GRANDES DOCTRINES JURIDIQUES, POLITIQUES ET ECONOMIQUES

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

FICHE N°3 : LE IUS

Première partie : Approche générale du droit romain

DOCUMENT 1 : aller chercher et lire, J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 83-104

DOCUMENT 2 : aller chercher et lire, M. VILLEY, *Le droit romain*, Paris, PUF-Quadrige, 2012, p. 11-55

DOCUMENT 3 : A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2009, p. 55-73

Deuxième partie : *Ius* et *lex*

DOCUMENT 4 : A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident, op. cit.*, p. 85-117

DOCUMENT 5 : E. BENVENISTE, « *Ius* et le serment à Rome » in *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. 2, Pouvoir, Droit, Religion*, Paris, Editions de Minuit, 1969, p. 111-122

CHAPITRE IV

Origines

1.

Imaginons que nous demandions à un homme de l'époque de Cicéron ou d'Auguste, un personnage de la Rome désormais « mondialisée », coutumier de lectures grecques et latines et habitué à s'interroger sur l'histoire de ses propres institutions, quelles sont les strates les plus reculées qui ont formé le droit de sa cité. Sa réponse ne fait guère de doute. Il désignerait d'un côté la tradition des pontifes, de l'autre les Douze Tables, reliant ainsi, selon une vision courante à son époque, deux éléments que la mémoire culturelle aristocratique avait depuis des siècles intégrés en un canon unique : celui du *ius civile*, le majestueux et vénérable tronc de tous les ordres juridiques romains.

Notre perspective n'a pas fondamentalement changé, deux mille ans plus tard : les pontifes et la législation décennivrale représentent pour les historiens modernes les points de référence de toute tentative pour décrire les origines de ce que fut l'expérience juridique romaine. Malheureusement, de la première activité des pontifes ne restent que des signes fragiles et indirects : leur savoir était exclusivement oral, comme le souvenir qui allait le transmettre ; et du seul écrit qui peut-être en rendait compte en des termes pas trop éloignés des formulations authentiques – les *Tripartita* de Sextus Aelius, composés au début du II^e siècle avant J.-C.¹ – nous ne savons presque rien.

Quant aux Douze Tables, qui étaient, elles, un texte écrit, nous ne sommes en mesure d'en reconstituer qu'une version très lacunaire, et dans un latin qui n'a pas l'archaïsme de l'original dont le lexique était déjà parfois obscur aux juristes et aux érudits de la fin de la république².

Un point, toutefois, est certain : de ces deux éléments, la législation des Douze Tables doit être considérée comme le plus tardif, par rapport à un noyau qui s'était déjà fixé à une époque antérieure. Et nous pouvons être tout aussi sûrs que cette première cristallisation est à corréler avec les fonctions alors exercées par les pontifes, un collège de prêtres dont les traces remontent aux débuts mêmes de la cité.

Les Romains qui vécurent des siècles plus tard n'hésitaient pas à désigner comme *ius* ce fonds originel, car ils pensaient à juste titre que leurs ancêtres l'appelaient déjà ainsi. Le mot en effet avait un passé très lointain : et le manque d'équivalents dans le grec de l'époque classique et hellénistique — par rapport à la signification qu'il prit au cours de l'époque républicaine — en faisait un symbole antique et vénérable de la singularité de l'histoire de Rome.

Mais soyons vigilants, et ne nous laissons pas tromper par la persistance du terme, en négligeant le changement de ses valeurs : dans les temps les plus reculés, *ius* ne recouvrait pas les mêmes réalités que celles qu'aurait évoquées un Romain de la république tardive ou du principat en usant de ce vocable, et moins encore celles qu'un homme d'aujourd'hui pourrait associer au mot « droit ». Bien plus, l'usage trop désinvolte de ce dernier terme, employé de façon hâtive pour traduire le sens archaïque de *ius*, est cause de nombreux malentendus et déformations, auxquels même des historiens de premier ordre n'ont pas su échapper. Nous nous efforcerons d'éviter les pièges de cette asymétrie entre la durée du mot et la mutation de ce qu'il désigne.

2.

Autour des origines de Rome — de la reconstruction des situations et des événements qui déterminèrent et accompagnèrent la naissance de la cité — s'est déroulée une des plus passionnantes discus-

sions historiographiques de notre passé récent. Le XX^e siècle, qui s'était ouvert sous le signe d'un scepticisme positiviste des plus radicaux face aux récits élaborés par la tradition antique, farouchement incrédule à l'égard de toute reconstruction qu'elle proposait de la Rome archaïque, s'est conclu en revanche dans la conviction que ces matériaux narratifs ne nous restituent pas des mises en scène sans vraisemblance, mais plutôt des séquences d'événements et de caractères à considérer avec beaucoup d'attention, sans leur prêter toutefois une confiance aveugle.

Il serait trop long — et inutile à notre propos — de décrire comment on est parvenu à un tel résultat, qui a impliqué un véritable renversement méthodologique et un changement dans l'idée même de ce que signifie écrire l'histoire. D'un côté, le terrain était occupé par un dogmatisme positiviste qui « au scepticisme arbitraire à l'égard de la tradition » historiographique romaine associait « une crédulité tout aussi arbitraire face à ses propres conjectures³, allant jusqu'à une critique des sources désespérément destructrice. À l'extrême opposé, se menaient des enquêtes passionnées en archéologie stratigraphique, en linguistique, en histoire religieuse, suspendues entre terre, mots et rites, qui visaient « à explorer plus qu'à prouver⁴ », qui n'hésitaient pas à s'aventurer bien au-delà de la limite que constitue pour beaucoup le VI^e siècle avant J.-C. et s'efforçaient d'inclure, de classer et de déchiffrer chaque trace la plus infime, chaque fragment de pierre ou de lexique, dans un mouvement où bien souvent la technique de fouille et l'analyse des indices aspiraient à se faire à elles seules métaphore complète du métier d'historien, en se projetant vers des couches temporelles toujours plus profondes.

