeri, ut puniatur more majorum.*

(4) *St. R.*, 2, 1133 [Dr. publ., 5, 445].

(5) Ulpien, *Dig.*, 1, 3, 31. *St. R.*, loc. cit. [Dr. publ., loc. cit.].

(6) *Si libet, licet* ; *an nescis te imperatorem esse et leges dare, non accipere?* *Vita Carac.*, 10. Dion, 53, 48, n'étend pas plus loin la dispense des lois, si même il l'admet aussi étendue.

plicables au souverain. Une pareille conception conviendrait mieux à la monarchie de Dioclétien et de Constantin, dans laquelle l'empereur est la loi personnifiée (1) ; mais elle n'est pratiquement et théoriquement réalisable que dans un fonctionnement rigoureux du principe de la légitimité monarchique ; or l'empire byzantin en décadence en a difficilement assuré l'application avec toutes ses conséquences juridiques (2).

(1) Justinien, *Nov.*, 105, c. 4.

(2) Lorsque Valentinien III dit qu'il est convenable [pour l'empereur] *legibus adligatum se profiteri* (*Cod.*, 1, 14, 4), il ne pense évidemment qu'à l'obligation morale.

LA VOLONTÉ

La volonté con-
traire à la loi.

La notion de délit exige chez la personne capable d'agir une volonté contraire à la loi. Cette règle fondamentale du droit pénal développé est étrangère aux débuts de ce droit ; primitivement, on ne s'occupe que du fait et non pas de l'état d'âme qu'il suppose. L'homme est immolé, qu'il soit un délinquant ou un nouveau né difforme (1) ; quiconque a regardé une vestale nue doit mourir (2) ; le meurtre de l'homme est une faute et réclame une expiation, qu'il ait eu lieu intentionnellement ou non (p. 99, n. 1). Cette ancienne conception n'est pas tout à fait disparue à l'époque où commence notre documentation, c'est-à-dire au temps de la loi des XII Tables ; elle est cependant alors en voie de disparaître. Les amendes infligées à la partie qui succombe dans un procès, à savoir celles du *sacramentum* et des *vindiciae falsae*, sont considérées comme des peines ; mais on ne recherche pas ici s'il y a eu faute, on ne s'inquiète que du fait de la perte du procès. Cependant il semble que la responsabilité soit déjà exclue en cas de dommage causé au corps ou à la chose d'autrui, lorsque toute faute fait défaut ; la même règle s'applique sans doute à l'homicide. Le code des XII Tables décide, certainement par opposition aux règles anciennes, que là où il n'y a pas d'intention

(1) Sur ce point, cpr. Sect. I du Liv. V.

(2) Plutarque, *Num.*, 10 : ὁ ὑπαλθῶν κομιζομένων ὑπὸ τὸ φορεῖον ἀποθνήσκει.

mauvaise il doit y avoir une expiation religieuse, mais non une punition (1). Le droit pénal postérieur repose d'une manière absolue sur l'idée qu'il faut pour tout délit une volonté de l'auteur contraire à la loi.

L'illégalité de la volonté a pour condition nécessaire la connaissance du fait d'où résulte l'infraction à la loi; une erreur de fait à cet égard exclut la répression. Celui qui offense le magistrat sans connaître sa qualité ne commet pas un crime de lèse-majesté; une relation sexuelle avec une personne qu'on ignore être sa parente n'est pas un inceste; la correction d'un homme libre tenu pour esclave n'est pas une injure (2).

(86)

Connaissance
des faits.

Le fondement moral, sur lequel repose l'illégalité de la volonté et sans lequel il n'y a ni délit ni peine, peut se présenter ou comme une violation intentionnelle de la loi morale et de la loi d'État (*dolus*) ou comme une négligence coupable (*culpa*) dans l'observation de ces lois.

1. La violation intentionnelle de la loi morale et de la loi pénale se spécialise dans des notions particulières comme volonté de tuer, de voler ou de faire tout autre acte, suivant la formule usitée pour désigner chaque catégorie de délit (3). Considérée pour l'ensemble du domaine juridique, cette vo-

Violation
intentionnelle
de la loi.

(1) Telle est la pensée qui explique la règle posée pour le cas où l'auteur du tort a simplement laissé échapper le javelot de sa main, mais ne l'a pas lancé (XII Tables, 8, 24, Schöll [id. Girard]). L'offrande du bélier aux agnats de la personne tuée est un *piaculum* et n'appartient pas au droit pénal, qui dans ses amendes de bétail ne connaît pas cette désignation de sexe constante en droit religieux (*unus ovis* p. 56, n. 2 embrasse béliers et brebis). Cette opposition entre le *piaculum* et la peine au point de vue de l'acte de volonté est relevée avec une grande netteté par un des plus anciens documents qui nous soient parvenus, par la loi sur le bois sacré de Spolète (Bruns, *Fontes*, p. 260): *sei quis violasit, Jove bovid piaculum datur, sei quis scies violasit dolo malo, Jovei bovid piaculum dator, et a (ses) CCC.*

(2) *Ignorantia excusatur facti*: *Dig.*, 3, 2, 11, 4. *Coll.*, 1, 12, 1. Celui qui considère par erreur un objet comme lui appartenant ne commet pas de rapt, s'il s'en empare par violence (*Inst.*, 4, 2, 1), ni de vol, s'il s'en empare sans violence (*Dig.*, 41, 3, 36, 1. l. 37). Autres preuves dans l'exposé des différents délits.

(3) *Animus occidendi*: *Dig.*, 48, 8, 1, 3. *Cod.*, 9, 16, 1, *pr.* — *Animus furandi*: *Dig.*, 47, 2, 52, 20. — *Animus violandi (sepulcri)*: *Dig.*, 47, 12, 3, 1. — *Animus injuriæ faciendæ*: *Dig.*, 25, 4, 1, 8. Ces preuves suffisent.

(87) louté délictuelle est appelée dans le langage technique dol (*dolus*), et même ordinairement, avec plus d'énergie, mauvais dol « *dolus malus* », c'est-à-dire dol commis avec conscience de l'injustice par le *sciens* (1). Ce mot, qui contient toujours une idée de blâme (2), embrasse dans un sens restreint, où il s'oppose à la violence (*vis*), les illégalités conscientes mais non violentes (3), et dans un sens large, où les actes de violence sont inclus, toutes les illégalités conscientes (4). Il comprend aussi

(1) On trouve *sciens dolo* dans la loi sur le meurtre attribuée à Numa (Festus, *Ep.*, p. 221); *sciens... dolo malo* déjà dans la très vieille loi sur le bois sacré de Spolète (p. 99, n. 1); sous la forme invariable *sciens dolo malo* constamment dans les lois de la République, dans la loi de Bantia et dans la loi sur les *repetundae* où les deux derniers mots ne sont le plus souvent mentionnés que par leur première lettre (*dolo malo* est complètement écrit dans la loi sur les *repetundae*, l. 61); sous la forme abrégée *sc. d. m.* dans celles des Césars, dans la *lex Julia municipalis* et dans la *Lex coloniae Genetivae*, dans les relations plus ou moins textuelles des lois de Sylla (Paul, 5, 25, 1; *Dig.*, 48, 10, 9, 3), dans la loi Fabia (*Dig.*, 48, 13, 3, *pr.* l. 6, 2), dans la loi agraire de César et dans les autres lois *Juliae* (*Dig.*, 23, 2, 44, *pr.* 48, 4, 3. tit. 3, 13. tit. 13, 1). Les mots *dolo malo* sont moins fréquemment employés seuls dans les lois pour exprimer cette idée (*Lex municipii Tarentini*, l. 4; loi du village de Furfo, Bruns, p. 261; la loi Quinctia sur les aqueducs). *Sciens* ne se trouve pas seul dans les titres, mais fréquemment chez les auteurs (*Dig.*, 47, 2, 53, 4. 48, 4, 2. tit. 15, 1 et ailleurs; *sciens prudensque*: Paul, 1, 5, 1. *Dig.*, 22, 6, 2, 5. 47, 9, 9). On rencontre souvent des circonlocutions synonymes, par exemple, *consulto* (*Rhet. ad Her.*, 2, 12, 26, *epr.* 3, 4, 8), *consilio* (Cicéron, *Top.*, 17, 64), *voluntate* (*Rhet. ad Her.*, 2, 16, 24), *adfectu* (Gaius, 4, 178).

(2) En latin comme en grec, *dolus*, δόλος est pris dans un mauvais sens, que l'addition *malus* ne fait que fortifier. Celle-ci n'a pas d'autre valeur que *mala* dans *mala fraus* et *bona* dans *bona fides*. Le *dolus bonus* (*Dig.*, 4, 3, 4, 3; Festus, *Ep.*, p. 69), la duperie permise est un oxymoron.

(3) *Vis* et *Dolus* apparaissent en opposition dans la *Rhet. ad Her.*, 3, 2, 2, 3 et surtout dans la distinction que le droit privé fait entre les moyens de procédure extraordinaires donnés à raison de la *metus*, c'est-à-dire de la *vis*, et ceux qui sont donnés à raison du *dolus* (par exemple, Paul 1, 8, 2). Nous reviendrons sur ce *dolus* dans le Livre IV à propos du faux et nous y mentionnerons la définition du dol formulée par les jurisconsultes romains, qui n'est tout au plus acceptable qu'à titre d'explication du mot. Le mot *dolus* ne désigne pas non plus dans l'action à laquelle il donne son nom une notion positive de délit, mais il sert là à caractériser un moyen de procédure attribué à titre exceptionnel et subsidiaire à raison d'un tort délictuel commis sans violence.

(4) Dans le langage juridique, par exemple, dans la définition du meurtre, le *dolus* comprend régulièrement la *vis* (*in vi dolus malus inest*: Cicéron, *Pro Tullio*, 29-34). C'est une abstraction à peu près comme notre mot

dans ce dernier sens la fraude consciente à la loi (*fraus*) (1). En outre, la bonne intention, par exemple l'amour de la patrie ou la compassion, ne fait nullement disparaître l'illégalité.

Dans cette notion du dol, qui remonte sans doute à la science du droit du début de la République, se révèle pour la première fois avec une précision technique le fondement moral tant du droit en général que du droit pénal en particulier. En effet,

(88)

« tort » [Unrecht]; la notion n'est pratiquement utilisable qu'au regard des actions particulières. Le *dolus malus* du meurtrier est l'*animus occidendi*, le *dolus malus* du vendeur malhonnête, la violation consciente des règles en vigueur pour la vente.

(1) Tandis que *dolus* est simplement le tort causé consciemment à l'encontre de la loi, la *fraus* consiste à tourner consciemment une loi déterminée, elle est la violation non du texte de loi, mais de sa pensée. La formule, qu'on rencontre fréquemment dans les anciennes lois : *sine* (plus anciennement *sed*) *fraude sua* (*lex repetundarum*, l. 64. 69 ; loi Agraira. l. 29. 42 ; *lex Cornelia de XX quaestoribus* 1, 4 ; *lex Rubria*, 2, 48 ; *lex coloniae Genetivae* à de nombreux endroits) ne diffère pas, quant à l'emploi et quant à la valeur, de *sine dolo malo* ; dans Cicéron, *de off.*, 1, 13, 41, *vis* et *fraus* se font opposition comme ailleurs *vis* et *dolus*. Mais le mot *fraus* (qui est bien parent avec *frustrari*) accentue, ce que *dolus* ne fait pas, l'idée de fraude à la loi (*Dig.* 1, 3, 29 : *contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit*, cpr. l. 30) et c'est pour cela que le mot peut être rattaché à une loi déterminée (par exemple, dans la *lex municipii Tarentini*, l. 30 : *qui huic legi fraudem fecerit*), parfois aussi à un délit déterminé (Cicéron, *Phil.*, 12, 5, 12 : *fraus peculatus*) et s'adjoint constamment le possessif (formule chez Tite-Live, 1, 24, 5 : *sine fraude mea populique Romani*), ce qui n'est pas admissible pour le *dolus*. *Fraudi* est cet acte qui, sans violer directement une loi pénale, peut cependant être réprimé en vertu de cette loi. Par conséquent la formule *ne quid ei fraudi esto* (*lex repetundarum*, l. 28 et ailleurs) est l'assurance formelle qu'il n'y a pas de peine. Les mots *d'olo malo* *fraudis* *ve causa* que les notes de Probus sur les édits (*Gramm. Latini* 4, p. 274 [Girard, Textes², p. 198] rapportent au regard de l'édit spécial contenu au *Dig.*, 2, 14, 7, 9. 10, ne sont pas une tautologie, mais signifient « en violation et en fraude de la loi ». *Fraus* et *poena* sont l'une par rapport à l'autre comme la cause et l'effet (*Dig.*, 50, 16, 131 : *aliud fraus est, aliud poena... poena est noxae vindicta, fraus et ipsa noxa dicitur et quasi poenae quaedam praepraatio*), mais sont précisément à cause de cela fréquemment synonymes (loi *Rubria*, 2, 20 : *id ei fraudi poenaeve ne esto* ; fragment de Tuder, dans Bruns, *Fontes*, p. 156 : *id ei fraudi multae poenae ne esto* ; inexact, *Dig.*, 21, 1, 23, 2 : *veteres fraudem pro poena ponere solebant*). La notion a un intérêt plus philologique que juridique ; la *fraus* n'est pas un élément constitutif de cette notion abstraite très large que désigne le mot *dolus*, et comme toute fraude à la loi est aussi une illégalité, elle n'acquiert pas dans le domaine du dol la valeur d'une catégorie indépendante à laquelle se rattachent des conséquences juridiques particulières.

sous ce terme on embrasse en droit civil comme en droit privé la violation de la loi morale ; mais cette dernière n'apparaît comme fondement d'action qu'en droit pénal (1).

Violation de
loi par négligence.

(89) 2. La loi morale peut aussi être violée sans une volonté tendant précisément à cette violation (2). Tout groupement d'êtres humains, et par conséquent toute organisation d'État, exige que ceux qui vivent ensemble non seulement n'exercent pas de violences les uns à l'égard des autres et ne se trompent pas, mais encore qu'ils s'abstiennent de la *culpa* (3), c'est-à-dire d'actes tels que d'après des prévisions raisonnables ils doivent ou peuvent causer un dommage à un tiers (4). Un

(1) Le *delictus* de nos sources juridiques embrasse (si nous faisons abstraction de la *culpa*) tout tort moral qui réclame une punition, soit dans la forme de la procédure civile, soit dans celle de la procédure criminelle, et il est dans le domaine des délits le fondement général et spécial des actions ; tandis que dans le domaine non délictuel, où l'action repose sur une base différente, il est le tort moral qui ne parvient à faire l'objet du débat judiciaire, à côté du fondement de l'action, qu'à titre exceptionnel, soit à raison de la formule même de l'action (*ex fide bona*), soit à raison d'une clause spéciale (*exceptio doli*). C'est précisément pour cela qu'il n'y a pas lieu de faire en droit pénal un exposé plus complet de la théorie du dol.

(2) Néanmoins, nous avons conservé pour embrasser le *delictus* et la *culpa* le terme courant de volonté. L'idée fondamentale serait à vrai dire exprimée d'une manière plus exacte si l'on parlait ici de responsabilité juridique.

(3) Le mot *culpa*, sans doute parent d'*incolumis* au point de vue philologique (Corssen, *Aussprache*, 2, 154), c'est-à-dire le mot faute, est employé dans le même sens en droit pénal et dans le droit des contrats ; mais il a dans ce dernier domaine une portée plus grande, car le droit pénal ne comprend sous ce nom que la non omission d'actes dommageables, tandis que le droit des contrats embrasse aussi sous cette expression le non accomplissement des devoirs positifs contenus dans le rapport juridique d'obligation. La *culpa* apparaît dans le droit pénal à titre principal comme fondement de l'action et dans le droit des contrats à titre accessoire seulement à côté du contrat. La *culpa* criminelle n'admet donc pas de gradation, car le devoir de l'homme vis-à-vis de son semblable est partout le même, tandis que la faute contractuelle prend des aspects différents suivant les particularités du lien d'obligation. — Nous donnerons l'exposé détaillé de ces règles au Livre IV à propos des différents délits ; ici nous n'avons qu'à établir les notions fondamentales du droit pénal et sa terminologie.