Entre ces deux positions limites, on pourrait, à travers des dizaines de débats, suivre toute une gamme d'attitudes intermédiaires, aux motivations variées : pour rester en Italie, du De Sanctis de la *Storia* et de la *Leggenda della Inpsa*, au Fracarro de l'essai sur l'époque de la royauté, au Momigliano du *Rapporto precursorio*, au Gabba des *Problemi di metada*. Et si l'on veut remonter bien plus loin encore, l'âpre polémique de Hegel avec Niebhuhr, au début du XIX^e siècle, investissait pleinement la reconstruction de l'époque archaïque romaine confiée à la *Römische Geschichte* et destinée presque aussitôt à devenir un classique de l'historiographie académique

européenne⁵. Niebhur s'appuyait sur un contexte dans lequel se mêlaient la nouvelle philologie romantique et des héritages érudits du XVIII^e siècle français et allemand, mais son attitude anticipait bien des positions qui seront plus tard celles du positivisme. Dans les *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, où il développait sa critique, Hegel évoluait sous d'autres horizons : il cherchait à renouer, le long d'un parcours entre Orient et Occident, des fils de signification qu'il voyait se rompre sous les mains intrusives d'enquêteurs aveuglés par des méthodes présomptueuses, négligeant l'abstraction et le concept. Il faudra attendre Dilthey, Weber et la plus récente recherche archéologique, linguistique et anthropologico-religieuse pour que cet enseignement ne soit pas perdu, et que nous soyons capables de faire revivre des milieux, des épisodes et des corrélations que l'on croyait totalement disparus.

Nous ne pouvons ici qu'effleurer cet enchevêtrement de problèmes. Mais il suffit de suivre une seule trace pour que soient mis en lumière quelques éléments déterminants dans la suite de notre histoire.

Rome est la cité de la Méditerranée antique qui a conservé dans l'époque de sa maturité – à travers un réseau de souvenirs, de traditions et de vestiges – le plus grand nombre d'informations sur ses origines. Et ce n'est pas un hasard : le prestige impérial allait se nourrir d'une constante sollicitation et réélaboration de la mémoire ; il avait besoin d'un arrière-plan mythique et historique propre à donner de la profondeur de champ à sa grandeur. Croire que l'ensemble de ces données n'est qu'une accumulation d'inventions et de falsifications, sans rapport avec les événements réels, se justifie de moins en moins. L'assise institutionnelle, sociale, économique de la cité dans les années centrales de la république – au-delà desquelles on ne pouvait remonter, selon le jugement de l'hypocritique des XIX^e et XX^e siècles – renvoie par mille indices à une trame antérieure de formes et d'événements que nous pouvons (au moins en partie) faire réapparaitre et interpréter. Faute de quoi, nous renoncions à restituer les traits d'une genèse déterminante pour la compréhension de ces développements ultérieurs, dont nous savons beaucoup, en apparence, mais qui se révéleraient profondément indéchiffrables si on ne

les évaluerait pas à la mesure de leurs antécédents lointains. Et cela vaut aussi – et surtout – pour le droit.

Mais comment utiliser la richesse de la mémoire romaine ? Et dans quelles limites peut-on considérer comme légitime une lecture « indiciaire » de nos sources – que ce soient les vestiges d'un mur, les bribes d'une légende, ou les préceptes d'un rituel cristallisé en une tradition ou une norme ?

En principe, cette interprétation représente indéniablement un instrument efficace, auquel ce serait une erreur de renoncer *a priori*. Le problème est de savoir jusqu'où aller dans le recours à cette méthode, c'est-à-dire d'évaluer jusqu'où les conjectures qu'elle produit peuvent corroborer une lecture conservatrice de la tradition romaine, d'insérer les narrations et les souvenirs anciens dans un réseau de relations, de causalité, de correspondances et d'intégration des traces, qu'on n'aurait pas entrevu autrement et qui, de ce fait, deviendront elles-mêmes, en quelque sorte, des preuves nouvelles, ou alors se réduiront à l'invention d'une simple probabilité.

Le Latium était une région densément peuplée (du moins selon les paramètres démographiques de la Méditerranée de l'époque) depuis l'âge du bronze, un carrefour de fréquentations, de rencontres, de mixité. De nombreux lieux se prêtèrent à l'implantation et à la vie de communautés plus structurées. L'un d'eux, en particulier, se trouvait dans cette petite zone non loin de la mer, délimitée par une courte chaîne de collines surplombant une anse du Tibre, où s'était fixé l'habitat avec une certaine continuité depuis le milieu du II^e millénaire. À cet endroit une île minuscule rendait facile la traversée du fleuve : ainsi s'était formé un nœud d'échanges et de trafics, favorisés par la commodité du gué, le voisinage de la mer et le commerce du sel ; un espace à la fois ouvert et circonscrit – entre bois, marais, cabanes et petits champs cultivés – qui s'était développé surtout à l'intérieur du périmètre que dessinaient le Tibre et les trois collines les plus proches : le Capitole, le Palatin, l'Aventin. En même temps, un important réseau de sanctuaires s'était constitué dans les parages, ce qui était alors un tissu de connexions tout aussi essentiel.