(4) Telle est la définition que l'on donne déjà de la *culpa* criminelle à l'époque républicaine : *culpam esse, quod cum a diligenti provideri poterit non esset provisum* (Dig., 9, 2, 31). L'expression *imprudencia*, fondée

préjudice de ce genre, causé par manque de réflexion ou d'égards, est bien un manquement moindre, mais est en tout cas un manquement à la loi morale (1) et rend possible une répression délictuelle; tandis que l'omission d'actes utiles à un tiers peut aussi être contraire à la loi morale, mais n'est jamais traitée par la loi comme délit (2). Cependant cette faute moindre ne suffit pas pour la répression publique (3); elle n'est prise en considération que dans l'action pénale privée. Elle s'y présente dans le très ancien droit sous la forme d'atteinte au corps d'un homme libre et de dommage causé au patrimoine d'autrui; elle y est désignée d'après la terminologie originaire comme *injuria*, sans qu'on distingue au début entre le dommage intentionnel et le dommage non intentionnel mais évitable (4). Cet état de choses s'est maintenu en subs-

sur cette définition et souvent employée, est plus claire et expose à moins de malentendus que le terme traditionnel *culpa*.

(1) Le fondement moral de la *culpa* n'est pas moins essentiel pour la notion du droit pénal que celui du *dolus*. Les Romains ont d'ailleurs reconnu qu'au point de vue psychologique les deux notions se pénètrent l'une l'autre : *culpa dolo proxima dolum repræsentat* (Dig., 47, 4, 1, 2); *magna culpa dolus est* (Dig., 50, 16, 226); *tam lata culpa fuit, ut luxuria* (= extravagance) *aut dolo sit proxima* (Dig., 47, 9, 11).

(2) La preuve que la loi pénale ne permet à aucune personne de nuire à autrui quand elle peut l'éviter, mais qu'elle ne prescrit à personne de rendre service à autrui, est une belle preuve de la pénétration d'esprit qui a présidé à l'élaboration du droit romain. Les devoirs de charité sont aussi des devoirs, mais ils sont illimités et leur accomplissement ne peut être obtenu par la force. On sait dans quelle mesure et avec quelle rigueur le droit romain a appliqué ce principe au début; c'est ainsi qu'il ne connaît pas le devoir pour le père d'élever son enfant, ni le devoir pour l'enfant de fournir des aliments à ses parents.

(3) C'est pour cela que le droit pénal ne réprime pas à l'origine l'homicide par imprudence d'un homme libre; cet acte ne peut pas conduire au *supplicium* et la porte de la vie ne peut pas donner lieu à des dommages et intérêts.

(4) Cette notion n'est pas étrangère à la loi des XII Tables, mais celle-ci n'a pas de terme technique pour la désigner, ou plutôt, elle se sert pour cela du terme *casus* ou du mot équivalent qui a pu être employé dans la loi sur l'incendie (8, 9, Schöll [8, 10, Girard]). On distingue ici l'incendiaire *sciens prudensque* et l'incendiaire *casu, id est*, ajoute Gaius, *neglegentia*; sont donc exclus dans cette dernière notion l'intention et le cas fortuit qui ne pouvait être prévu. Même plus tard, *casus* est opposé assez fréquemment au dommage intentionnel (*Coll.*, 1, 9, 1: *casu potius quam*

(90) tance même dans le développement postérieur de ce délit. Seulement le délit d'atteinte au corps d'un homme libre s'est d'une part transformé en un délit plus large : celui d'atteinte à la personne ; il s'est restreint d'autre part à l'atteinte intentionnelle et s'est élevé au rang de délit indépendant sous le nom d'*injuria*. Pendant ce temps, l'atteinte corporelle non intentionnelle et le dommage causé intentionnellement ou non à la chose d'autrui ont été embrassés dans une seconde catégorie de délit sous le nom de *damnum injuria*. Le fondement moral suffisant pour l'existence du délit, c'est-à-dire la *culpa* criminelle consistant dans un manque de prévoyance, a coutume d'être distinguée sous le nom de faute aquilienne de la responsabilité contractuelle qui a sa source dans le rapport juridique d'obligation.

De même que la notion de *dolus*, celle de *culpa* n'appartient pas à la législation, mais à l'interprétation scientifique des lois. La loi des XII Tables n'est vraisemblablement pas allée en droit privé au delà de l'établissement de la responsabilité générale de la personne par opposition à l'événement qui ne dépend aucunement d'un acte ou d'une abstention de l'homme ; donc, pour se servir de la terminologie actuelle, elle n'est pas allée au delà de l'opposition du *dolus* et de la *culpa*, d'une part, et du *casus*, d'autre part. Le développement de la responsabilité générale, par opposition au dommage intentionnel et à celui qui est causé par un manque d'égards, appartient incontestablement à la science du droit de l'époque républicaine, comme aussi la distinction des égards dus par l'homme à son semblable et de ceux que se doivent entre eux les personnes liées par un rapport d'obligation, distinction sur laquelle repose l'opposition de la faute aquilienne et de la faute contractuelle.

Rapports entre
la loi pénale et
la loi morale.

La loi morale est bien le fondement de la loi pénale, mais

fraude; Coll., 1, 11, 3 = Dig., 48, 19, 5, 2; Dig., 48, 8, 1, 3; Inst., 4, 3, 3) et n'exclut pas absolument la responsabilité.

ces deux lois ne se confondent pas. Abstraction faite de ce que le droit pénal ne peut et ne veut aucunement absorber complètement en lui la loi morale et de ce qu'il se forme différemment suivant les temps et les lieux, ce même droit s'éloigne encore de la loi morale par sa fixité même et par les extensions (91) qu'il reçoit pour des considérations d'utilité pratique. La conscience humaine, si l'on ne tient pas compte d'anomalies particulières, donne suivant les individus des limites variables à l'injustice; l'homicide de celui qui consent à se faire tuer, la rétention de la chose trouvée apparaissent à l'un comme des actes permis, à l'autre comme un meurtre ou un vol. La transformation de la loi morale en loi pénale exige la fixation positive des éléments du délit et cette opération contient nécessairement une part d'arbitraire. Plus les rapports sociaux se compliquent et plus la loi pénale s'efforce de se rattacher étroitement à la loi morale, plus cet arbitraire se fait sentir. La défense de l'usure repose sur la loi morale, comme celle du vol, mais la limite de cette prohibition y est déterminée par des considérations d'utilité et finalement par le hasard. L'acceptation de libéralités et la brigue des magistratures sont des actes permis; à quelles conditions deviennent-elles les délits de *repetundae* et d'*ambitus*, il n'y a que le droit pénal positif qui puisse le décider. — Cette construction positive, que la loi de l'État donne à la loi morale, dépasse maintes fois le principe originaire et précédemment exposé du droit pénal privé, d'après lequel l'homme ne doit jamais causer un dommage à son semblable ni intentionnellement ni par négligence, tandis qu'il n'est pas juridiquement tenu de lui prêter assistance. C'est ainsi par exemple qu'une des plus importantes conséquences de ce principe, à savoir que le fait de ne pas empêcher (1) et encore plus de ne pas dénoncer un délit projeté n'est pas considéré comme complicité, est tombée en désuétude dans le droit postérieur pour les délits les plus graves :

(1) *Dig.*, 50, 17, 109 : *nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potuit.*

les crimes d'État (1), les délits en matière de monnaie (2), le meurtre d'un proche (3) et le rapt (4). En général, c'est principalement d'après des considérations d'utilité pratique qu'on se décide dans cette construction et tout acte et toute négligence peuvent être rangés dans les délits par la loi de l'État. — Sans doute une législation rationnelle s'efforcera de ne pas trop déplacer le fondement moral de la peine. Des raisons d'opportunité politique réclament fréquemment que des pénalités (92) légères soient attachées à des actes et des négligences qui au point de vue moral sont indifférents; mais le pouvoir considérable, attribué aux autorités publiques sur les particuliers par le droit pénal, ne doit trouver d'application sérieuse que dans les cas où la conscience de l'auteur lui-même désapprouve l'acte ou devrait le désapprouver.

Ignorance de
la loi pénale.

Au fondement moral du droit pénal se rattache la question de savoir si l'application de la loi pénale a pour condition que cette dernière ait été connue de l'auteur de l'acte. En général il faut répondre négativement. Le délit suppose la violation ou l'ignorance de la loi morale sur laquelle repose la loi pénale; le juge répressif ne peut pas et ne doit pas rechercher pour chaque cas particulier dans quelle mesure et dans quelle forme la loi pénale correspond aux exigences de la morale; la loi est la loi, même si elle est injustement dure et même si éventuellement elle correspond mal aux données de la morale. Cette règle s'applique même à des délits qui n'en seraient pas, s'il n'y avait pas une prescription arbitraire de la loi de l'État (5); pour savoir quelles sont les limites de la répression,

(1) Tertullien, *Apol.*, 2: *ad socios, ad conscios usque inquisitio extenditur*. Arcadius, *C. Th.*, 9, 14, 3, 6 = *C. Just.*, 9, 8, 3, 6. 7. Zosime, 4, 8. *Cpr. Dig.*, 48, 19, 6, *pr.*

(2) *Dig.*, 48, 10, 9, 1: *eadem poena (falsi) afficitur etiam is, qui cum prohibere tale quid (falsification de monnaie) posset, non prohibuit*. *C. Th.*, 9, 24, 2 = *C. Just.*, 9, 24, 1.

(3) *Dig.*, 48, 9, 6. *Cpr. l. 2. Inst.*, 4, 18, 6.

(4) *Cod.*, 9, 13, 1, 3. *Inst.*, 4, 18, 8.

(5) L'opposition des *probra natura turpia*, comme le vol et l'adultère et des (*probra*) *civiliter (turpia) et quasi more civitatis (Dig.*, 50, 16, 42. *Cpr.* 47, 2, 1, 3) est une abstraction sans intérêt juridique; ce n'est pas la « nature », mais l'État qui défend le vol aussi bien que l'usure.

il faut avoir la connaissance du droit; mais le délit est puni, même si le contrevenant ignore ces limites ou les désapprouve. Le droit romain se préoccupe bien des données de la morale pour l'établissement de la loi positive (1), mais il ne méconnaît pas que la législation pénale, pour des raisons d'opportunité nécessaires ou considérées comme telles, s'étend à des actes et des abstentions qui en soi sont indifférents au point de vue moral et ne sont pas considérés comme une injustice. Si l'on a soin pour ces délits de faire rentrer la violation consciente de la loi parmi leurs éléments constitutifs, comme cela a eu fréquemment lieu chez les Romains (2), suivant la remarque que nous en avons précédemment faite (p. 100, n. 1), le fondement moral du droit pénal est encore respecté; car la violation consciente de toute loi d'État est une faute morale. (93) Mais on ne peut soustraire à la répression du droit pénal toute violation inconsciente de la loi d'État (3). Cette conséquence est déjà impliquée par ce seul fait, que la preuve positive ou négative de la connaissance de la loi soulève de très grandes difficultés pratiques, et par la nécessité d'établir ici pour des raisons d'opportunité des présomptions juridiques, dans lesquelles le fondement moral de la notion de délit est mal res-

(1) Le véritable trait caractéristique du délit fondé sur la morale, à savoir que la peine atteint également l'homme instruit et celui qui ne l'est pas, est relevé à propos de l'injure faite au patron par l'affranchi (*Cod.*, 2, 2, 2: *nec in ea re rusticitati venia praebetur, cum naturali ratione honor ejusmodi personis debeat*) et à propos de la prohibition du mariage entre le fils du tuteur et la pupille (*Cod.*, 5, 6, 1: *senatus consulti auctoritatem, quo inter pupillam et tutoris filium conubium saluberrime sublatum est, circumveniri rusticitatis et imperitiae velamentis non oportet*).

(2) C'est ce qui résulte de la clause simplement énonciative usitée à propos de délits qui se fondent à proprement parler sur la morale, par exemple en cas de prohibition des mésalliances (*Dig.*, 23, 2, 44, pr.) et en cas de défense de dégrader les affiches publiques (*Dig.*, 2, 1, 7, 4: *doli mali ideo in verbis edicti fit mentio, quod si per imperitiam vel rusticitatem vel ab ipso praefore jussus vel casu aliquis fecerit, non tenetur*). Évidemment on peut, lorsque cette clause fait défaut, se demander pour chaque loi, si elle n'a voulu atteindre que la violation consciente ou au contraire toute violation quelle qu'elle soit.

(3) Par exemple, à propos des pénalités pour délits de douane. *Dig.*, 39, 4, 16, 5: *licet quis se ignorasse dicat, nihilominus eum in poenam vectigalis incidere divus Hadrianus constituit*.

pecté, puisqu'elles peuvent conduire et conduisent fréquemment à des erreurs. Le droit romain a appliqué à la loi pénale, qui n'a ce caractère au point de vue de l'éthique qu'en supposant chez l'agent la connaissance de cette loi, la règle du droit privé d'après laquelle l'homme mêlé à la vie des affaires est obligé de connaître la loi de l'État, de telle façon que toute violation de sa part, même inconsciente, renferme en soi une faute; tandis que les femmes et les paysans sont exempts de cette obligation, de telle façon que s'ils enfreignent une loi pénale non fondée sur une règle de la morale, on doit supposer chez eux l'ignorance de la loi et l'excuser (1). Il faut reconnaître que dans le premier cas le fondement moral de la répression disparaît presque complètement et qu'on y punit dans une certaine mesure un dol simplement supposé. On admet sans difficulté cette répression pour les peines de peu d'importance, notamment en droit pénal privé; c'est ainsi que dans la prochaine Section nous parlerons de différents cas de vol ou de dommage causé à la chose d'autrui où la complicité est admise en vertu d'une présomption de droit, sans qu'une faute réelle soit prouvée (2). Mais lorsqu'on prescrit de prononcer sur cette seule présomption des peines graves du droit pénal public, comme, par exemple, lorsque le droit romain frappe comme coupable de falsification de titre le scribe qui, ignorant la défense de la loi, s'attribue un legs dans un testament conformément à la volonté qu'en exprime le testateur (3), ou encore, lorsqu'en cas de mariage entre personnes unies par un lien de parenté qu'elles considèrent par erreur comme n'étant pas un empêchement à leur union, il punit

(94)

(1) Paul, *Dig.*, 22, 6, 9, *pr.* (*feminae*) *sicubi non est delictum, sed juris ignorantia non laeduntur*. Le texte est corrompu et mutilé, mais la règle elle-même est claire.

(2) Il est permis de rappeler la connexité étroite des amendes et des impôts, comme cela se manifeste, par exemple, à propos des conséquences juridiques du célibat et du mariage sans enfants (cpr. l'introduction du Livre IV).

(3) *Dig.*, 48, 10, 15, *pr.* L'empereur Claude dispose expressément, *ne vel iis venia detur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant*.

l'homme et non la femme comme coupable d'inceste (1), ces dispositions ont certainement la valeur d'une loi, mais à vrai dire elles ne devraient pas exister.

(1) *Dig.*, 48, 5, 39, 2, à propos de la prohibition du mariage entre l'oncle et la fille de sa sœur : *mulier tunc demum eam poenam quam mares sustinebit, cum incestum jure gentium prohibitum admiserit ; nam si sola juris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.*

LE FAIT

Le fait illégal. De même qu'il n'y a pas de délit sans une volonté délictuelle, il n'y a pas non plus de délit sans une manifestation de cette volonté, sans un fait punissable. La volonté seule, l'*animus* (p. 99), même si par exemple elle a été exprimée par des paroles ou constatée par un aveu, n'est pas un délit et ne fonde aucune peine (1). Sur la question de savoir ce qu'il faut entendre par la manifestation de la volonté délictuelle, la science du droit moderne répond en distinguant, non pas pour tous les délits, mais pour la plupart d'entre eux, les actes qui préparent le délit, c'est-à-dire la tentative, et la consommation du délit. Le droit romain n'a pour la tentative ni notion ni terme technique (2); on réprime toujours le fait prohibé par la loi dès qu'il est consommé. Cette répression suppose à la base du fait punissable l'unité de volition et, en cas de délit reposant sur une *culpa*, l'unité dans l'omission du

(1) C'est ce qu'exprime Caton (chez Aulu-Gelle, 6, 3, 37) en particulier par ces mots : *ecqua tandem lex est tam acerba, quae dicat, si quis illud facere voluerit, mille minus dimidium familias multa esto?* L'infamie peut s'attacher à la simple déclaration de volonté (cela n'a pas lieu à vrai dire dans tous les cas, ainsi que le fait ressortir *Dig.*, 3, 2, 3); mais elle n'est pas à proprement parler une peine.