Tel est le contexte dans lequel naît Rome. Quand, nous ne pouvons le dire avec certitude. Et nous ne sommes pas sûrs non plus de

pouvoir lier l'événement à un saut qualitatif dans le tissu des implantations – à quelque chose qui ressemble à une véritable fondation urbaine – plutôt qu'à une stratification plus lente des éléments; la réponse dépend aussi du sens que nous donnons au mot «ville» (du moins à l'intérieur des acceptions antiques du terme). Mais il est possible qu'un fait important se soit produit vers le milieu du VIII^e siècle, date que donne la tradition la plus suivie par les anciens. Différentes reconstructions, qui avancent l'événement aux dernières décennies du VII^e siècle, ou jusqu'aux premières du VI^e, semblent moins convaincantes. Il ne faut pas oublier toutefois que la formation d'un milieu urbain, en tant qu'espace construit (murailles, édifices) ou même instauration de liens institutionnels et sociaux, ne coïncide pas nécessairement avec la constitution, en son sein, d'une organisation politique achevée (au sens de la cité-État de type grec). Cette assimilation fautive est source de bien des malentendus, et de tentatives nominalistes sans grande consistance pour distinguer des phases «pré-urbaines» et «proto-urbaines» qui auraient précédé la naissance proprement dite de Rome. Ville et politique ne se superposent pas comme les deux termes d'une équation toujours génétiquement vérifiable. Sans doute, dans l'espace méditerranéen, le lien entre les deux est largement présent, mais il apparaît comme le résultat auquel tendent à aboutir des processus de fondation, plutôt que comme une donnée de départ. Là où surgit une ville, tôt ou tard se développeront des rapports politiques, mais il n'est pas dit que, parce que se constitue et commence à fonctionner un espace urbain, doit y être déjà présent un tissu proprement politique (celui-ci à Rome n'advientra pas avant la dernière partie du VI^e siècle, alors qu'il est presque sûr qu'à cette époque, un noyau citadin existait déjà depuis longtemps). Il suffisait que se formât un réseau social et culturel commun, et qu'il produisît une certaine centralisation du pouvoir. Aux origines de Rome, le rôle décisif pour atteindre ce seuil revient à la structure et à la dynamique des relations de parenté, à la sélection aristocratique qui leur était liée et, surtout, au partage des pratiques religieuses (celle qu'Andrea Carandini, sur les traces de Dumézil, appelle «unification théologique de l'habitar»⁷), intégrées, vraisemblablement, grâce au charisme royal de quelque seigneur de guerre fortuné. Rien de moins, mais rien de plus.

L'histoire, l'archéologie et l'anthropologie de ces dernières décennies ont bien éclairé l'importance, dans l'organisation sociale étrusco-tyrthénienne, mais aussi latine et sabine entre le IX^e et le VIII^e siècle, des liens religieux – le véritable tissu prépolitique de la communauté – et des relations de parenté (familles élargies, et plus encore groupes de familles de souche commune, soudées pour constituer des structures de clan que le latin archaïque appelait *gens*, alors qu'était dit *pater* le chef de chaque noyau, un mot qui en vint rapidement à désigner à la fois la hiérarchie du pouvoir à l'intérieur de la famille et le primat de la fonction reproductrice mâle, comme dans toute société patriarcale et patrilineaire)⁸.

Le système gentilice manifesta très vite une tendance élitaire, dont témoignent l'opulence de quelques clans et l'adoption de goûts et de modèles de comportement venus de Grèce et d'Orient. Le VIII^e siècle est par ailleurs une époque de prospérité et d'élan pour la Méditerranée occidentale: reprise des relations entre l'espace tyrthénien et la mer Égée; implantations coloniales en Italie méridionale et en Sicile; diffusion assez vaste d'éléments culturels que nous pourrions définir comme homériques. Dans le cas de Rome, la poussée vers la sélection aristocratique s'accroît probablement aussi sous l'effet de ces guerres de bandes, très fréquentes dans le Latium de l'époque, qui faisaient émerger sans cesse des héros aventuriers (tout comme les pratiques sapientiales liées aux cultes religieux formaient des prêtres), peut-être même en dehors des liens gentilices. Celui auquel le célèbre mythe romain de la fondation attribue la naissance de la cité – une figure nommée Romulus – laisse entrevoir, fût-ce à travers les séquences d'une saga très élaborée, tous les caractères de ce type de personnage: un chef guerrier «sans famille», donc pouvant s'inscrire dans une descendance divine directe, capable de tuer son frère – donc de briser les liens du sang – tout en affirmant l'irrévocabilité du nouvel espace et de la nouvelle communauté qu'il venait de constituer.

3.

Le premier noyau urbain prenait ainsi corps à l'intérieur d'un réseau de fonctions fragile, fluctuant, mais bien dessiné: les cultes, les armes les *gentes*, l'exploitation de la terre, aussi bien familiale (par

chaque *pater* avec son groupe) que collective (par la communauté entière). La socialisation à travers les rapports de clan et la différenciation oligarchique marquèrent de façon indélébile la formation de la cité. En son centre nous pouvons découvrir un tissu aristocratique primitif qui cherchait à se consolider dans un environnement plein d'insécurité, continuellement soumis aux chocs de bouleversements violents et imprévus – incursions ennemies, crises d'approvisionnement, épidémies, difficultés dans les échanges matrimoniaux que les tabous sexuels exigeaient rigoureusement exogamiques. L'aptitude au combat et à la compétitivité, le talent dans les pratiques culturelles et l'ampleur des relations de parenté constituaient les préalables à des suprématies difficiles à gagner.

Les formes mentales de ce monde sont pour nous très difficiles à sonder. Le premier obstacle qui se dresse, si nous tentons de nous en représenter les caractères, pourrait être défini comme une sorte d'interdit de la genèse, un phénomène que les historiens rencontrent fréquemment quand ils explorent les origines méditerranéennes (grecques par exemple), et qui contribue à rendre les explications structurelles presque toujours préférables aux options évolutives. Aussi loin que nous tentons de porter le regard, nous ne parvenons pas à identifier, même indirectement, une véritable condition d'« état naissant », les germes élémentaires et encore dispersés des développements à venir.

Naturellement, avant les années 550 av. J.-C. nous n'avons pas à Rome la moindre trace écrite, et même après, il s'agira de témoignages rarissimes et désespérément fragmentaires pour l'ensemble des V^e et IV^e siècles⁹. Eh bien, quelle que soit la façon dont nous interrogeons ces textes et cherchions à remonter le cours du temps, nous finissons toujours par rencontrer, comme point d'arrivée, la référence à un complexe d'habitudes mentales, de convictions et de croyances déjà cohérent et constitué, en somme le réseau dense d'une structure formée, et non la précaire instabilité d'une cristallisation à peine amorcée.

Même la recherche archéologique – à laquelle nous devons tant pour nos connaissances nouvelles sur la Rome archaïque – ne peut nous être dans ce cas d'un grand secours. Elle permet de vérifier une grille de faits urbanistiques, économiques, sociaux, et nous éclaire

sur la situation chronologique et sur les modalités particulières de quelques événements concernant essentiellement le culte, l'acquisition des biens et des technologies, ou l'organisation de la communauté. Mais elle ne peut nous dire, sinon par vagues approximations, la nature, les relations et la dynamique des cadres de pensée qui se déterminaient dans ces contextes.

On peut supposer que la solidité et la consistance avec lesquelles le monde originel des idées de la cité se présente à nos yeux est lui-même le résultat d'une distorsion opérée par ces extraordinaires constructeurs de la tradition protoromaine que furent les historiens et les antiquaires entre la fin du III^e siècle av. J.-C. et les années d'Auguste, de Fabius Pictor à Verrius Flaccus. Mais nous avons toutes les raisons de croire que les réélaborations et même les inversions de ces savants reflétaient des souvenirs et des motifs qui se présentaient à leur observation comme véritablement anciens, et dans lesquels pourtant les traits essentiels d'une solide identité culturelle romaine apparaissent déjà pleinement constitués et acquis. Et que ce que nous avons appelé l'interdit de la genèse a touché les reconstructions antiques tout autant qu'il a fait obstacle aux historiens modernes.

Il ne nous reste qu'à en prendre acte : cette image de cohérence qui ressort continuellement de nos témoignages doit être envisagée pour une part comme une donnée originale, et non comme le simple produit d'une superposition tardive. En se plaçant dans un ordre de conjectures sensiblement différent de celui que nous proposons, Dumézil a cru reconnaître dans une telle caractéristique une sorte de tendance à « penser par systèmes », propre à toute expérience mentale primaire, en particulier dans le milieu indo-européen¹⁰. Il n'y a pas lieu de s'engager avec lui sur cette voie pleine de pièges. Le comparatisme linguistique est une gloire de la recherche moderne ; mais ses résultats sont très incertains quand on en projette mécaniquement les conclusions sur l'histoire des mentalités et des institutions, et il est probable que le grand savant français – certainement dans le vrai lorsqu'il préférerait une interprétation structurale plutôt que diachronique de la religion archaïque – tendait dans ce cas à généraliser et à grossir un élément qu'on ne relève aussi fortement et aussi clairement que dans le milieu proprement latin.

Il reste néanmoins incontestable que dans la strata la plus ancienne de la culture romaine nous devons admettre la présence d'une forte pression disciplinante et ordonnante; d'une empreinte qui se présenterait avec la force d'un dispositif à la frontière de l'histoire et de l'anthropologie; d'un schéma mental qui agissait un peu comme le code génétique de tout le monde citadin. Nous avancerons d'ici peu une hypothèse sur le type de conditionnement, pour ainsi dire environnemental, qui peut avoir provoqué une réponse si caractéristique et omniprésente. Elle porterait les premiers acteurs de la vie communautaire à filtrer la réalité à travers un maillage de symétries et de correspondances symboliques, une sorte de paradigme rituelo-systémique, où le cérémonial apparaissait comme le présupposé de tout équilibre, s'étendant à n'importe quelle construction mentale, pas seulement religieuse: les figures qui ouvrent l'histoire de Rome - Romulus et Numa - sont avant tout, dans la mémoire de la cité, deux fondateurs de taxinomies sociales et de canons culturels. Du reste, tout le début de l'histoire romaine, dans le miroir de la tradition - des premiers annalistes jusqu'aux antiquaires et aux historiographes de l'époque augustéenne - reflète la présence dominante d'une mentalité qui se satisfaisait de rigoureuses géométries distributives. Pour nous arrêter maintenant aux seuls profils institutionnels, il suffit de songer au rapport entre tribus et curies (de 3 à 30), dans une organisation que tous les témoignages concordent à nous faire penser très anciennes et qui cohabitait avec le système gentilice; à la division des trois tribus les plus anciennes, Ramnes, Tities, Luceres, chacune séparée en *Primi* et *Secundi*, sur la base d'un schéma qui conduirait au choix symétrique de six Vestales, selon le récit de Varro et de Festus¹¹; au dispositif théologique construit autour de ce qu'on appelle la triade précapitoline de Jupiter, Mars, Quirinus (toujours la présence du 3 ou des multiples de 3, que l'on retrouvera à la base d'autres ritualités et répartitions archaïques, au contenu magique évident); ou encore à la rigoureuse hiérarchie du «Septimontium» primitif que rapporte Antistius Labéon¹².