(2) On dit (*Dig.*, 2, 2, 1, 2) de l'ordre (*statuere*) illégal du magistrat : « *statuit* » *verbum rem perfectam significat et consummatam injuriam, non coeptam... quid enim offuit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum?* Pour *cogitatio*, cpr. p. 111, n. 4.

devoir, sans qu'on s'inquiète de savoir, si ce fait était pour l'auteur le terme de son activité ou s'il n'avait pour but que de préparer des actes postérieurs (1). Cependant, s'il faut renoncer à fixer d'une manière générale la notion du fait, il est toutefois permis d'indiquer dès maintenant la formule divergente que cette notion reçoit conformément à la double nature du droit pénal, suivant qu'il s'agit de satisfaction, en cas d'atteinte portée à un particulier, et d'expiation, en cas d'atteinte portée à la communauté. (96)

Le droit pénal privé a pour objet les dommages ou atteintes faits à un particulier contrairement au droit et fondant une demande d'équivalent, c'est-à-dire qu'il suppose la consommation de ces actes et celle-ci n'existe pas lorsque l'action accomplie prépare simplement ces dommages ou atteintes. Les Romains ont été naturellement forcés de reconnaître que cette manière de traiter les délits, notamment le vol, était impropre; c'est pour cette raison que le dommage est considéré comme consommé par l'appréhension de la chose avec *animus furandi*, même si le voleur est pris sur le fait et si la chose volée lui est reprise, c'est-à-dire même si le tort causé est immédiatement supprimé. Mais la logique juridique fut plus forte que le besoin pratique (2). Les actes préparatoires du vol, s'ils vont jusqu'à l'effraction, sont punissables comme ayant troublé la paix domestique (3); mais à tous autres égards, ils sont impunissables aux yeux de la loi (4). Cette rè-

Notion du fait
en droit privé.

(1) Gaius, *Dig.*, 9, 2, 32, 1 : *si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiso; duo enim sunt delicta, aliter atque si quis uno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit, tunc enim una erit actio de occiso.*

(2) Cpr. dans le Livre IV la Section du vol. Un complément pratique à cette action privée de vol a été certainement fourni de tout temps par l'application administrative des pouvoirs du magistrat, c'est-à-dire d'après notre terminologie par la police de sûreté.

(3) Paul, 2, 31, 33. *Dig.*, 47, 2, 21, 7.

(4) *Dig.*, 47, 2, 1, 1 : *sola cogitatio furti faciendi non facit furem. Dig.*, 48, 19, 18 : *cogitationis poenam nemo patitur.* Les derniers mots appartiennent (cpr. Lenel, *Paling.*, 2, 428) à l'exposé rapporté p. 110, n. 2 et on voit ici que sous *cogitatio* on comprend la volonté délictuelle manifestée, mais qui n'a

gle s'applique à tous les délits privés (1), car leur répression consiste ou dans une indemnité supérieure au préjudice ou dans un équivalent analogue à la réparation du préjudice.

Notion du fait
dans
le droit public.

(97) En cas de tort causé à la communauté, il n'y a pas par contre, dans la plupart des cas et dans les cas les plus importants, de réparation du préjudice et l'on requiert pour l'expiation, comme nous l'avons déjà dit, que l'intention délictuelle soit sortie du domaine de la résolution et de la déclaration de volonté pour entrer dans le domaine des actes (2) ; mais on n'exige pas nécessairement davantage. Nulle part, il n'est dit d'une manière générale en quoi cet acte doit au moins consister, et les explications fournies sur les éléments du fait à propos des délits particuliers ne nous renseignent à cet égard qu'exceptionnellement. La décision sur ce point est laissée principalement à l'appréciation du juge. Le crime d'État peut être considéré comme juridiquement accompli par toute manifestation de sentiments hostiles à l'État ; la désertion l'est, par exemple, rien que par le fait de quitter le camp romain (3). Pour le meurtre, on ne peut en aucune façon conclure de ce que la plus ancienne loi parle du fait accompli (4), que celle-ci exclut la blessure n'entraînant pas la mort ; par contre la toute-puissance de l'*imperium* et le pouvoir des comices, encore plus étendu à raison de son caractère absolu, rendent vraisemblable que tout acte préparatoire a pu être puni de plein droit comme meurtre, ainsi que cela a été légalement prescrit plus tard dans une mesure beaucoup plus large que pour la tentative du droit moderne, notamment pour l'assassinat suivi de vol et encore plus pour l'empoison-

pas encore atteint son but. On lui oppose non pas l'*injuria coepta*, mais l'*injuria consummata*.

(1) *Dig.*, 47, 10, 15, 17, pour l'injure ; cela s'applique incontestablement au dommage causé par le dol à la chose d'autrui, tandis que le dommage causé par simple *culpa* exclut toute idée de préparation.

(2) A cet égard il faut se rappeler que le droit romain ne rattache pas à l'ordre public la notion d'atteinte à l'honneur et ne punit pas les déclarations antipatriotiques.

(3) *Dig.*, 49, 16, 3, 11.

(4) *Festus*, p. 221 : *si quis hominem liberum sciens morti duit*.

sonnement. En général, il est possible que dans le domaine du droit pénal public, contrairement à ce qui a lieu dans celui du droit pénal privé (1), la peine ait été encourue à raison d'une manifestation quelconque de volonté (2); le fait que le délit conçu n'a pas été exécuté est à vrai dire indiqué (98) çà et là dans le droit postérieur comme circonstance atténuante (3). La règle, d'après laquelle celui qui s'arrête spontanément avant de consommer le tort vis-à-vis de la communauté échappe à toute peine, est formulée pour les délits en matière de monnaie (4); mais on indique précisément du même coup qu'elle n'a pas une valeur générale.

La participation de plusieurs personnes au même délit, la complicité, comme on doit la nommer ici, peut se produire de différentes manières : comme coopération, comme suggestion, comme assistance avant et après le fait. En cas de coopération de même nature, les compagnons de crime sont, comme dans le droit du patrimoine, désignés sous le nom de *socii* (5), on les appelle assez fréquemment ainsi par opposition

Concours
de plusieurs
personnes dans
l'accomplisse-
ment du délit.

(1) La conception du droit privé prévaut lorsque, comme dans le péculet et les *repetundae*, la répression du délit public a lieu principalement par voie d'action privée.

(2) Cicéron, *Pro Mil.*, 7, 19 dit de la tentative de meurtre : *nisi vero quia perfecta res non est, non fuit poenienda, proinde quasi exitus rerum, non hominum consilia legibus vindicentur*; à propos de la tentative de séduction, Valère Maxime, 6, 1, 8, dit relativement à une action édilicienne en réclamation d'amende : *non factum tunc* (sous la République) par opposition à la loi pénale d'Auguste qui exige la consommation du délit, *sed animus in quaestionem deductus est, plusque voluisse peccasse nocuit quam non peccasse profuit*; s'expriment d'une manière générale : Apulée (*Flor.*, 4, 20) : *in malefactoribus etiam cogitata scelera, non perfecta adhuc vindicantur... ad poenam sufficit meditari punienda*, et l'empereur Arcadius, *C. Th.*, 9, 26, 1 : *pari sorte leges scelus quam sceleris (puniunt) voluntatem*. Des déclarations générales de ce genre, surtout quand on les trouve dans des sources non juridiques, ne doivent être acceptées qu'avec réserve; elles expriment parfaitement le principe du droit pénal public, à la condition de bien remarquer que *voluntas, consilium, animus, meditatio* ne désignent pas la volonté non manifestée, mais s'opposent, précisément comme *cogitatio* (p. 111 n. 4), au fait punissable consommé.

(3) Pour le meurtre : *Dig.*, 48, 19, 16, 8. Pour la séduction, Paul, 5, 4, 14.

(4) *Dig.*, 48, 10, 19 *pr.* On trouve la même règle pour le crime d'hérésie. Il est évident que le repentir ne peut pas effacer ce qui a eu lieu.

(5) Paul, 5, 14, 1. *Dig.*, 17, 2, 57. 48, 3, 6, 1. *Cod.*, 9, 41, 4 et ailleurs.

au chef de bande (1). — *Consciis*, celui qui a connaissance de l'accomplissement du délit et qui comme tel, abstraction faite des délits pour lesquels existe le devoir de dénonciation, est juridiquement exempt de toute responsabilité (p. 105), est un terme assez souvent employé, notamment chez les auteurs non juridiques, pour désigner le complice dont la coopération a été moins active (2). — L'instigateur est désigné comme *auctor* (3), mais le simple fait de recommander un acte délictuel n'est pas considéré comme une instigation (4); il faut pour que cette dernière existe exercer une influence décisive sur la volonté d'autrui. — Quand on parle de commis, de

L'expression ne se trouve pas dans les lois, le *socius* de la loi Fabia est le compagnon du droit privé.

(1) Celui-ci s'appelle *princeps sceleris* chez Cicéron, *Pro Cluentio*, 22, 60; *princeps delicti*; *Dig.*, 41, 3, 10; *principalis reus*: *Cod.*, 9, 2, 5. C'est ainsi que les *socii* sont opposés à Catilina. De même Plin., *Ep.*, 3, 9, 12: *placuit inprimis ipsum Classicum ostendere nocentem; hic aptissimus ad socios ejus et ministros transitus erat, quia socii ministrique probari nisi illo nocente non poterant* et Tacite, *Ann.*, 14, 40, 41, où à propos d'une falsification de testament les *socii* et ceux qui ont connaissance du délit sont opposés aux auteurs principaux.

(2) Dans ce sens, comme *consciis et fraudem participans* (ainsi qu'Ulpien, *Dig.*, 42, 3, 10, 2, explique le *sciens* de l'édit du préteur), le mot *consciis* ne se trouve pas souvent chez les juriconsultes (*Dig.*, 29, 5, 1, 21; *consciis et consortes* dans la déprédation des quais du Nil: *C. Th.*, 9, 32, § = *C. Just.*, 9, 38, 1), ailleurs assez fréquemment (Cicéron, *Pro Cl.*, 20, 56, 22, 60 où le *consilium* indique la communauté de faute résultant d'une coopération moins active et *Pro Caelio*, 23, 37 à côté de *socius et adjutor*; Tacite, *Ann.*, 14, 41, *flagitiorum gnarus* à côté de l'auteur principal et des *socii*; Suétone, *Gai.*, 58; *Ner.*, 33, 43; *Tit.*, 9.)

(3) Salluste, *Jug.*, 30 lie *auctor et socius*, instigateur et coauteur; Suétone, *Ner.*, 33; *Tit.*, 9 oppose l'*auctor* au *consciis*, c'est-à-dire l'instigateur au coopérateur moins actif. Dans le grand nombre de preuves juridiques on peut citer Paul, 5, 22, 2, d'après lequel en cas de crime de lèse-majesté il faut rechercher les *auctores*, et *Dig.*, 9, 4, 3, où le maître qui détermine l'esclave à commettre un délit est nommé *auctor servo delinquenti*. — Dans les lois le mot *auctor* n'est employé à propos des délits commis en masse que si la pleine répression se limite aux chefs. (*Dig.*, 48, 8, 3, 4).

(4) Ce qui est dit par rapport à une accusation calomnieuse (*Dig.*, 3, 2, 20): *non qui exhortatur mandatoris opera fungitur* a une portée générale et s'applique notamment au conseil donné à l'esclave de fuir son maître. (Cpr. la Section du vol). Si dans d'autres cas le conseil est assimilé à l'instigation (ainsi dans la rapine, *Dig.*, 48, 19, 16 *pr.*, et dans l'adultère *Dig.*, 48, 5, 13), cela tient à des circonstances spéciales.

minister (1), on n'oppose pas celui qui aide à l'accomplissement d'un délit à celui qui le commet directement, mais on oppose celui qui consomme en fait le délit à celui qui l'a conçu intellectuellement (2). Toutes ces expressions employées pour désigner les diverses formes de concours prêtées à l'accomplissement d'un délit n'ont pas une portée nettement délimitée et ne trouvent pas leur application en droit ; elles appartiennent surtout au langage courant. Dans les lois et dans les sources du droit qui leur sont assimilées, il n'est pas rare que sous une forme ou sous une autre on interdise à côté du délit proprement dit l'instigation à ce délit, et que l'assistance prêtée à l'accomplissement de l'acte soit aussi plus ou moins expressément visée par la loi (3), sans qu'on attache à ces distinc-

(100)

(1) On trouve aussi *adjutor* (*Rhet. ad Herennium*, 2, 4, 7; Cicéron, *Pro Cael.*, 23, 57), mais rarement.

(2) Cicéron, *Pro Cluentio*, 22, 60; Tacite, *Ann.*, 4, 11 : *minister venent*, 13, 1, 15. *Hist.*, 4, 27. *Dig.*, 29, 5, 14. 48, 16, 1, 13. tit. 18, 17, 3.

(3) Il ne sera peut être pas superflu de grouper les expressions les plus importantes, empruntées en grande partie aux lois et que l'on rencontre ici, bien qu'il ne s'agisse en fait que de différentes formes de la même pensée. — Crime de lèse-majesté : *qui quid eorum... facere curaverit* (*Dig.*, 48, 4, 3); *cujus opera dolo malo consilium initum erit* (*Dig.*, 48, 4, 1, 1; de même 48, 4, 4). — Parricidium : *cujus dolo malo factum sit* (*Dig.*, 48, 9, 1; *Inst.*, 4, 18, 6). — Meurtre : *qui hominem occiderit cujusve dolo malo id factum erit* (loi Cornelia, *Coll.*, 1, 13, 1; de même *Cod.*, 9, 16, 6); *occidendum curavit* (Quintilien, 7, 1, 9); *qui falsa indicia confessus fuerit confitendave curaverit* (*Dig.*, 48, 8, 3, 4); mandat de meurtre (Paul, 5, 23, 10). — Incendie volontaire : *cujus dolo malo incendium factum erit* (*Dig.*, 48, 8, 1 pr.) — Faux : *qui testamentum amoverit... cujusve dolo malo id factum erit* (*Dig.*, 48, 10, 2); *qui judicem corrupit corrupendumve curaverit* (*Dig.*, 48, 10, 1, 2); *qui sciens dolo malo id fieri jussit faciendumve curavit* (Paul, 4, 17, 2). — Violence commise par des tiers : *C. Th.*, 9, 10, 4, pr. = *C. Just.*, 9, 12, 8, 1; expulsion par des tiers : *Dig.*, 43, 16, 1, 12. — *Furtum* par ordre donné aux esclaves (Aulu-Gelle, 11, 18, 24); par mandat (*Inst.*, 3, 26, 7). — Pécunia : *facere, quo quis auferat* ou *indat* (*Dig.*, 48, 13, 1). — Injure : *qui dolo fecit vel qui curavit, ut cui malapugno perculeretur* (*Dig.*, 47, 10, 11, pr. = *Inst.*, 4, 4, 11; commentaire 47, 10, 11, 4. 5. 6; *Cod.*, 9, 2, 5); *qui... convicium cui fecisse cujusve opera factum esse dicetur, quo... feret* (édit du prêteur : *Dig.*, 47, 10, 15, 2; commentaire 47, 10, 15, 8. 10). — Dommage causé aux choses d'autrui par mandat (*Inst.*, 3, 26, 7). — Dommage causé aux choses d'autrui dans un attroupement : *cujus dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur* (*Dig.*, 47, 8, 4, pr.). — Abattage d'arbres (*Dig.*, 47, 7, 7, 4). — Annone : *ne quis nave... relineat aut dolo malo faciat quo magis detineatur* (*Dig.*, 48, 12, 2, 1.). — Loi Julia contre les fausses mesures (Bruns, *Fontes*, p. 46) : *si*

tions un intérêt juridique; et là où la loi des XII Tables, la loi Aquilia et vraisemblablement la plupart des anciennes lois ne contiennent que le terme topique pour désigner le délit, les jurisconsultes interprètent ces dispositions d'une façon extensive de manière à atteindre toute participation au délit (1). C'est seulement dans des cas isolés que l'assistance donnée à un délit est punie comme délit indépendant. C'est ainsi qu'en matière de délit contre la propriété le plus ancien code place à côté de ce délit lui-même le recel, mais ne le vise que dans la forme restreinte et définie par des caractères purement externes de la découverte de la chose volée (*furtum conceptum*) (2); de même dans la législation d'Auguste sur le mariage l'aide prêtée à l'accomplissement du délit n'est pas exclue à vrai dire de l'action principale (3), mais la forme la plus importante de cette assistance, le proxénétisme, est traitée comme délit indépendant.

Assimilation
des complices.

Considéré au point de vue purement juridique le droit romain ignore toutes ces distinctions; il connaît uniquement la complicité envisagée pour l'ensemble du délit.