En réalité, une telle tendance ne peut être présentée comme une spécificité strictement romaine: nous la retrouvons, avec des modalités semblables, dans les contextes de la Grèce et de l'Orient méditerranéen. Ce qui est typique de la situation romaine est plu-

tôt son intensité, et surtout la profondeur de son enracinement, promus à une longue histoire, en dépit de nombreuses adaptations et transpositions.

Assez vite, cette mentalité allait se manifester sur deux plans de communication, étroitement combinés mais pas complètement confondus - noyaux principaux, sinon exclusifs, de toute la culture romaine archaïque. Sur leur identification, dans tous les récits dont nous disposons - de Cicéron à Varro, puis à Tite-Live, à Denys d'Halicarnasse ou à Plutarque, et aux juristes qui se passionnaient pour l'époque archaïque romaine comme Labéon et Pomponius - il y a complète concordance, d'autant plus significative qu'elle est confirmée par les données de la recherche archéologique et linguistique: nous pouvons les désigner comme connaissance du divin et connaissance du *ius*. Ce qui liait les deux champs, et la commune vocation qui s'y exprimait, renvoient à l'existence la plus ancienne - que, précisément, nous supposons - de cette pulsion ordonnante, unique et indistincte, que nous avons cherché à décrire et que nous pouvons considérer comme active dès qu'à commencé à se former la communauté.

Cette référence et la conjecture qui la soutient, se gardent de toute implication mécaniquement évolutionniste. Mais la proximité de caractères entre les deux éléments identifiés - le divin et le *ius* - pleinement visible dès les plus anciens témoignages, établit un lien qui n'a pu manquer de s'exprimer sur le plan de l'histoire: aussi notre hypothèse ne doit-elle pas être prise pour autre chose que la traduction généalogique d'une relation morphologique incontestable¹³.

Nous pouvons tenter de nous représenter la particularité que nous cherchons à décrire comme la projection synchrone selon deux axes - vertical et horizontal - de la même et constante surdetermination régulatrice. Vers le haut, elle scandait le rapport avec des divinités, que l'on imaginait redoutablement irascibles et qu'il fallait traiter toujours avec la plus grande précaution: c'est la théologisation de la colère divine dont parle Assmann, présente dans tout l'Orient méditerranéen, jusqu'à la Mésopotamie¹⁴. Mais dans notre cas, son poids était probablement accru par une psychologie collective fortement sollicitée par des conditions particulières, liées au contexte: un écho de cette singularité s'entendra, bien des siècles plus tard, dans

la remarque de Polybe sur le continuuel « faire tragique » (*tragioidien*) de la religion romaine, stupéfiant pour un esprit grec¹⁵, et c'est sur cette base que se formera le squelette de la religion de la cité, avec son caractère social et culturel appuyé : « la religion, c'est-à-dire le culte des dieux », écrit Cicéron¹⁶.

Horizontalement, la même tendance investissait et disciplinait les rapports de réciprocité paritaire entre les chefs de famille (*par* est un monosyllabe archaïque, peut-être d'origine étrusque : il indiquait l'égalité de chaque membre à l'intérieur de communautés d'agriculteurs-guerriers déjà au début de l'âge du fer), et ce sera le terrain même du *ius*, un champ que la mentalité romaine n'identifiera jamais complètement avec les pouvoirs du roi, pour le réserver à l'action en quelque sorte souveraine des *pateres*, qui ne dépendaient directement que des liens religieux, lesquels ne coïncidaient pas avec la sphère de la royauté : le germe originel — le noyau générateur — de l'ordonnance — ment autonome d'une trame « privée » de la vie communautaire (*privus* aussi est un mot archaïque), où sont élaborés les présupposés familiaux et patrimoniaux de la citoyenneté, irréductiblement distincte de l'ordre politique ; quelque chose que nous ne retrouverons sous ces traits dans aucune société méditerranéenne et qui allait former une empreinte au destin extraordinaire.

4.

La religion, donc, comme ensemble de comportements culturels, et conjointement, déterminée par le même mécanisme mental, une première strate de prescriptions elle aussi liée au divin, mais déjà dans une certaine mesure vaguement réparable (référée au seul plan « horizontal » des comportements et des relations paritaires entre les chefs de famille au sein de la communauté) dans une conjonction-disjonction touchant tout le vécu collectif : et, de fait, jusqu'au IV^e siècle avant J.-C. les rares vestiges d'écriture archaïque pourront être attribués avec certitude à ces deux seules expériences¹⁷.

La force du lien, qui s'est perpétué pendant toute la période républicaine, ne doit pas surprendre. Encore une fois, cette même combinaison entre religion et prescription — habituellement liée, toutefois, à la fonction royale — nous la retrouvons ailleurs, dans des

milieux méditerranéens et proche-orientaux ; et nous la découvrons tout aussi explicite et omniprésente, sous la diversité des pratiques religieuses et de leur rayonnement mental et social. Ainsi en Égypte, dans un hymne à Ammon du XIV^e ou XIII^e siècle avant J.-C. : « les deux lèvres du seigneur sont ton sanctuaire. Ta majesté est en lui : il prononce sur terre ce que tu as décidé ». Ou, avec moins d'évidence, en Mésopotamie, dans les préceptes conservés sur la stèle du roi de Babylone, Hammurabi¹⁸. Ou encore dans l'Israël antique, où l'imbrication se reflète dans la construction du monothéisme et parviendra à influencer l'écriture de parties essentielles de la Bible, de l'Exode au Deutéronome ; mais dans ce cas, à la différence de la situation romaine, il s'accompagnera de l'élaboration théologique d'un vécu moral tout aussi structuré, donnant lieu à une sorte de précoce « sacralisation de l'éthique »¹⁹. En Grèce, enfin, parfaitement réparable dans le substrat mythique et magico-rituel de nombreux préceptes et complexes normatifs des époques archaïque et classique.

Pour décrire, à Rome comme ailleurs, le côté le plus étroitement normatif de cette intégration, il serait impropre et hasardeux d'utiliser déjà le mot *droit* (même si les historiens le font)²⁰. La fonction que nous désignons par ce terme apparaît ici encore trop incorporée à l'intérieur de systèmes culturels et institutionnels tout à fait différents — religieux et familiaux — pour qu'il y ait du sens à l'employer ; pour autant, il ne faut pas oublier que *ius* est un terme désignant dès le début une spécificité prescriptive ailleurs ignorée, qui commence à émerger avec des traits originaux de la première histoire de Rome, où l'existence du mot traduisait soudain l'affleurement précoce de la chose, encore que ce ne fût certes pas notre « droit », ni même le *ius* de la civilisation romaine dans sa maturité.

Cherchant à venir à bout de difficultés en partie similaires, Louis Gernet, dans quelques uns de ses travaux, a utilisé la notion de « prédroit »²¹, et le concept, même s'il n'a pas connu un grand succès, pourrait se révéler utile, à condition de ne pas perdre de vue que nous sommes — dans la Grèce et la Rome archaïques — face à deux formes d'ordonnement social à dominante religieuse promises à des développements très différents, avec, en Grèce, des résultats fort éloignés de ceux qui conduiront, à Rome, à la naissance d'une

dimension culturelle et institutionnelle rigoureusement « juridique » : d'un *ius*, au sens médio- et tardo-républicain du mot.

En ce sens, le cas romain a réalisé une singularité tout à fait incontestable. Il sera le seul de tout le monde antique où la production de règles de comportement social – la création de *ius* au sens encore archaïque du mot – quand elle commencera à se détacher de façon plus affirmée de la sphère religieuse, ne s'intégrera pas dans le modèle de la politique et de la loi, comme en Grèce, où la présence de la législation en tant que règlement politique allait devenir très vite le signe d'une laïcisation complète de la société citadine. Elle restera au contraire dans les mains d'un cercle restreint de *savants*, qui construiront autour d'elle une connaissance technique et exclusive, assez vite distincte de l'expérience religieuse comme de la vie politique.

Avant de raconter les modalités les plus probables de cette scission, que la stratigraphie des ordres juridiques romains entre les III^e et I^{er} siècles av. J.-C. permet de restituer au moins dans ses lignes les plus générales, arrêtons-nous un moment encore sur la situation de départ, caractérisée par la fusion quasi complète entre les deux éléments – le religieux et le préceptif. Que parvenons-nous encore à voir ?

Le contexte culturel des débuts de la Rome archaïque (entre le VIII^e et le VII^e siècle, pouvons-nous hasarder) se révèle – selon tous les indices dont nous disposons – déjà différent de ce qui à la même époque devait caractériser la vie religieuse grecque, avec laquelle pourtant les contacts n'étaient pas négligeables. Nous ne nous lançons pas ici dans l'explication de cette différence. Mais assurément la distance est nette. Au lieu d'une extraordinaire fantaisie mythologique, puis cosmogonique, d'où germera, à partir du VI^e siècle, le premier grand savoir spéculatif de l'Occident – d'Héraclite à Parménide jusqu'à Platon – il y a dans le cas de Rome un type de transfiguration de la réalité où l'invention théologique et l'imagination animiste étaient totalement dominées par la conception et la mise en scène d'un cortège infini de divinités et de rituels. Le respect scrupuleux de chaque cérémonie était jugé indispensable pour établir une sorte de relation de réciprocité avec les puissances surnaturelles (la

seule considérée comme favorable et rassurante), dont la gestion était rigoureusement contrôlée par une structure sacerdotale sans comparaison avec ce qui a pu exister en Grèce.