L'action de vol est dirigée contre toute participation au vol sous la forme d'assistance (*ope*) ou de conseil (*consilio*), donc, d'après le texte, également contre l'instigateur et l'aide, même, selon toute apparence, sans changement de formule,

quis facit jussurive fieri dolumve adduit quo ea fiunt. — Loi Quinctia sur les aqueducs (Bruns, p. 116 [Girard, *Textes* 8, p. 183]): *quicumque... rivos... sciens dolo malo foraverit ruperit foranda rumpendave curaverit.* — Accusation calomnieuse par mandat (*Dig.*, 48, 16, 1, 13. *C. Th.*; 9, 5, 1 = *C. Just.*, 9, 8, 3. — Deux tournures sont principalement employées: *occidendum curare et dolo malo facere, ut occidatur.* On peut embrasser dans ces deux formules, notamment dans la dernière (cpr. *Dig.*, 47, 8, 4, 4), toute activité qui est dans un rapport de causalité avec le délit.

(1) Les dispositions d'un sénatus-consulte (*Dig.*, 48, 16, 1, 13: *ex sententia senatus consulti*) et de l'édit du préteur (*Dig.*, 2, 1, 7, 5. tit. 7, 5, *pr.* tit. 10, 1, 1. 43, 24, 5, 14) sont interprétées de la même manière.

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

(3) *Dig.*, 47, 2, 50, 3: *consilium dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum; opem fert qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res praebet.* Nous donnons des explications plus détaillées dans la Section du vol.

contre l'auteur principal (1) ; en effet, comme il n'y avait pas de différence pour la répression entre l'accomplissement du délit et l'assistance, il était également convenable de ne pas les distinguer dans la formule. Tous les délits paraissent avoir été traités d'après ce même principe. Quant aux limites de la complicité, les sources nous donnent peu de renseignements (2) et le peu qu'elles nous fournissent ne doit être exposé qu'à propos des différents délits. En général, on considérera comme complicité tout acte entrepris avec mauvaise intention en vue de réaliser le délit. Dans une conception exacte l'assistance prêtée après l'accomplissement du délit ne rentre donc pas dans la complicité (3), et la répression du recel d'après la loi des XII Tables paraît confirmer cette conception (4) ; celle-ci a toutefois été difficilement appliquée dans toutes ses conséquences logiques ; bien plus dans le droit postérieur, surtout par suite de l'identité de nom, le recel a été rangé dans le *furtum*, sans cependant perdre son caractère de délit indépendant (5).

Toute personne qui coopère à un délit est ordinairement punie de la même manière et dans la même proportion que si elle l'avait commis seule (6). Ici se manifeste avec un relief

Égalité
de punition
des complices.

(1) La phrase désigne à vrai dire l'instigation et l'assistance par opposition à l'accomplissement direct ; de même, dans les cas où elle est encore employée, en cas d'appel de l'ennemi (*Dig.*, 48, 4, 10, cpr. Paul 5, 23, 4) et en cas de proxénétisme (*Dig.*, 48, 5, 15 *pr.*), elle vise un délit qui se fonde sur une assistance prêtée.

(2) Nous avons déjà mentionné (p. 114, n. 3) qu'en cas de délit commis en masse les instigateurs seuls encourent la peine complète.

(3) Si, en cas d'expulsion non classée parmi les délits, la ratification est assimilée au mandat (*Dig.*, 43, 16, 1, 14 = 50, 17, 132, 2), cette règle n'appartient pas au droit pénal.

(4) En cas de meurtre on traite comme complice celui qui cache le coupable (*Dig.*, 29, 5, 3, 12).

(5) Nous exposerons complètement cette évolution dans la Section du *furtum*.

(6) *Dig.*, 43, 24, 15, 2. *Labeo scribit... opus quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare* et souvent ailleurs. D'ailleurs les actions contre les complices sont indépendantes les unes des autres. Lorsque l'auteur principal du vol est poursuivi au quadruple du dommage parce qu'il a été pris en flagrant délit, ses complices ne paient que le double

(102) spécial l'idée que le droit pénal privé ne connaît l'indemnité du préjudice qu'à titre de mesure pour la fixation du taux de l'amende (p. 14, n. 1); la prestation libère celui qui la fournit, mais non pas ses complices.

Dispositions
exceptionnelles.

C'est seulement dans le droit postérieur qu'on tient compte du degré d'intensité du fait punissable et de la diversité de faute morale chez les complices (1). Nous reviendrons sur ce point dans le Livre IV à propos des différents délits. Nous pouvons cependant exposer dès maintenant les règles suivantes qui s'appliquent à plusieurs catégories de délits.

1. Dès que les conditions d'existence du délit sont réunies chez l'un des auteurs, on exige bien des autres une intention mauvaise (2), mais non la réunion des mêmes conditions. Le vol réclame l'intention de s'approprier la chose d'autrui, mais on considère même comme complice celui qui ne s'empare pas personnellement de la chose, mais favorise seulement cette appropriation (3).

2. Lorsqu'une action délictuelle accomplie en société n'aurait pu l'être par une personne seule, par exemple en cas de vol d'une chose lourde, tous ceux qui ont participé à l'acte sont considérés complètement comme auteurs du délit (4).

3. Lorsque le fils de famille ou l'esclave exécute un délit

(*Dig.*, 47, 2, 34). Lorsque l'action de vol ne peut pas pour des motifs personnels être intentée contre l'auteur principal, les complices ne sont pas pour cette raison libérés (*Inst.*, 4, 1, 12).

(1) On relève expressément à propos de la fixation du taux de la peine dans la magie la différence du *magus* et des *conscii* (Paul, 5, 23, 17); de même dans la rupture du ban, la différence du violateur du ban et de celui qui le reçoit (*Dig.*, 48, 19, 40); on signale également une diversité du même genre quant à la dégradation des quais du Nil (*C. Th.*, 9, 32, 2 = *C. Just.*, 9, 38, 1). Dans le *parricidium* on distingue entre le meurtre et l'omission de la dénonciation (*Dig.*, 48, 9, 2). L'organisation de l'égalité de peines dans le crime de lèse-majesté (*C. Th.*, 9, 14, 3, 6 = *C. Just.*, 9, 8, 5, — 6), dans le péculat (*C.* 9, 28, 1), dans le rapt (*C. Th.*, 9, 24, 1, 5-6. *C. Just.*, 9, 13, 1, 3 = *Inst.*, 4, 13, 8), fait apparaître encore plus nettement l'inégalité ordinaire des peines à cette époque.

(2) *Dig.*, 2, 1, 7, 5, 47, 2, 50, 2.

(3) *Dig.*, 47, 2, 50, 1.

(4) Du vol : *Dig.*, 9, 2, 51, 2; du dommage causé à la chose d'autrui : *Dig.*, 9, 2, 11, 4.

sur l'ordre du maître, on applique les règles indiquées dans la Section VI (p. 89).

4. Lorsqu'un délit est commis par l'esclave au su de son maître, il est mis d'après la loi des XII Tables à la charge de l'esclave seul ; mais plus tard, lorsque la notion de faute fut moins déterminée par des caractères purement externes, la règle générale précédemment indiquée (p. 105, n. 1) d'après laquelle personne n'est obligé d'empêcher un délit fut écartée en droit pénal privé dans le cas où le maître était en état d'empêcher le délit et ne l'avait pas fait, et le maître et l'esclave furent punis dans ce cas comme complices (1). (103)

5. Lorsque plusieurs esclaves du même maître commettent en commun, à l'insu de celui-ci, un délit contre la propriété, le maître peut écarter l'action noxale encourue par chacun de ceux qui ont participé à l'acte en payant une fois la peine totale du délit (2).

6. Lorsque plusieurs personnes ont participé à un fait délictuel et qu'on ne réussit pas à établir la part de coopération de chacun, on regarde dans l'action pénale privée le résultat de leur action commune comme le fait de chaque complice (3).

7. Par suite de la surveillance exigée dans un intérêt public des maîtres de navire, des aubergistes et des logeurs sur leur personnel, ces maîtres ont, en vertu d'une présomption ou si l'on veut d'une fiction de complicité, à se justifier des délits contre la propriété (4) commis dans leur bateau ou leur

(1) Rapine *Cod.*, 3, 41, 4. — Vol : *Dig.*, 47, 5, 1, 1. — Damage causé à la chose d'autrui : *Dig.*, 9, 2, 44, 1. 1. 45 *pr.* 9, 4, 2. 1. 3, 1. 4 *pr.* *Cpr. Dig.*, 50, 17, 50. — Il n'est pas rationnel que le maître ait à répondre ainsi du délit de l'esclave, comme s'il l'avait commis lui-même, ainsi que la loi *Quinctia* le prescrit pour le cas de détérioration des aqueducs (*Bruns Fontes*, p. 116 [Girard, *Textes*³, p. 104]).

(2) *Dig.*, 9, 2, 32, 39, 4, 3, 3. 47, 6. La clause noxale est refusée au maître, lorsqu'en cas de délit mis à la charge de plusieurs de ses esclaves il n'exhibe pas ses esclaves vivants au demandeur. *Dig.*, 39, 4, 1, *pr.* 1. 12, 1. 13, 3.

(3) *Dig.*, 9, 2, 41, 2. 1. 51, 1. *Cpr.* 48, 8, 17.

(4) Paul, 2, 31, 16 18. *Dig.*, 47, 5. *Inst.*, 4, 5, 3. La clause noxale est admissible au regard des esclaves propres du maître du navire ou de l'auberge ; celui-ci est engagé sans cette restriction, si le coupable est un

auberge. Il en est de même pour le maître d'une habitation, quand un objet jeté ou tombé de sa demeure a causé un dommage à la chose d'autrui (1).

esclave étranger ou un homme libre (*Dig.*, 47, 5, 1, 5). Cpr. *Dig.*, 47, 2, 42 *pr.*

(1) Cpr. la Section du dommage causé à la chose d'autrui.

LIMITES PERSONNELLES ET TERRITORIALES DU DROIT PÉNAL

La délimitation du droit pénal romain, quant aux personnes et quant au territoire auxquels il s'applique, donne lieu à de grandes difficultés, parce que, d'une part, les documents ne nous renseignent pour ainsi dire pas sur ces questions importantes, et que, d'autre part, la formation de l'empire romain, très spéciale et profondément modifiée au cours des siècles, contrarie le développement logique des idées fondamentales. Le principe directeur en cette matière est celui de la distinction de la communauté romaine et de l'empire romain, c'est-à-dire de l'État particulier avec son territoire nettement délimité et son sol appartenant à des citoyens romains ou à la communauté elle-même et de la confédération dirigée par Rome, à laquelle appartiennent les villes et les États clients, reconnus autonomes par Rome en vertu d'un traité, mais qui lui sont unis par une alliance indissoluble et qui juridiquement sont sous sa dépendance.

Il y a délit pouvant donner lieu à l'application de la loi Justice d'empire. pénale romaine en cas de tort causé directement à la communauté, quels que soient la personne et le lieu, et dans les autres cas, à raison de la personne de la victime sans égard au lieu du délit, et inversement, à raison du lieu du délit sans égard à la personne de la victime.

(105) 1. Le délit dirigé directement contre la communauté ou l'empire de Rome est d'après la conception romaine une mauvaise guerre, une *perduellio*; peu importe que ce délit soit commis par un citoyen romain ou non, peu importe qu'il soit commis à l'intérieur ou en dehors du territoire romain. Nous avons précédemment (p. 85) montré que la mesure prise contre la communauté dépendante qui a plus ou moins participé à ce délit doit être, en sa qualité d'acte administratif, exclue du droit pénal. Mais nous avons précisément indiqué au même endroit, que tout événement de ce genre peut être également réprimé en vertu du droit pénal comme faute des particuliers, que dans chaque cas on a le choix entre les deux procédures et que celles-ci peuvent même être liées l'une à l'autre. Cette justice suprême de l'empire, sur laquelle nous revenons dans la Section II du Livre II, est principalement dirigée au début de la République contre les chefs des partis de l'indépendance dans les villes italiennes (1), dans la dernière période de la République et sous le Principat, contre les familles royales et princières, sujettes de l'empire, mais non soumises au gouverneur de province (2), et contre les citoyens des États appartenant à l'empire mais juridiquement autonomes. Elle a pour point de départ la répression de délits plus ou moins politiques (3), mais ne se restreint pas à ceux-là. A l'époque

(1) Parmi de nombreux cas de ce genre on peut indiquer celui de Vitruvius Vaccus, de Fundi (Tite-Live, 8, 20) et du samnite Brutulus Papius (Tite-Live, 8, 39), parce que dans la seconde affaire la livraison du cadavre, donc la privation des honneurs de la sépulture, et dans les deux cas la saisie et la confiscation du patrimoine révèlent clairement qu'il s'agit de la procédure de la *perduellio*.

(2) Le gouverneur de province sollicite les rois clients, tandis qu'il commande aux provinciaux. Cicéron (*Ad. Att.*, 6, 2, 7) intercède en faveur de Brutus auprès du roi Ariobarzane de Cappadoce, mais ce sont des ordres qu'il donne aux habitants de Salamine dans l'île de Chypre: *hos enim poteram coercere*.

(3) *St. R.*, 3, 652, 688 [*Dr. publ.*, 6, 2, 277, 318]. Festus, *v. postliminium*, p. 218: *cum populis liberis et cum foederatis et cum regibus postliminium ita nobis est ut cum hostibus*. C'est ainsi que le roi Archélaüs de Judée en l'an 6 après J. C. fut accusé par ses sujets auprès d'Auguste, parce qu'il s'était dans l'exercice de son gouvernement rendu coupable de cruautés et de manquements aux instructions qui lui avaient été données par cet

républicaine, les magistrats romains interviennent, conformément aux règles du droit pénal, bien au delà du domaine des délits politiques dans les cas de nécessité, notamment en cas de délit commis en masse. De même, l'autorité d'empire intervient sous le Principat à la suite de délits ordinaires (1), et même dans des procès non délictuels (2), au regard de personnes pour lesquelles il n'y a pas de tribunal compétent dans leur propre patrie. Il n'y a pas là d'abus, mais bien l'expression et l'usage de ce droit de souveraineté que les Romains ont exercé sur leur empire à l'époque républicaine comme sous le Principat (3). L'État Romain est un composé de villes et de principautés plus ou moins autonomes mais qui n'ont pas, même approximativement, des droits égaux; la puissance prépondérante exerce les mêmes droits qu'un chef de *domus*, et la dissolution d'une ville alliée ou la confiscation d'une principauté cliente, de même que la punition exceptionnelle d'une

empereur. Après une citation à comparaître et un débat judiciaire, il fut déposé et puni de la confiscation de son patrimoine et du bannissement (Josèphe, *Ant.*, 17, 13, 2 = 342-344. *Bell.*, 2, 7, 3 = 111). Une accusation du même genre fut portée devant Auguste contre le roi Archélaüs de Cappadoce (Dion, 57, 17) et le procès de ce roi fut fait par le Sénat sous Tibère (Dion, *loc. cit.*, Tacite, *Ann.*, 2, 42).

(1) Le prince comagénien Antiochus est sous Auguste condamné à mort par le Sénat à cause du meurtre d'un ambassadeur de son frère (Dion, 52, 43), Rhescuporis de Thrace, puis est sous Tibère condamné au bannissement par le Sénat à cause du meurtre de son frère (Tacite, *Ann.*, 2, 67). De même Auguste attire à lui une affaire de meurtre commis dans la ville libre de Cnide et acquitte l'accusé après une instruction faite suivant toutes les formes, notamment avec torture d'esclaves, par Asinius Gallus, alors proconsul d'Asie (Viereck, *Sermo Graecus*, p. 9, mais où l'éditeur n'a pas bien compris l'affaire, ni ma remarque *R. G.*, 5, 325 [*Hist. Rom.*, 10, 431]).

(2) La situation juridique de Rome dans l'empire romain ne s'est jamais manifestée d'une manière plus nette que dans le procès sur la succession à la couronne royale d'Égypte, qui a été tranché par César comme consul à Alexandrie en 706/48. *Controversias regum*, dit-il lui-même (*B. c.*, 3, 108), *ad populum Romanum et ad se, quod esset consul, pertinere existimans... ostendit sibi placere regem Ptolemaeum atque ejus sororem Cleopatram... de controversiis jure apud se disceptare*. *St. R.*, 3, 1197, n. 2 [*Dr. publ.*, 7, 420 n. 3].

(3) Aussi longtemps que les patriciens furent seuls considérés comme citoyens, la protection du droit a dû être accordée en même temps à leurs protégés, les plébéiens.

bande de meurtriers étrangers ou d'un prince coupable de crime, sont juridiquement assimilables au retrait par le père du pécule confié au fils et aux actes de discipline domestique.

Faits punissables, commis par l'étranger contre des Romains.

(107) 2. La loi pénale romaine est en outre applicable à tout fait punissable commis contre un citoyen de Rome et donnant lieu d'après elle à une action publique, sans qu'on ait à considérer la condition juridique de l'auteur et le lieu du délit. Le meurtrier d'un Romain est toujours considéré comme coupable au point de vue romain (1). Mais cette conception sera difficilement applicable au délit privé commis à l'étranger contre un Romain, surtout quand le délinquant sera un étranger.