Il est difficile de dire si ces aspects ne doivent pas être envisagés à leur tour comme le simple résultat du refoulement ou de l'effacement d'une étape précédente de création mythique, comme le suppose Dumézil¹². Et l'on peut aussi penser aux mythes et aux rites comme aux éléments dynamiques d'un même circuit mental – plutôt qu'à un passage irréversible du mythe au rituel (ou encore à un processus inverse, comme par exemple le suggère Mauss²³) – relevant d'un même schéma de religiosité primaire, dans lequel allait prendre corps les formes originales du sacré, s'établir les pratiques culturelles, s'organiser l'espace physique, s'instaurer une temporalité historique et se dessiner une ébauche de vie sociale.

Quoi qu'il en soit, dans la Rome archaïque le rapport entre création mythique et élaboration de rituels ou de formules (cette dernière étant présente aussi dans la pensée grecque, qui semble néanmoins l'avoir dépassée assez vite, sans en conserver de grandes traces) se déséquilibre complètement et rapidement du côté du rite, du stéréotype, du précepte qui prenait une force coercitive particulière et irrépressible. On était là très proche d'un véritable syndrome prescriptif, complètement absent dans la Grèce archaïque : l'espace humain et celui, suprasensible, du divin, capté à travers les manifestations magiques, apparaissaient enfermés dans un réseau de rituels serrés et contraignants, par certains côtés, même, obsessionnels. La réalité de l'homme et de la nature était disséquée dans une analytique quasi fébrile – encore très claire aux yeux de Varron – pour tenter de protéger la moindre fonction de la vie quotidienne par la présence d'un dieu lui étant préposé et par un cérémoniel destiné à s'assurer sa bienveillance. On pense à l'observation de Sarpri : « pour faire mûrir un épi, il en faut dix [des dieux] ». Chaque *numen*, chaque puissance divine, avait un rôle spécifique et on devait se tourner vers elle au moment prescrit et avec les supplications adéquates. « Les pontifes disaient qu'à chaque acte est préposé un dieu approprié » écrivait le grammairien Servius au IV^e siècle après J.-C. ; et le latin conserve un substantif et un verbe probablement très anciens, *indigitamenta* et *indigitare*, pour désigner les litranes où

l'on nommait l'une après l'autre les divinités, avec les fonctions qui leur étaient attribuées²⁴.

Aussitôt formulé, chaque rituel acquérait une objectivité autonome et irévocable, selon un phénomène de projection propre à de nombreuses cultures : il écrasait les esprits mêmes qui l'avaient élaboré. Mais son respect scrupuleux et littéral était amplement rémunérateur : c'était une observance qui donnait confiance et équilibre à la communauté.

Nous avons déjà dit comment Rome avait vécu ses premiers temps entourée de périls et d'ennemis, isolée par l'hostilité des Latins, des Sabins ou des Etrusques. C'était une ville à la fois menacée et ouverte, un carrefour multi-ethnique fragile et exposé ; la mémoire de ces difficultés allait se refléter dans le mythe d'une ascendance « troyenne », totalement étrangère au contexte où elle a été transplantée. Aussi peut-on considérer l'explosion de l'obsession ritualiste et systématique comme une réponse stabilisante au besoin d'exorciser le danger – perçu comme dévastateur – de la violence et du chaos qui non seulement cernaient la communauté, mais pouvaient à chaque moment la pénétrer : l'ordre du rituel, contre la force écrasante et toujours menaçante de la désagrégation.

L'acharnement contre la victime expiatoire dans le rite primaire du sacrifice, la construction culturelle du *sacer* – « qui est dû à une divinité », également dans le sens de « qui peut être tué » et donc « maudit », comme l'explique bien Festus²⁵ – pourraient dans ce sens être considérés comme fondateurs de toute la phénoménologie magico-ritualiste affleurant dans l'histoire de Rome, et dont tant de traces sont présentes dans les vestiges des Douze Tables. Un cérémonial ensuite multiplié à l'infini, et sous de nombreuses variantes, pour sa capacité – à travers le souverain et l'évocation du sang une première fois versé – de dresser une barrière entre la cité et le risque de son anéantissement. On comprend alors pourquoi la pensée rituelle se trouve toujours à Rome à la base de l'expérience religieuse et de toute pratique préceptive et ordonnante. C'était la communauté tout entière qui, en instruant un ordre symbolique combinant de façon capillaire dieux et hommes, disciplinait, pacifiait, réconciliait, mesurait, contre le paroxysme de la violence destructrice. Et l'on parviendra ainsi à toucher vraiment le point

d'origine, le noyau générateur de toute l'histoire que nous racontons, où se soudaient et se déterminaient, en une imbrication définitive, prédispositions mentales et mouvements historiques.

Sur cette base se formera ensuite toute une trame d'habitudes cérémonielles, que nous pouvons appeler secondaires ou dérivées, par rapport à la figure originale dont nous venons de faire l'hypothèse : la main qui prend et qui donne ; le bâton qui affirme le pouvoir, ou le pas en arrière qui le cède ; le mot qui prononce le serment ou l'invocation, ou bien crée l'obligation envers son égal. Gestes et formules destinés à fixer les comportements des chefs de famille à l'occasion des événements les plus importants de leur vie « d'hommes privés », dont les ordres républicains conservent encore de très évidents vestiges, qui ont traversé le temps presque intacts, et demeurent pour nous très bien documentés (le latin est une des langues indo-européennes qui a le mieux conservé un fonds très ancien de vocables), chacun d'eux – tel un fossile – représentant pour ainsi dire, par sa propre existence, la preuve de ses origines : comment se marier, faire un testament, contracter une dette, céder un animal ou une parcelle de terre. Ne pas les respecter signifiait rompre l'ordre de la communauté et le réseau de ses équilibres symboliques, se mettre hors de la protection des dieux, et par là du *ius*.