Faits punissables, commis sur le territoire romain.

3. Tombe enfin sous l'application de la loi pénale romaine tout fait punissable d'après elle et commis sur le territoire romain, sans égard à la condition de la personne de l'auteur ou de la victime. Selon toute apparence, le droit originaire de Rome n'a pas connu cette règle fondamentale du droit public romain, à savoir le système territorial des délits. A une époque pour nous préhistorique, le meurtre n'a dû être puni par ordre de la communauté que si la victime lui appartenait comme citoyen, et le vol n'a dû être porté devant un tribunal arbitral romain que si le volé et le voleur étaient citoyens de Rome; il ne restait donc en cas de meurtre d'un non citoyen sur territoire romain, ou en cas de vol commis sur le même territoire par ou contre un non citoyen, qu'à se faire justice à soi-même. Mais la fixation des limites territoriales, qui remonte à une époque antérieure à celle où commence notre documentation, et l'établissement du peuple à titre sédentaire engendrent par la force même des choses un régime de protection juridique absolue de la vie et de la propriété à l'intérieur du territoire ainsi fixé, et met l'État dans la nécessité de demander compte de tout

(1) Les assassins des fils du consul (695/59) M. Bibulus, tués en Égypte, auraient dû être livrés de plein droit aux Romains par le gouvernement égyptien (Val. Max., 4, 1, 15). Les meurtriers étaient ici des soldats romains et l'extradition était d'autant plus nécessaire qu'un tribunal égyptien aurait pu difficilement les punir (p. 131). Mais les Romains avaient certainement le droit en pareil cas de demander aussi l'extradition d'assassins non citoyens.

fait punissable, commis sur le territoire romain, à l'auteur lui-même, s'il est une personne libre, au propriétaire, si c'est un esclave, sans rechercher la condition personnelle des délinquants ou de la victime. Dans le domaine du droit pénal public, l'application du principe territorial ne donnait lieu à aucune difficulté, parce que l'extension des pouvoirs du magistrat aux délits de ce genre commis contre des non citoyens dépendait uniquement de l'*arbitrium* des magistrats romains. Quant au délit privé commis par ou contre un non citoyen, l'admission de l'action, non pas en vertu d'une prescription légale, (*lege*) mais en vertu de l'arbitraire du détenteur de l'*imperium* (*imperio*), et la rédaction de la formule avec fiction du droit de cité pour les intéressés non citoyens (1) montrent de quelle manière on l'a fait entrer dans le domaine de la procédure romaine par jurés.

4. Le délit qui n'est pas dirigé contre la communauté romaine, ou qui ne cause pas un dommage à un citoyen romain, ou qui n'est pas commis sur le territoire romain, ne tombe pas sous l'application de la loi pénale romaine, à moins que, comme nous l'exposons plus loin, des exceptions aient été établies par un traité. (108)

Après avoir ainsi délimité le cercle des actes tombant d'après la conception romaine sous la loi pénale de Rome et pouvant par conséquent donner lieu à une action pénale publique ou privée conformément à cette loi, nous devons en outre faire remarquer que l'exercice de cette action a pour condition que l'auteur se trouve sous la puissance de la communauté romaine au moment où l'action est intentée, c'est à-dire ou qu'il soit citoyen de Rome, car celui-ci, partout où il se trouve, est soumis à la souveraineté romaine, ou qu'il sé-

Extradition du
coupable étran-
ger.

(1) Par exemple, Gaius, 4, 37: *quam ob rem, si civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret*. L'introduction de cette fiction dans la procédure ordinaire romaine remonte difficilement très haut, elle, se rattache peut-être à l'introduction de la préture pérégrine. Avant elle, de tels délits n'ont pu donner lieu entre citoyens et non citoyens ou entre non citoyens qu'à une protection judiciaire extraordinaire.

journe sur le territoire romain, car la soumission à la puissance publique romaine est nécessairement liée à ce séjour (p. 78). Donc, lorsque l'action pénale ne peut pas être intentée à Rome contre un non citoyen résidant à l'étranger qui, d'après la loi romaine, s'est rendu coupable d'un délit, l'État romain garde la faculté d'assurer la punition en faisant des démarches auprès du gouvernement étranger, sur le territoire duquel se trouve cette personne, pour obtenir l'extradition (*deditio*) du prétendu coupable. La demande de dédition, à laquelle se lie régulièrement au début de l'époque latine, en cas d'expéditions de rapine commises par des voisins, une demande en restitution du bien ravi (*rerum repetitio*) (1), n'est pas un acte rentrant dans le droit pénal, mais un acte administratif. Elle est ordinairement, vis-à-vis de l'État juridiquement indépendant, une déclaration de guerre conditionnelle (2), et, vis-à-vis de l'État juridiquement dépendant, un exercice de la puissance souveraine (3). Les magistrats romains ne sont pas obligés de faire la demande de dédition de la même manière qu'ils sont tenus d'exercer la justice pénale ; au contraire, une demande de ce genre a pour condition préalable l'examen de la question juridique de savoir comment les traités, qui éventuellement ont été conclus avec l'État en question, règlent l'extradition (4) ; et ceux-ci ont dû, abstraction faite de la perdue-

(1) Tite-Live, 1, 32 et ailleurs.

(2) Il suffit de rappeler l'extradition d'Hannibal réclamée des Carthaginois *in poenam foederis rupti* (Tite-Live, 21, 6, 8) et celle de son partisan Hamilcar (Tite-Live, 31, 11, 6) exigée sous menace de guerre. Autres cas : Tite Live, 3, 36, 8 ; Denys, 5, 72 et ailleurs.

(3) La loi de Romulus prescrit que, contre une ville alliée, la guerre ne peut être commencée que pour violation du traité, après avoir tenté d'assurer l'expiation en demandant l'extradition des coupables et une indemnité ; si les deux parties violent le traité par des rapines réciproques de voisin à voisin, la déclaration de guerre juste est celle qui est portée la première à l'autre partie (Denys, 3, 3). La dédition collective est aussi étendue expressément aux individus isolés (Tite-Live, 1, 32, 8).

(4) Denys, 5, 50, les messagers romains demandent des villes latines : τοὺς ἐνόχους τοῖς ἀδικήμασιν. ἐκδοῦναι σφίσι τιμωρίας ὑφείζοντας κατὰ τὸν νόμον. ὃν ἐν ταῖς συνθήκαις ὤρισαν ὅτε συγγεθῆεντο τὴν φιλίαν.

lion, contenir sur ce point des dispositions différentes (1). D'autre part, la demande d'extradition est une question d'opportunité et, dans certaines circonstances, une question de force. Juridiquement, l'acte est le même, qu'on sollicite du Sénat de Carthage la livraison de son général, du roi des Parthes celle des partisans de Pompée, ou des Massiliotes celle d'un exilé romain. Une demande de ce genre a pu sans doute être également formulée pour des délits non politiques; mais l'extradition de l'exilé n'a été réclamée que dans des cas exceptionnels. A l'époque républicaine, on s'est régulièrement abstenu de demander l'extradition dans ce cas, non seulement par égard pour les villes alliées, mais aussi parce qu'il rentrait dans les tendances de la justice pénale d'alors de substituer l'exil volontaire des citoyens coupables à l'exécution du droit pénal (p. 84). A l'époque impériale, au contraire, on mit fin à la procédure de l'exil, soit en formant la demande d'extradition, soit en traitant simplement la ville alliée comme une ville sujette (2). Les autorités répressives ne s'occupent pas comme telles de la demande d'extradition, ce soin appartient plutôt exclusivement au gouvernement proprement dit; à l'époque républicaine notamment, il incombe au consul et au sénat. Lorsque la demande a été formée et couronnée de succès, le coupable extradé est jugé d'après la procédure romaine; celle-ci, comme il s'agit ici toujours de non citoyens et le plus souvent de cas de perduellion, a ordinairement lieu dans la forme de la coercition capitale des magistrats.

Ces règles fondamentales ont été maintes fois modifiées en faveur des Romains par suite de l'hégémonie de ces derniers et des traités dans lesquels elle s'exprime. Nous connaissons peu les détails de ces modifications; fussions-nous mieux ren-

(110)
Modifications
par traités.

(1) Les traités déterminent vraisemblablement en première ligne dans quelle mesure l'extradition peut être demandée pour des délits non politiques ou peut être écartée par la justice de la patrie du coupable.

(2) Proculus (sous les Claudes), *Dig.*, 49, 15, 7, 2: *fiunt apud nos rei ex civilatibus foederatis et in eos damnatos animadvertimus*. Cpr. p. 83 et *St. R.*, 3, 703 [*Dr. publ.*, 6, 2, 336].

seignés, nous découvririons vraisemblablement à côté des tendances générales beaucoup de règles divergentes; nous pouvons cependant indiquer dans une certaine mesure les directions suivies.

1. La procédure romaine de *perduellio*, dont nous avons déjà parlé, c'est-à-dire le droit pour Rome, puissance prééminente, de faire dans toute l'étendue du territoire soumis à son autorité comparaitre devant un tribunal romain tout particulier, surtout lorsque celui-ci est coupable d'une offense vis-à-vis de Rome ou de la confédération, est l'expression nécessaire et l'instrument le plus énergique de l'hégémonie de Rome. Il arrive bien dans ce cas que la patrie du coupable sollicite la puissance maîtresse de lui laisser le soin de punir (1); mais les Romains n'ont probablement dans aucun traité d'alliance renoncé d'une manière générale à l'application de leur propre droit pénal. Par contre, le droit reconnu comme privilège personnel au citoyen d'une ville latine de recourir par la *provocatio* aux comices romains (2), est accordé, non pas exclusivement, mais principalement en vue du procès de *perduellio*. — Nous ne savons pas comment on a procédé, lorsqu'un Romain a offensé ainsi une cité confédérée, lorsque, par exemple, il a pris part à une insurrection. Une telle conduite n'est pas restée impunie, mais il paraît difficile que les Romains se soient obligés par traité à l'extradition d'un tel coupable et qu'ils aient transmis de cette manière la faculté de juger aux autorités de la ville confédérée; il est beaucoup plus vraisem-

(1) Un des cas les plus fréquents de *perduellio*, dont il est question ici, est l'entrée d'un citoyen d'une ville fédérale dans une armée qui fait campagne contre les Romains (Tite-Live, 6, 6, 5. c. 40, 7. 8, 23, 5). Les Latins (Tite-Live, 6, 47, 7) demandent en vain dans un tel cas qu'on leur envoie ces troupes, *ut suis legibus in eos animadverterent*; les habitants de Céré (Tite-Live, 7, 20, 7) laissent aux Romains le choix: *eos seu dedi placeat, dedere se paratos esse, seu supplicio affici, daturus poenas*.

(2) *St. R.*, 3, 63; [*Dr. publ.* 6, 2, 257]. La *lex repetundarum*, du temps de C. Gracchus, l. 78, donne comme récompense au citoyen d'une ville de droit latin, qui a triomphé dans le procès de concussion, le choix entre le droit de cité romaine et le droit de *provocatio* aux comices romains.

blable que dans ce cas comme dans le cas suivant le délit a été renvoyé à titre exceptionnel à la justice romaine.

2. Lorsque les règles fondamentales de la procédure pénale publique sont appliquées uniformément à Rome et aux villes autonomes alliées, le citoyen romain qui assassine un habitant de Préneste est soumis de ce chef au pouvoir répressif de Préneste et à celui-là seul, si le crime a été commis en dehors du territoire romain ; si le coupable séjourne à Rome, la communauté de Préneste peut faire une demande d'extradition. Mais il est probable que les Romains se sont efforcés de bonne heure, déjà au regard des Latins et bien plus encore au regard des États autonomes de nationalité différente, d'organiser le procès délictuel comme le procès non délictuel, de telle façon que le citoyen romain ne pût être cité devant aucun tribunal de Préneste et que son extradition ne pût être demandée, donc qu'il ne reçût justice que des autorités romaines (1) ; un pareil résultat était particulièrement important pour les procès criminels, puisque le Romain jouissait alors de la *provocatio*. Il en résultait une extension du champ d'application de la procédure pénale romaine, puisque le délit commis à l'étranger par un citoyen romain contre un non citoyen était ainsi réprimé par la justice romaine.

(111)

3. Lorsque d'après ces règles fondamentales l'étranger coupable d'un délit public contre un Romain ne peut pas être puni

(1) Lorsque l'autonomie de l'île de Chios fut confirmée en 674/80 par le Sénat dans la mesure *ἐπιπρος... οι παρ' αυτοις εντες* 'Ρω[μαίοι] τοις χειρων δια κοδωσων νόμοις (C. I. Gr., 2222), il put y avoir là une faveur exceptionnelle, et il y en a eu certainement d'autres de ce genre. Mais la question se pose sans doute aussi de savoir si les lois pénales de Chios, notamment les lois pénales publiques, sont comprises dans cette reconnaissance d'autonomie. (St. R., 3, p. 702, n. 2, p. 706, n. 2 [Dr. publ., 6, 2, 333 n. 3, 339 n. 3]). Lorsque le citoyen romain Paul fut conduit devant l'Aréopage d'Athènes (Act. Ap., 17), il n'y avait là que l'introduction d'un procès auquel on ne donna pas suite. Cela ne prouve donc pas le droit pour l'Aréopage de punir un citoyen romain par voie de procédure criminelle. D'autre part, on ne peut reconnaître dans les cas où des villes grecques sont punies pour avoir exercé la justice criminelle contre des citoyens romains (St. R., 3, 687 [Dr. publ., 6, 2, §17], si le droit de répression leur faisait défaut ou si elles l'ont mal exercé

dans sa patrie, mais seulement à Rome après extradition, il est bien probable que, notamment dans l'ancien temps, des traités ont assez souvent exclu dans ce cas la *deditio* et lui ont substitué la répression par les tribunaux de la patrie du délinquant. Mais inversement, l'extradition, à laquelle est subordonnée l'exercice de la procédure pénale romaine, a pu être facilitée vis-à-vis des États dépendants par un traité et se transformer d'une demande d'assistance adressée à un ami et allié en un ordre administratif. Quant à la concurrence de la répression romaine avec celle de la patrie du coupable, elle a dû être tout spécialement écartée par voie de traité.

(112) 4. Le développement de la ligue Latine sur le fondement de la communauté de nationalité et les traités qui s'y rattachent plus ou moins ont assimilé aux actions non délictuelles les actions nées de délits privés et les ont en général renvoyées au tribunal du domicile du défendeur, de telle sorte que le Romain volé par un habitant de Préneste, portait son action à Rome ou à Préneste, suivant que le voleur habitait ici ou là. La situation privilégiée, à laquelle les Romains prétendirent à cet égard notamment dans les provinces et qui amena la création des tribunaux des gouverneurs de province, présente un caractère plus général et est surtout indiquée à propos de la théorie des actions personnelles, bien qu'elle ait également son importance pour les obligations délictuelles ; nous n'avons aucune raison pour en faire un exposé spécial en droit pénal.

DIVERSITÉ ET UNIFICATION DES DROITS DANS L'EMPIRE ROMAIN

D'une ligue de cités organisées en un tout homogène l'empire romain est devenu un État unitaire. Il n'y a pas eu d'opposition absolue entre les deux stades de l'évolution, la transformation s'est produite peu à peu. Dans l'ancienne organisation qui l'emporte à l'époque républicaine et pendant les deux premiers siècles de l'époque impériale, il y a une loi d'empire ; dans l'organisation postérieure de la cité on trouve des réminiscences de l'époque originaire, où Rome était un État. Notre connaissance de ce développement politique qui s'accomplit avec des particularités infinies pendant de nombreux siècles et s'étend à trois parties du monde est plus qu'imparfaite et elle est encore plus défectueuse pour le droit pénal que pour les autres domaines ; il est cependant nécessaire pour fixer la notion du droit pénal romain de jeter un regard sur ces parties de l'empire romain, dans lesquelles jusqu'à l'époque de la décadence du Principat ce droit pénal n'a pas trouvé d'application ou n'en a trouvé que d'une manière restreinte.

Droit d'empire
et droit
municipal.

Il n'est pas besoin d'explications spéciales pour prouver qu'il ne peut être question d'une procédure pénale en dehors des limites de l'empire vis-à-vis des pays étrangers non soumis (1).

(1) Un traité peut, en réglant les relations commerciales (*St. R.*, 3, 600 [*Dr. publ.*, 6, 2, p. 217]), établir aussi qu'en cas de violation du traité il n'y

(114) La ligue des villes latines, point de départ de l'empire romain, embrasse les villes du Latium déjà unies entre elles par les liens d'une communauté préhistorique et par l'identité de nationalité; chacune d'elles, ainsi que nous l'avons expliqué dans la Section précédente, est certainement limitée dans la plénitude de ses pouvoirs par les traités qu'elle a conclus avec Rome, mais elle demeure cependant un État souverain avec sa législation particulière et avec son organisation juridique et pénale propre. Sur ce modèle, on rattacha d'abord aux villes latines les autres cités de l'Italie, puis les cités provinciales, qu'elles fussent helléniques, hellénisées ou latinisées. On déplaçait ainsi le vieux fondement national et substituait à la ligue latine l'empire bilingue; c'était le premier pas vers la dernière phase de l'empire romain, vers le byzantinisme. Le fondement juridique de l'Empire est cependant resté en substance le même. L'empire repose sur l'autonomie municipale, sans qu'on distingue si cette autonomie est garantie conformément au droit public dans la forme d'un traité ou si elle est simplement permise jusqu'à nouvel ordre par la puissance prééminente. Le territoire de Préneste appartient aux Prénestins, celui de Syracuse aux Romains; mais l'autonomie reconnue aux Prénestins par un contrat juré compète également aux Syracusains en vertu d'un précaire et aussi longtemps qu'elle ne leur est pas retirée et les conséquences de cette autonomie sont identiquement les mêmes pour les citoyens des deux villes: il y a à Syracuse comme à Préneste des mariages et des affranchissements valables en droit et même reconnus à Rome. Chacune de ces villes a, rigoureusement parlant, un droit indépendant et même une législation propre; à l'époque de Septime Sévère, le sénat et l'assemblée

Le domaine
juridique des
cités.

a pas à se faire justice à soi-même, mais que des négociations doivent avoir lieu entre les deux États sur ce point (ce procédé est visé par le traité de Carthage chez Polybe, 3, 24, 10: δημοσίον γινέσθω τὸ ἀδικημα), de même qu'en cas de vente et d'achat l'État agit comme créancier et débiteur (le même, 3, 22, 9: δημοσία πίστοις ἐπειδέσθω τὰ ἀποδομένα). Mais ces actes n'appartiennent ni au droit civil ni au droit pénal, ils rentrent dans l'administration et sa justice fiscale.

des citoyens de la ville de Mylasa en Carie ont encore promulgué une loi sur le change qui contient quelques dispositions de droit pénal (1).

On trouve aussi des principautés qui furent rattachées dans les mêmes conditions à l'empire et dont les seigneurs ont gardé le pouvoir législatif et la souveraineté judiciaire, quoique par l'union de leur territoire ils passaient personnellement sous la juridiction des autorités romaines (p. 122, n. 3, p. 123, n. 1). Lors de la suppression du gouvernement de ces princes, peu en harmonie avec l'organisation générale de l'Empire, le territoire fut ordinairement divisé en circonscriptions municipales; en Égypte seulement, où la constitution municipale hellénique ne s'était pas implantée, l'empereur romain maintint pendant des siècles le fonctionnement de l'ancien gouvernement et de l'ancienne justice royaux par l'intermédiaire du vice-roi et des autres autorités usitées dans ce pays. (115)

Il y avait donc en droit strict dans l'empire romain autant de circonscriptions législatives et autant de droits pénaux qu'il y avait d'États autonomes ou quasi autonomes; la circonscription juridique des citoyens romains, celle du *jus civile*, était la plus éminente et la plus étendue; mais celles de Préneste, d'Athènes, même celles de Syracuse et d'Égypte occupaient en substance le même rang qu'elle.

Ces législations, distinctes en la forme, étaient sans contredit dans une large mesure identiques quant au fond. Sans aucun doute, le droit romain est par origine non un droit municipal, mais un droit national, et il est difficile qu'il y ait eu notamment en droit pénal des différences profondes entre Rome et Préneste. Les innovations réalisées par la loi des XII Tables en cette matière, n'ont pas pu passer *de plano* dans le droit

Rapport des
droits
municipaux
italiques avec
le droit romain.

(1) Th. Reinach, *Bull. de Corr. Hell.*, 20 (1896), p. 523 et sv. La loi est désignée comme ψήφισμα τῆς βουλῆς καὶ τοῦ δήμου] et commence par les mots: ἐδόχθαι τῇ [βουλῇ καὶ τῷ δήμῳ]. Il n'y est pas question d'une confirmation par le gouverneur de province ou l'empereur (car les mots διὰ [τὴν κ]αὶ... αὐτοκρατόρων... τυγχόν qu'on trouve dans les fragments de l'introduction n'établissent pas cette confirmation); fût-elle d'ailleurs nécessaire, l'autonomie aurait été par là restreinte, mais non supprimée.

des autres cités latines ; c'est ainsi que la suppression du talion prononcée par cette loi pour le cas de rupture d'un os (p. 71) n'a pas été admise par les autres villes latines (1). Mais les plus importantes différences se sont peu à peu atténuées et les cités, que Rome a dotées plus tard d'une indépendance conforme à celle qui est garantie par la ligue, et qui par leur nombre et leur importance dépassent de beaucoup les anciennes villes latines, ont certainement emprunté principalement leur droit municipal à Rome, quoiqu'il soit nominale-ment désigné comme latin. On peut trouver la preuve de l'influence prépondérante exercée par le modèle romain sur les organisations municipales à l'époque de l'autonomie italique dans la loi sur le tribunal populaire de la ville de Bantia en Lucanie, qui n'est pas même unie à Rome par la communauté de langue : le système romain des quatre dénonciations, établi nécessairement par une loi positive, y est reproduit sans différences essentielles (2). Nous n'avons presque pas de dates positives pour refaire cette histoire ; mais nous pouvons conclure du silence des documents que, notamment sur le terrain du droit pénal, il n'y a pas de différences marquantes entre le droit de Rome et celui des villes latines ou latinisées de l'empire.

Les droits municipaux de la moitié grecque de l'empire.

Il en est autrement pour les villes de nationalité grecque et pour les villes et États de la partie orientale de l'empire, dominés par l'influence grecque ; de même que le latin est toujours resté pour eux une langue étrangère, ils ne se sont jamais approprié le droit de la ville souveraine. Il y a eu difficilement dans l'empire romain un droit grec commun à plusieurs peuples, à la manière du droit romain (3), et il faut pour

(1) Caton in *III originum* chez Pricien, p. 709 Putsch.

(2) Bruns, *Fontes* ², p. 51 [Girard, *Textes* ², p. 28]. On compte ici on comprenant la citation cinq ajournements et il y a pour le *trimumdinum* un délai de trente jours.

(3) *Reichsrecht und Volksrecht* (spécialement p. 61 et sv.) de Mitteis est incontestablement parmi les recherches qui ont été faites à notre époque dans le domaine de l'ancien droit une des meilleures et des plus utiles ; mais il est plus facile de la louer que de l'approuver dans ses résultats fondamentaux. Il est difficile d'admettre l'existence d'un droit grec posi-

cette partie de l'Empire considérer toute circonscription juridique autonome comme formellement indépendante. En tout cas, les règles qui y sont appliquées sont souvent essentiellement différentes de celles du droit romain. Cette divergence se manifeste notamment dans le droit des personnes, qui suppose comme condition indispensable un droit de cité positif. Cela s'applique surtout au mariage (1); le mariage des frères et sœurs consanguins a été permis à Athènes (2) et celui de tous les frères et sœurs a été en général autorisé en Égypte (3) jusqu'au deuxième siècle après Jésus-Christ. De même, dans cette partie de l'empire, la puissance paternelle (4), (117) l'affranchissement (5), le testament (6), la tutelle (7) parais-

tif à l'intérieur de l'empire romain; car la base constitutionnelle indispensable pour la formation d'un droit positif fait ici défaut; bien plus cette hypothèse est exclue par le principe supérieur du gouvernement romain, d'après lequel on peut bien permettre à l'intérieur de l'empire romain l'autonomie de villes prises isolément, mais non pas des organisations politiques plus importantes de même nature que l'État. La concordance de fond de nombreuses règles qui s'écartent du droit romain, dont aucune n'appartient au droit pénal, ne peut être attribuée qu'à une communauté de vie politique antérieure ou qu'à la prépondérance de la civilisation grecque qui se manifeste spécialement dans le commerce d'argent et dans le commerce en gros.

(1) Gaius, 1, 92.

(2) Sénèque, *Lud.*, 8: *Athenis dimidium licet* (par rapport au mariage de frères et sœurs) *Alexandriae totum*. « Plutarque (*Themistocl.*, 32) mentionne encore un cas certain de mariage de frère et sœur avec cette seule addition οὐκ ὄν δημοῦργος sans exprimer aucune critique. Lorsque les sophistes relèvent un inceste entre frères et sœurs ils supposent que ceux-ci ont la même mère, ainsi pour les enfants d'Aiolos (Aristophane, *Nubes*, 1371; mais non chez Homère). Dans le mariage de Ptolémée avec sa sœur la seule chose qui éveille les scrupules c'est qu'Arsinoé est la fille de Bérénice; le fait qu'elle a épousé auparavant son demi frère n'avait soulevé aucune difficulté » Wilamowitz.

(3) Sénèque (n. 3). Les documents du temple d'Arsinoé de l'année 189 ap. J.-C., (Wilcken, *Sitz. Ber. der Berliner Akademie*, 1883, p. 903) mentionnent de nombreuses sœurs qui épousèrent leurs frères, parmi lesquelles une τὴν τούτου γυναῖκα οὖσαν αὐτοῦ δημοῦργον καὶ δημοῦργον ἀδελφόν.

(4) Gaius, 1, 55.

(5) Le préteur protège celui qui a été affranchi par un pérégrin, et μὴ ἄλλως νόμῳ Ἑλληνικῷ χειρογραφηθῆ (Dositheé, *Ir. de manum*, 12).

(6) Ulpien, 20, 14; *qui dediticiorum numero est, ... nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis est, ut secundum leges civitatis suae testetur*.

(7) Cicéron, *Pro Flacco*, 30, 74: *tutor his Graecorum legibus adscribendus fuit*. Gaius, 1, 193.

sont avoir été organisés d'une manière indépendante. Il en est ainsi pour tous les domaines juridiques, par conséquent aussi pour le droit pénal. L'aréopage athénien a encore, à l'époque impériale, puni au criminel un falsificateur (1); à Sparte, la législation de Lycurgue (2), et en Sicile, le droit pénal des différentes cités, même celui des villes sujettes (3), furent encore appliqués sous la domination romaine. Il n'est pas possible qu'il n'y ait pas eu des divergences matérielles entre ces différents droits pénaux, bien que nous soyons peu renseignés sur ce point; on peut conjecturer que, pour les délits de religion, les droits locaux ou les coutumes juridiques des pays grecs et orientaux ont été en rapport avec le puissant fanatisme qui y régnait et ont dépassé de beaucoup la modération du droit d'empire. — Tout ce qui nous a été transmis dans cet ordre d'idées, soit le droit pénal athénien ou spartiate, soit toutes les autres indications de même nature que nous rencontrons (4), n'appartient pas par principe au droit pénal romain.

(118) En face de cette grande variété de législations reconnues dans l'empire romain, les autorités romaines avaient pour mission de les appliquer toutes également, chacune dans leur

les tribunaux
romains
et le droit
non romain.

(1) Tacite, *Ann.*, 2, 55. Val. Max., 8, 1, *Amb.*, 2. De même, lorsque l'apôtre Paul fut conduit devant l'Aréopage, il y avait là le commencement d'un procès criminel, qui fut abandonné, vraisemblablement à cause de la qualité de citoyen romain de l'accusé (p. 129, n. 1). C'est à cela que se rapporte aussi la mention d'Athènes chez Théodoret (p. 144, n. 1).

(2) Néron ne pénétra pas à Sparte, parce que les lois de Lycurgue contredisaient ses principes (*προαιρεσις*) (Dion, 63, 14); c'est donc qu'elles étaient encore en vigueur. Théodoret (p. 144, n. 1) nomme aussi cette ville.

(3) Cicéron, *Verr.*, 1, 2, 37, 90.

(4) Au nombre de ces indications figurent par exemple dans Cicéron, *Pro Balbo*, 18, 42 la punition de l'accusateur de Balbus par le Sénat (car c'est pour cela qu'il est mentionné ici) à des peines pécuniaires et autres (*multa et poena*), ce qui ne se concilie pas avec les règles du droit romain; et, dans le statut de Mylasa (p. 133, n. 1) du temps de Septime Sévère, l'action tendant à l'application d'une amende pour délit de falsification de monnaie, qui était porté par *προσαγγελία* devant la *βουλή*. La distinction que le droit d'Alexandrie fait au point de vue de la peine des verges entre les Grecs et les Égyptiens (Philon, *Adv. Flacc.*, 10) est bien analogue, mais non pas conforme aux prescriptions romaines.

circonscription. Il n'y avait à cet égard, du moins en principe, aucune différence entre les organes de l'Empire et les autorités locales ; la validité d'un testament romain pouvait être débattue devant un tribunal attique, celle d'un testament attique devant un tribunal romain, et l'exacte application des droits personnels créait en fait, sinon en théorie, des difficultés au tribunal saisi.

Mais dans les autres parties du droit, notamment en matière de délits, les tribunaux avaient nécessairement besoin, déjà pour cette seule raison que les parties en cause avaient souvent un état juridique différent, d'un droit semblable au droit civil positif, qui ne se restreignît pas comme celui-ci aux citoyens romains et qui s'appliquât à tout sujet de l'empire ; ce droit fut suivant la désignation romaine le « droit des gens » ou *jus gentium*. Celui-ci a son point de départ dans la magistrature du préteur urbain de Rome et a vraisemblablement gardé son indépendance, lorsque vers l'époque de la guerre d'Hannibal on donna au tribunal de Rome un second magistrat, réservant au premier les procès concernant les Romains et les Latins, et attribuant au second les procès dans lesquels figurent des parties non romaines ou jouissant de droits personnels différents. Cette séparation d'un caractère purement externe ne s'est pas renouvelée dans la suite ; abstraction faite de la ville de Rome, les deux parties ont été communément renvoyées au même magistrat. Mais elle a exercé dans le développement postérieur du droit romain une influence essentielle sur le fond même de ce droit. Ce n'est pas le lieu de rechercher ici quel fut le domaine réservé au procès purement romain, ni quelles furent les transformations et les extensions subies par les institutions romaines dans leur transfert à un groupe plus étendu ; nous n'avons ici qu'à tirer les conséquences du principe, d'après lequel la notion de délit, soit public, soit privé, a été établie non pas pour le citoyen seul, mais pour l'homme en général. Même en cas de perduellion le droit traite de la même manière le citoyen et le non citoyen (p. 122) ; en cas de meurtre, d'incendie volon-

Le *Jus Gentium*
en matière
délictuelle.

taire, de vol, de dommage causé à la chose d'autrui on recherche uniquement s'il y a une faute morale, sans s'inquiéter de la condition personnelle du coupable. Sans doute, la législation en matière de délit, de procès et de peine vise surtout le citoyen ; mais les règles qui sont établies de cette manière n'ont qu'exceptionnellement besoin d'une adaptation pour être appliquées aux non-citoyens. La perquisition à domicile, usitée en cas de vol et à laquelle se lient des actions spéciales, n'est vraisemblablement pas passée dans l'édit du préteur pérégrin ; et si autrefois le préteur urbain nommait toujours pour prononcer la sentence un seul juré, tandis que le préteur pérégrin désignait toujours des récupérateurs, ce qui à vrai dire n'est qu'une conjecture, il est possible que des divergences de fond se soient rattachées à cette différence de pratique même dans les procès délictuels. Dans les lois qui nous sont parvenues nous ne trouvons pas de telles divergences. Même lorsque le droit pénal traite d'institutions qui appartiennent exclusivement au droit des personnes, comme le testament et le mariage, il peut aisément réaliser une généralisation du délit ; car ces institutions se retrouvent dans les autres législations de l'empire comme en droit romain. Nous ne savons pas si le délit de faux en matière de testament s'est restreint au début au testament romain ; en tout cas, dans nos sources juridiques il se présente comme s'appliquant au testament en général. Lorsque l'adultère fit l'objet d'une répression criminelle, on ne lui donna pas comme base le mariage du droit civil romain, mais une notion plus large qui embrassait tous les mariages pérégrins. Les documents ne nous parlent pas de *jus gentium* à propos des prescriptions sur les délits ; la seule raison en est que les règles étroites et formalistes du droit civil ne s'appliquent pas en général à cette matière. Cette conjecture est confirmée par une exception ; en effet, l'inceste n'est qualifié de délit d'une application générale par le droit commun aux différents peuples ou *jus gentium*, qu'autant que la peine qui le réprime est fondée en morale.

Le gouvernement romain a supporté en principe pendant de longs siècles la grande diversité des statuts juridiques existant à l'intérieur de l'empire et dont les autorités romaines avaient suivant les circonstances à permettre ou à faire l'application. Il n'a nullement été privé du droit d'opérer une unification par la législation d'empire et il en a fait usage dans d'autres branches du droit (1); mais il y eut, à notre connaissance, peu de mesures de ce genre pour le droit pénal à l'époque républicaine (2) et le Principat lui-même, si riche par ailleurs en dispositions rendues pour tout l'empire, ne nous offre ici que de rares exemples de prescriptions aussi générales.

Tolérance du
gouvernement
romain vis-à-vis
des
droits locaux.

(120)

Sous l'action simultanée de deux causes : restrictions prudentes et spontanées dans l'exercice du droit de souveraineté et sentiments de crainte mêlés d'indolence vis-à-vis de toute réforme empiétant sur l'autonomie (3), la pensée dominante du gouvernement romain a été, sous la République comme

(1) *St. R.*, 3, 619. 693 [*Dr. publ.*, 6, 2, 241. 325].

(2) Si le sénatus-consulte de 568/186 sur les Bacchanales défend à tous les sujets de l'Empire de prendre part à ces manifestations rituelles (*Bacchanalia ne quis adiese velet ceivis Romanus neve nominus Latini neve socium quisquam*) et décrète *rem capitalem faciendam* vis-à-vis des contrevenants et si cette résolution du Sénat est affichée publiquement dans toutes les communautés dépendantes, cela ne peut pas avoir d'autre signification que d'imposer à chaque ville la modification de son droit pénal conformément à ces principes, dans la mesure où cela est nécessaire.

(3) La preuve la plus remarquable de la tolérance montrée par l'Empire, même vis-à-vis des institutions contraires au droit romain, nous est donnée par la procédure capitale juive. Origène (*Ad Africanum* 14) nous rapporte d'après des observations personnelles qu'à son époque l'ethnarque exerçait sur les juifs de Palestine une puissance de fait égale à celle des anciens rois : γίνετα δὲ καὶ κριτήρια λεληθώς κατὰ τὸν νόμον καὶ καταδικάζονται τινες τὴν ἐπὶ τῷ θανάτῳ οὔτε μετὰ τῆς πάντῃ εἰς τοῦτο παρόρησίας οὔτε μετὰ τοῦ λαυθάνειν τὸν βασιλεύοντα. *Sermo legis*, dit-il ailleurs (dans le commentaire de la lettre aux Romains d'après la traduction de Rufinus, p. 6, c. 7, p. 578, éd. Maur.) c'est-à-dire le droit juif *homicidam punire non potest nec adulteram lapidare, haec enim sibi vindicat Romanorum potentia*. Cette justice des ethnarques est le vieux droit pénal royal d'après lequel le Christ a été jugé, elle disparut en droit avec la chute de la nation juive. Elle peut sans doute avoir recouvré sous les ethnarques ou patriarches une situation analogue à celle du droit municipal; mais la juridiction capitale n'appartenait pas aux magistrats municipaux.

sous le Principat, que la loi morale consacrée par l'État, c'est-à-dire le droit pénal, n'a pas nécessairement autant besoin d'unité que l'empire lui-même et qu'un mariage punissable d'après le droit romain peut être toléré comme mariage athénien. Il est néanmoins vraisemblable que le gouvernement est plus souvent intervenu contre les droits locaux que ne le laissent entrevoir les documents, particulièrement pauvres en renseignements sur ce point. C'est bien en partie à des considérations de ce genre que nous devons la limitation de la juridiction capitale des cités autonomes par le droit de confirmation auquel prétendaient les magistrats romains investis de l'*imperium*, limitation à mentionner à propos du tribunal du gouverneur de province et qui remonte au moins aux débuts du Principat. A cet ordre d'idées appartient certainement l'extension de la notion de meurtre aux sacrifices humains permis par certains droits locaux, qui eut lieu pour la Gaule sous la dynastie Julia-Claudia (1), pour les Cypriotes sous Hadrien (2), pour les Africains, à ce qu'il semble, au deuxième siècle après Jésus-Christ (3). En outre, sous Antonin le Pieux, on interdit au propriétaire de tuer son esclave et on abroge les dispositions contraires des lois particulières (4). Sous Dioclétien, il semble que la polygamie soit interdite à tous les sujets de l'Empire (5). Quant à la constitution d'Ha-

(1) Pline, *H. N.*, 30, t, 13. Suétone, *Claud.*, 25.

(2) Lactance, *Inst.*, 1, 21.

(3) Tertullien, *Apol.*, 9 : *infantes penes Africam Saturno immolabantur palam usque ad proconsulatum Tiberii* (ainsi dans le manuscrit). Comme pour appuyer son affirmation il en appelle au témoignage de la *militia patriae nostrae*, on est porté à conjecturer qu'il pense ici à son père, un *centurio proconsularis*.

(4) Galus, 1, 53 : *hoc tempore neque civibus Romanis neque ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire; nam ex constitutione imp. Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri jubetur quam qui alienum servum occiderit.*

(5) Tandis que Valérien répond en 258 dans un rescrit (*Cod.*, 9, 9, 18, pr.) : *cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur*, Dioclétien décrète (*Cod.*, 5, 5, 2) en 285 : *neminem qui sub ditione sit Romani nominis, binas uxores habere posse vulgo patet, cum et in edicto praetoris hujusmodi viri infamia notati sint : quam rem competens iudex inultam esse non patietur.* Cette pres-

drien contre l'inhumation dans les villes, les jurisconsultes postérieurs l'interprètent en ce sens qu'elle supprime tous les statuts particuliers contraires, parce que le droit d'empire abroge les droits locaux (1). — Cette règle a été en vigueur à toutes les époques; mais ce n'est qu'avec la réception du christianisme comme religion d'État sous Théodose I^{er} que la législation a principalement tendu à faire pénétrer chez les sujets de l'Empire, en même temps qu'une même croyance, une notion de moralité étroitement unie à celle-ci et la même pour tous, et s'est efforcée par suite de modifier en ce sens le droit pénal, allant même jusqu'à soumettre autant que possible les sujets non chrétiens de l'empire aux prescriptions chrétiennes adoptées par l'État. Les conséquences de ce système seront développées plus loin, en particulier à propos du droit du mariage (2) et surtout à propos du nouveau crime d'État, l'hérésie.

Mais ce n'est pas par la législation d'empire, dont le champ d'application a toujours été limité et qui à l'époque postérieure n'a jamais réglé que des questions isolées, que le droit romain est devenu en principe dans la suite un droit général d'empire. Cette réforme s'est réalisée par l'extension continue du droit de cité romaine, qui finalement a appartenu à tous les citoyens des villes de l'empire. (122)

Nous aurons à montrer dans le Livre suivant, à propos de la juridiction municipale, à quelle époque tardive et avec quelles hésitations les Romains en sont arrivés à admettre une ville de citoyens dans l'État de citoyens. Tandis que l'établissement de cours de justice extra-urbaines ne soulevait pas de critiques graves, il leur semblait que la constitution d'un

Unification
du droit par suite
de l'extension
du droit de cité
romaine.

cription appliquée aux Juifs par Théodose I^{er} (*Cod.*, 1, 9, 7) est donc au moins plus vieille théoriquement

(1) *Dig.*, 47, 12, 3, 5; *cpr.*, *Vita Pii*, 12.

(2) La faculté accordée jusque-là en Égypte à la femme mariée d'épouser le frère de son mari décédé, lorsque son mariage avait été conclu mais non consommé, fut supprimée par Zénon et on y introduisit aussi la règle d'après laquelle le simple consentement suffit à la pleine validité du mariage (*Cod.*, 3, 5, 8).

groupe de citoyens organisé sur le modèle de l'État global avec une juridiction indépendante et des comices spéciaux, donc avec une souveraineté judiciaire et un pouvoir répressif propres, formait un État dans l'État et était au point de vue juridique une contradiction en soi et au point de vue politique un danger. Pendant des siècles la domination romaine ne s'est étendue que de deux manières : d'une part, par l'incorporation de la cité vaincue à la cité romaine, qui se réalisait le plus souvent au début par la destruction des murs de la cité dissoute et le transport de ses habitants à Rome, et qui eut lieu plus tard par la constitution d'établissements de citoyens sans droit municipal, et, d'autre part, par la formation déjà mentionnée (p. 133) d'un État confédéré avec son droit de cité propre et une souveraineté limitée. En principe, ce n'est qu'après la Guerre Sociale que le gouvernement romain a consenti à admettre des communautés de citoyens autonomes et à fonder sur cette base le nouveau droit public. La conséquence nécessaire de cette réforme était l'unification du droit (1). Elle n'exclut évidemment pas l'établissement de droits locaux, elle l'implique bien plutôt en partie, même en droit pénal. L'organisation d'une ville de citoyens sur le modèle de Rome exige des dispositions analogues à celles de Rome pour le péculat commis vis-à-vis du patrimoine de la communauté et pour l'*ambitus* en matière de brigues des magistratures municipales. Dans d'autres domaines moins importants, on a laissé le champ libre à l'arbitraire de l'assemblée des citoyens ; des règles particulières pouvaient être maintenues ou introduites en matière d'inhumation (p. 144, n. 4) ou dans les questions religieuses (2) sans préjudicier au principe de

(1) *St. R.*, 3, 811 [*Dr. publ.*, 6, 2, 461].

(2) Sénèque, *Quaest. nat.*, 4, 7 : *decuriones judicia reddebant in illos, quibus delegata erat cura providendae tempestatis, quod negligentia eorum vineae vepulassent aut segetes procidissent*. Le droit pénal romain ne connaît pas comme celui d'Ulubres un crime consistant à négliger de conjurer la pluie. De même, la procédure criminelle d'indignité, possible contre le décurion d'après la *lex coloniae Genetivae*, ne se rencontre pas en droit romain.

l'uniformité juridique. Mais celle-ci elle-même était indispensable. Les sacrifices humains des Gaulois ont déjà été interdits aux citoyens romains par Auguste ; ils n'ont été prohibés d'une manière générale que plus tard (p. 140, n. 1 ; p. 140, n. 3, 4). Toute admission d'une communauté préexistante dans le groupement des citoyens romains, de même que toute constitution d'une nouvelle communauté de citoyens, implique par conséquent la révision du droit municipal en vigueur ou l'établissement d'un nouveau statut local. Nous reviendrons dans le Livre suivant à propos de la juridiction municipale sur les limites dans lesquelles ces divergences peuvent être admises. En général, ces droits particuliers ont suivi de près le droit romain ; c'est ce que prouve la disparition du droit latin du mariage, notamment du caractère obligatoire des fiançailles, lors de la grande constitution des cités italiennes qui eut lieu après la Guerre Sociale (1).

Étant donné cet état de choses, on peut caractériser l'extension du droit de cité romaine à toutes les villes de l'empire romain, qui fut ordonnée au commencement du III^e siècle par le gouvernement impérial (2), comme une transformation du droit romain en droit d'Empire. Des divergences juridiques ont évidemment persisté, surtout parce que cette réforme se place à une époque de mauvais gouvernement et de désordre ; mais elles ont eu difficilement une grande portée. Le droit pénal d'Athènes et celui de Sparte furent ainsi abrogés et les mariages entre frères et sœurs ainsi que la polygamie furent désormais légalement impossibles dans ces pays. Si cette dernière s'est maintenue dans la ville syriaque d'Héliopolis jusqu'à l'époque de Constantin I^{er} (3), il s'agit là de vieux usages rituels qui ont persisté en dépit de la loi. C'est donc avec raison que depuis Alexandre Sévère on traite et

(123)
Le droit général
d'empire de la
dernière période.

(1) Aulu-Gelle, 4, 4, 3. *St. R.*, 3, 692 [*Dr. publ.*, 6, 2, 323].

(2) Ulpien. *Dig.*, 1, 5, 17. Cpr. mes explications sur cette constitution dans *Hermes*, 16, 494 et sv. *St. R.*, 3, 699 [*Dr. publ.*, 6, 2, 331].

(3) Socrate, *Hist. Eccl.*, 1, 18.

désigne universellement le droit romain comme le droit unique de l'Empire (1).

(124) Sans doute, il faut, comme on l'a déjà indiqué, limiter la portée de cette remarque aux sujets de l'empire qui jouissaient du droit de cité dans l'une des villes de l'Empire. La communauté municipale de citoyens constituait depuis la Guerre Sociale l'unité politique pour l'ensemble du peuplé et elle est devenue l'unité pour l'administration de l'empire, depuis que le droit de cité romaine a été accordé à quiconque avait droit de cité dans une communauté municipale. Mais il y eut même encore après cela des sujets de l'empire qui ne vivaient pas d'après le droit municipal gréco-romain : comme les affranchis latins et déditices qui ne furent assimilés aux citoyens que par Justinien (2) ; les membres des communautés qui d'après les différents droits municipaux n'étaient pas considérés comme citoyens (3) ; les groupements existant en de-

(1) Sous Alexandre Sévère, Grégoire le Thaumaturge (*Paneg. in Orig.*, 1) remarque combien l'étude du droit romain lui paraît difficile à cause de la langue, quoique les lois elles-mêmes soient excellentes et au plus haut point grecques, οἷς νῦν τὰ πάντων τῶν ὑπὸ τὴν Ῥωμαίων ἀρχὴν ἀνθρώπων κατεθύναται πράγματα. Dans un procès criminel qui se déroule sous Constantin devant le proconsul d'Achaïe (Eunape, *Vita Juliani*, p. 70. Boissonade), celui-ci recommande instamment aux professeurs athéniens et aux étudiants le droit romain. εἰσασθὲ γὰρ αὐτίκα ἥλικον ἐστὶ καὶ οἷον τὸ παρὰ Ῥωμαίοις δίκαιον. Théodoret (*Ἑλλ. καθ.μ. θεραπευτικὴ Tract.*, 9, p. 337 et sv. Gaisford) au milieu du v^e siècle fait ressortir l'unité juridique réalisée à l'intérieur des frontières romaines et le fait en visant spécialement Athènes et Sparte. Autres preuves, chez Mitteis, *Volkrecht und Reichsrecht*, p. 160.

(2) On trouve aussi parmi les peines dans les lois de l'époque de Constantin la privation du droit de cité sous réserve de la liberté (ainsi *C. Th.*, 3, 30, 4), donc le rejet au nombre des *deditici*.

(3) J'ai exposé, *Hermes*, 16, 458 et sv. ; 19, 69 et sv. comment une communauté de citoyens romains peut avoir des sujets pérégrins. Les particularités sont sans contredit peu éclaircies et résultent certainement maintes fois d'une réglementation locale. Il est au plus haut degré vraisemblable (Wilcken, *Hermes*, 27, 294 et sv. ; le même, *Griechische Ostraka aus Aegypten und Nubien*, 1, 430) que la constitution municipale a été étendue sous Septime Sévère à l'Égypte et qu'alors non seulement Alexandrie, mais tous les nomes reçurent une βουλὴ ; les habitants de ces villes ont donc été aussi investis par Caracalla du droit de cité romaine. Mais ces villes doivent avoir été organisées de telle façon qu'il n'y a peut-être que les membres du conseil municipal et leurs descendants qui ont été regardés

hors des villes comme les Gentils africains et les Arméniens soumis (1); en outre, les étrangers qui malgré cette qualité étaient cependant soumis aux lois romaines, en particulier ceux qui vivaient à demeure dans l'empire comme mercenaires (2) ou même les barbares qui servaient (3) seulement dans l'armée romaine. Toutes ces personnes restèrent en principe sou- (123)
mises à leur droit national; mais il est bien possible, étant donnée la tendance alors dominante au nivellement juridique (4), que vis-à-vis d'elles le pouvoir souverain du gouvernement, supérieur aux différents droits personnels, se soit fait sentir, même en droit pénal, plus fortement qu'autrefois.

comme citoyens de leur district; car les documents (par exemple *Berliner äg. Urk.*, 1, 145, 322, 356) mettent hors de doute que, même encore à une époque postérieure, les Égyptiens ne possèdent pas en règle le droit de cité romaine.

(1) Théodoret, *loc. cit.*, excepte de cette unité juridique un certain nombre de peuples vivant sur les frontières: les Éthiopiens dans le sud de l'Égypte, les Sarrasins (τὰ πάμπολλα φύλα τοῦ Ἰσμαήλ), les Lazes, les Saniens, les Abages (tous les trois dans le Caucase) ne font pas leurs contrats d'après le droit romain. Cette observation peut être généralisée et étendue par exemple au droit matrimonial.

(2) Sur la condition juridique des Goths dans l'Empire romain, v. mes explications dans le *Neues Archiv.*, 13, 525 et sv.

(3) Bélisaire fait pendre deux de ses Huns coupables d'un meurtre, quoique ses camarades font valoir qu'ils ne sont pas soumis aux lois romaines et que de tels crimes ne sont pas punis par leur droit de la peine de mort (Procopé, *B. Vand.*, 1, 12). Narsés fait exécuter un Hérule de qualité coupable d'avoir tué son esclave, bien que cet Hérule eût le droit de le faire d'après son droit personnel (Agathias, 2, 7).

(4) Justinien (*Ed.*, 3) supprime chez les Arméniens l'exclusion des filles dans les successions comme un usage barbare et qui ne peut être toléré dans l'Empire romain. Les rédacteurs de ses compilations ignorent purement et simplement la catégorie des non citoyens romains; à peine, trouve-t-on çà et là une allusion à des règles juridiques non romaines existant à l'intérieur de l'Empire, comme par exemple la déclaration de Dioclétien (*Cod.*, 6, 24, 7) que l'adoption d'une personne en qualité de frère est également étrangère au droit personnel des pérégrins.

LA LÉGISLATION PÉNALE ROMAINE

Le droit pénal romain n'ayant jamais formé un tout, il ne peut être question d'en retracer l'histoire. Les grandes divisions que nous rencontrons en lui, à savoir la très vieille distinction des délits privés et des délits publics ; la procédure des *quaestiones* ; la justice répressive, suprême et supérieure aux lois, du Sénat et de l'Empereur ; la désuétude de la procédure par jurés ; la procédure pénale de la dernière époque devant les fonctionnaires seront exposées, autant que cela est nécessaire et possible, dans le Livre suivant, quand nous traiterons des autorités répressives. Nous devons maintenant à la fin de ce Livre d'introduction ajouter quelques remarques sur la législation pénale romaine.

La tradition
préhistorique.

Si dans l'État les règles juridiques sont en général plus anciennes que les lois formulées, cela est surtout vrai du droit pénal qui se fonde sur la nature morale de l'homme. La trahison et le vol n'ont peut-être jamais fait chez les Romains l'objet d'une définition expresse ; la loi, avec sa rédaction nettement arrêtée, suppose ces notions connues dans leur essence et se contente d'organiser la procédure à leur occasion et de graduer les peines suivant les caractères du délit. Mais à l'époque postérieure, lorsque la législation ne se construit plus avec la même simplicité ni la même liberté sur les données de la morale, elle est amenée à fournir dans une plus large

mesure des définitions positives ; c'est ainsi, par exemple, que la notion de brigue malhonnête des charges ne peut pas sans une définition de ce genre être appliquée pratiquement en droit pénal. Cependant la science du droit, même pendant la dernière période, n'a jamais méconnu que dans l'administration de la justice la prépondérance appartient non aux termes de la loi pénale mais à son esprit, et qu'il est permis et nécessaire d'interpréter largement le texte d'après l'intention du législateur et de protéger ainsi toute la pensée de l'auteur de la loi contre les imperfections de la rédaction (1).

Néanmoins la rédaction des lois est d'une manière générale et notamment en droit pénal un progrès important dans le développement historique des peuples ; il en est surtout ainsi, lorsqu'elle est en outre matériellement consignée par écrit. Le magistrat jouit d'un arbitraire beaucoup plus large, lorsque le droit n'est pas ainsi fixé ; un tel travail facilite essentiellement la constatation des excès de compétence, spécialement en droit pénal. Les débuts de cette limitation de pouvoirs remontent à l'époque préhistorique et sont certainement plus anciens que l'obligation de consigner par écrit les résolutions des assemblées populaires (2) ; mais aucune tradition digne de croyance ne nous atteste l'existence de lois de ce genre pour le début de la République ou pour l'époque Royale (p. 63, n. 2).

C'est par contre pendant la lutte des patriciens et des plébéiens qu'est apparue la loi des XII Tables, la première et l'unique codification totale du droit de la ville de Rome. Elle embrasse le droit public et le droit privé (3), limite désormais l'*imperium* des consuls et réunit par conséquent en elle-

(127)
Rédaction
et consignation
par écrit des
lois.

La loi
des XII Tables.

(1) C'est ainsi que la loi pénale s'applique *ad exemplum Dig.*, 48, 4, 7, 3, ou d'après la *sententia legis, Dig.*, 48, 9, 3. Il suffit de rappeler comment fut appliquée la loi Aquilia: Cette considération a également eu son influence dans la répression de la tentative (p. 111).

(2) Cpr. *St. R.*, 3, 314 et sv. [*Dr. publ.*, 6, 1, 358 et sv.].

(3) Tite-Live, 3, 34, 6 : *nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias aceratarum legum cumulo fons omnis publici privatique... juris et plus loin : velut corpus omnis Romani juris.*

même, conformément à la plénitude de pouvoirs de ces magistrats à cette époque, les deux domaines de la procédure pénale : celui de la procédure devant les magistrats et les comices et celui de la procédure devant les jurés (p. 3, n. 1). Ce droit municipal, né sous l'influence grecque (1), ne peut faire l'objet d'un exposé historique et juridique qu'à la condition d'être embrassé dans sa totalité ; cette tâche n'incombe donc pas au droit pénal. Quant à la liste des délits qu'il établit et que nous pouvons déterminer dans une certaine mesure, sans cependant en reconstituer les divisions originaires, nous en traiterons dans l'introduction du Livre IV.

(128)

Les sources
juridiques
spéciales de
l'époque
postérieure.

Les lois comitiales extrêmement nombreuses qui interviennent en matière pénale et qui, à vrai dire, ne nous sont certainement connues que dans leur plus petite partie, et les dispositions de l'édit du préteur qui sont venues les modifier ne peuvent faire ici l'objet d'un exposé général. Toutes ces dispositions sont des réglementations spéciales ; même le nouveau schéma de la procédure devant les *quaestiones* et les lois faites par le dictateur Sylla pour une liste de délits, bien qu'essentiellement corrélatifs, ont cependant été promulgués comme lois spéciales et principalement comme instructions pour les différentes magistratures. Quant à l'intervention du préteur urbain dans le domaine des délits privés, elle est si conforme au reste de son activité créatrice que le droit pénal n'est pas le lieu convenable pour traiter cette question. Mais ce qui peut être dit sur l'extension de la liste des délits par le préteur et sur leur position dans l'édit trouvera également sa place dans l'introduction du Livre IV.

es *leges Juliae*
Judicariae.

Il faut cependant faire ici une exception pour la double loi édictée bien plutôt par le dictateur César (2) que par

(1) Une preuve plus certaine que celle des traditions connues nous en est fournie par le nom donné aux *poenae* et l'application qui en est faite (p. 13 et sv.).

(2) Dans les comices par centuries : Cicéron, *Phil.*, 1, 8, 19. — Il n'est évidemment pas possible de prouver directement que tout ce qui est groupé ici se rapporte aux deux mêmes lois, mais quiconque examine

Auguste sur l'organisation des procès criminels et civils. Ces deux lois générales et parallèles l'une à l'autre (1) se présentent soit sous le nom de *lex (judiciorum) publicorum* et de *lex (judiciorum) privatorum* (2) ou de *leges judicariae* (3), quand on les groupe ensemble, soit sous la désignation de *lex Julia de vi publica* et de *lex Julia de vi privata*, parce qu'elles contiennent à côté des dispositions générales de procédure une série de prescriptions qui n'ont pas à vrai dire pour objet d'introduire la notion de violence dans le droit pénal, mais qui élargissent essentiellement cette notion et lui donnent le double aspect qu'elle gardera dans la suite (4). Abstraction faite de ces dispositions, on y trouvait des prescriptions sur les vacances judiciaires (5), sur la délégation de la juridiction (6), sur l'extinction de l'accusation (7), sur l'aptitude à

avec soin tous les témoignages, même ceux qui sont rapportés dans le Livre IV à propos de la violence, reconnaîtra la vraisemblance de l'opinion qui est ici exprimée. Des doutes sont possibles sur le point de savoir, si ces deux lois sont celles du dictateur César que mentionne Cicéron ou si elles datent d'Auguste; l'indication sur les Saturnales (p. 149, n. 5) n'est pas une preuve certaine en faveur de cette dernière conjecture et il me paraît plus vraisemblable que ces deux lois sont identiques à celles qu'indique Cicéron.

(1) Le parallélisme de ces deux lois se révèle dans les traits suivants: l'exemption du service de juré est réglée par la *lex publicorum* dans le chap. 26 et par la *lex privatorum* dans le chap. 27 (*Vat. fr.*, 197, 198); la suppression de la *legis actio* est rapportée aux *duae leges Juliae* (Gaius, 4, 30); les notions de *vis publica* et de *vis privata* ne peuvent s'expliquer que par ce parallélisme; ces deux lois ont été maintes fois traitées comme si elles n'en formaient qu'une seule (*lex Julia judicaria*: Gaius, 4, 104; *lex Julia de vi privata et publica*, Ulpien, *Coll.*, 9, 2, 1).

(2) *Vat. fr.*, 197, 198 (n. 1). *Dig.*, 48, 19, 32.

(3) Cicéron, *Phil.*, 1, 8, 19: *omnes judicariae leges Caesaris*. Gaius, 4, 104: *lex Julia judicaria* (n. 1).

(4) Il en sera traité dans le Livre IV à propos de la violence. La preuve que les lois de *vi publica*, et de *vi privata* étaient en même temps *leges judicariae* nous est fournie par une série de citations de ces lois, qui n'ont rien à faire avec la *vis*, mais qui concernent des règles générales de procédure (*Coll.*, 9, 2 = *Dig.*, 22, 5, 3, 5. *Dig.*, 1, 21, 1. 22, 5, 19, 48, 2, 3, 4).

(5) Dans un passage (*Sat.*, 1, 10, 4) Macrobie rattache les trois jours de vacances des Saturnales aux *leges judicariae*, qui d'après lui seraient d'Auguste, dans un autre (*Sat.*, 1, 10, 23) à un *edictum divi Augusti*.

(6) *Dig.*, 1, 21, 1.

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

(130) être juré (1), sur l'exemption du service de juré (2), sur l'interdiction des relations entre le juré et les parties (3), sur la rédaction de l'accusation (4), sur la conduite simultanée de plusieurs accusations (5), sur l'introduction de l'action privée (6) et sur d'autres points qui la concernent (7), sur le nombre des avocats (8), sur la suppression du terme de comparution fixé et sur la remise (9), sur l'exclusion du témoignage et sur le droit de le refuser (10), sur la punition du crime de lèse majesté et d'autres délits (11), sur la prévarication dans le procès criminel (12), sur la prescription de l'action (13). Ces lois générales de procédure criminelle et civile sont restées en vigueur tant qu'ont subsisté les anciennes formes de procédure et elles n'apparaissent plus au premier plan dans les sources juridiques qui nous sont parvenues, parce que le fondement de cette ancienne législation s'était évanoui avec la disparition des jurés criminels et civils.

Ralentissement
de la législation
de Tibère
jusqu'à
Dioclétien.

Sous le Principat, la législation est, en matière de droit pénal, encore moins féconde qu'à l'époque de la domination du Sénat. Il n'y eut même plus, après la législation d'Auguste sur le mariage, de loi d'ensemble sur des délits particuliers. On voit alors apparaître une combinaison vraisemblablement unique dans l'histoire politique, d'après laquelle le droit de légiférer continue en droit public à être considéré comme appartenant aux comices de citoyens, qui ne sont plus convoqués

(1) Exclusion de la décurie des tribuns de l'*aerarium* : Cicéron, *Phil.*, 1, 8, 19. Suétone, *Caes.*, 41. Dion, 43, 25. Age des jurés : *Dig.*, 4, 8, 41.

(2) *Vat. fr.*, 197, 198 (p. 149, n. 1).

(3) *Dig.*, 48, 14, 1, 4.

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

(5) *Dig.*, 48, 2, 12, 2.

(6) Suppression des *legis actiones* : Gaius, 4, 30 (p. 149, n. 1).

(7) Désignation des jurés par l'accord des parties : *Dig.*, 5, 1, 2, 1 ; prise de leurs fonctions arbitrales par les jurés : *Dig.*, 4, 8, 9, 2.

(8) Asconius, *In Scaur.*, p. 20.

(9) Aulu-Gelle, 14, 2, 1.

(10) Il en était traité dans les chap. 87, 88 des lois. *Coll.*, 9, 2. *Dig.*, 22, 5, 4, l. 13.

(11) Cicéron, *Phil.*, 1, 9, 23. Suétone, *Caes.*, 42.

(12) *Dig.*, 47, 15, 3, 1.

(13) Gaius, 4, 104.

quoiqu'ils puissent toujours l'être (1), tandis que les plus hautes autorités de l'État, le Sénat dirigé par la personne qualifiée pour être son président (2) et également le chef de l'État (3) — quoiqu'ici le droit de légiférer ne trouve pas, comme pour le Sénat, son appui dans les lois républicaines — n'ont que le pouvoir d'exempter de la loi dans des cas particuliers et tout au plus de la modifier sur quelques points. En pratique et notamment en droit pénal, les lois sont donc çà et là modifiées par un sénatus-consulte, et plus souvent encore, l'empereur tranche un cas spécial en dehors et à l'encontre des lois existantes et indique directement ou indirectement que cette règle sera dans la suite et d'une manière générale applicable et obligatoire (4). Mais, après le siècle de très vive activité législative qui va de la dictature de Sylla à la mort d'Auguste, vinrent, à la suite du gouvernement du puissant Tibère sous lequel toute initiative fut paralysée, trois siècles (131) d'un attachement opiniâtre et mécanique à la loi une fois établie et dont les mauvaises conséquences seront relevées notamment dans le Livre V à propos du taux des peines.

Après que toute œuvre législative systématique eût été complètement interrompue pendant toute la durée du Principat, cette constitution singulière qui n'était plus républi-

Législation
de la
dernière époque.

(1) *St. R.*, 3, 345 [*Dr. publ.*, 6, 1, 395]. La dernière convocation des comices législatifs qui nous soit connue se place à l'époque de Nerva ; ceux-ci n'ont jamais été supprimés.

(2) *St. R.*, 3, 1237 [*Dr. publ.*, 7, 467]. L'opposition théorique qui s'est manifestée contre la compétence législative du Sénat (Gaius, 1, 4) se rapportait sans doute à ce que celui-ci, au lieu d'exempter simplement de la loi pour un cas particulier, la modifiait d'une manière générale. La procédure qui était suivie en pareil cas nous est notamment indiquée par un fait que rapporte Pline, *Ep.*, 6, 5 : les consuls sont invités par un sénateur à proposer que la loi sur les *repetundae* soit, au point de vue de la citation des témoins, modifiée conformément à la loi sur l'*ambitus* (*an placeret ad eam legem adici*).

(3) *St. R.*, 2, 909 et sv. [*Dr. publ.*, 5, 189 et sv.]. En droit strict ce pouvoir de l'empereur est mieux fondé que celui du Sénat, mais il est au plus haut degré une innovation antirépublicaine.

(4) Ces constitutions d'application générale sont celles qui sont le plus souvent mentionnées : *rescripta generalia, et oportet imperialia statuta suam vim obtinere et in omni loco valere* (*Dig.*, 47, 12, 3, 5).

caine et qui n'était pas encore monarchique fut transformée par les réformes de Dioclétien et de Constantin en une pure monarchie. Il y eut désormais une nouvelle législation générale et formelle (1), ainsi que l'attestent en droit pénal les nouvelles catégories de délits, la séduction et l'hérésie, et ainsi que le prouve peut-être aussi d'une manière purement extérieure le fait que la collection de constitutions impériales faite par Théodose II commence avec les constitutions de Constantin de l'année 312. Mais la vie se retirait de ce grand corps affaibli par l'âge qu'était l'Empire et celui-ci était incapable de produire de nouvelles œuvres embrassant l'ensemble du domaine juridique. Les compilations de constitutions impériales et de commentaires juridiques, dont la sanction légale fut la dernière manifestation d'une activité législative générale, se sont évidemment étendues au droit pénal en même temps qu'au reste : nous exposerons dans l'introduction du Livre IV la place que ce droit occupe dans ces collections légales.

(1) Il suffit de rappeler la disposition connue de 426 (*Cod.*, 1, 14, 3) d'après laquelle vaudra comme loi générale d'empire toute constitution impériale qui aura été adressée au peuple comme *edictum* ou envoyée au Sénat.