Sur les origines de ce mot (sa graphie la plus ancienne devrait être *iaus*) et sur son premier sens les historiens modernes ont discuté à l'infini, comme pour *sacer* – terme qui déjà apparaît sur la *Lapis Niger* – et pour le couple *fas-nejus* (respectivement, « ce qui est licite » et « ce qui est illicite » par la volonté de la divinité ; littéralement : ce qui est conforme ou pas à la parole divine), qui désignait probablement, en se distinguant de *ius* dès l'origine, la première ébauche de séparation entre le plan du divin et celui de l'humain dans la mentalité archaïque. On peut probablement relier *ius* à *izos* et *izuis*, et remonter à des strates védiques et iranienne : le champ sémantique qui apparaît alors ramène le terme à la représentation d'un état de conformité aux rites prescrits. Le verbe correspondant est *izuru*, jurer ; la relation formelle est certaine, car « serment » se dit en latin *ius iurandum* : et le lien s'explique avec le sens originel de *ius* comme « formule de conformité », d'où *ius iurandum*, littéralement, la « formule à

formuler»; tandis que *sacramentum* – autre mot très ancien que nous traduisons toujours par «serment» – désignait plutôt le résultat qui s'obtenait par la prononciation de la «formule à formuler», c'est-à-dire «l'acte de se consacrer» (*sacrare*) de celui qui jurait devant les dieux.

Il est certain, en tout cas, que l'expérience la plus ancienne évoquée par l'horizon de *ius* – un complexe d'accomplissements rituels suspendus entre l'humain et le divin – a eu depuis le début un rôle essentiel dans les rapports sociaux et les relations de pouvoir communitaires, et que la continuité entre hommes et dieux dans l'ordonnement qu'elle définissait a contribué dans une mesure déterminante à la constitution du plus ancien cadre symbolique de la cité.

Un déchiffrement attentif de la pensée juridique et de l'expérience religieuse médio-et tarso-républicaine révèle pleinement les traces de cette genèse: le dispositif formaliste qui le dominait encore serait inexplicable sans l'hypothèse d'un début tel que nous le décrivons; une fois de plus les origines se traduisent dans la forme même des choses.

Certes, dans la Rome de l'empire, ce qui un temps s'était présenté comme un irrésistible conditionnement psychologique était devenu un simple modèle culturel protégé par la force de la tradition, n'impliquant plus aucune participation émotionnelle directe. Et cependant, seule l'existence d'une forte pression mentale originelle, filtrée et réadaptée mais non effacée par le temps, peut expliquer la combinaison obstinée, durant toute la période républicaine, de paradigmes herméneutiques suspendus entre «prudence» juridique et précaution religieuse, c'est-à-dire entre la rigidité du *ius civile* et l'acharnement ritualiste des prescriptions sacrées. Des deux côtés on trouvait la même multiplication des subtilités verbales, la même attention au détail, aux comportements extérieurs, à la manipulation magique du temps, aux formules, au rite.

Sur le terrain de la religion, cette armature complexe, dissociée depuis le début de la perception de toute intériorité morale, finira par se fossiliser et par étouffer l'ancienne imagination, en détachant les cultes traditionnels de la sensibilité aussi bien populaire qu'aristocratique. Ce lourd agrégat prescriptif apparaîtra fondamentalement dépourvu de toute possibilité d'évolution: un corps mort et froid; et ce sera la fin de la religion républicaine.

Mais la présence de cette même empreinte aura un résultat tout à fait différent dans l'histoire du savoir juridique, comme elle l'a eu dans la religion de l'ancien Israël: dans le premier cas, régénérée par son intégration dans un univers de règles qui devrait se mesurer toujours plus à la réalité complexe de l'empire; dans le second, vérifiée par le contact continu avec une élaboration éthique très puissante. De ce point de vue, le cas d'Israël apparaît d'une certaine façon en miroir de la situation romaine. Le syndrome ritualo-prescriptif avait été au départ le même; toutefois la force évolutive se développera tout entière du côté d'une religiosité traversée par la morale, et une fonction juridique ne verra jamais le jour, étouffée qu'elle fut par la théologie monothéiste; à Rome au contraire, le développement allait se concentrer entièrement du côté d'un ordonnement social toujours plus laïque, abandonnant la pratique religieuse à une fossilisation inévitable.

Ainsi il apparaîtrait toujours plus clairement que la particularité romaine ne se révélait pas tant dans la structure mentale de départ (même si là aussi, nous l'avons vu, étaient probablement présents des éléments fortement spécifiques) que dans sa transposition précoce et heureuse au-delà des frontières du divin, dans un espace, précisément celui du *ius*, toujours plus perçu comme distinct. L'originalité est donc moins dans les caractères du syndrome archaïque, que dans leur intensité et dans l'histoire de leur évolution. Et l'acharnement prescriptif, mis en contact, à travers le savoir de ses experts, avec l'épauiseur du monde social et des nouvelles réalités politiques et économiques d'une ville en pleine expansion, allait très vite conduire à la formation d'une tradition intellectuelle extraordinairement vivace et subtile: une sorte de rationalisme concret, pleinement déployé entre le III^e et le II^e siècle av. J.-C., à son tour riche de potentialités ultérieures. Loin de représenter une entrave, la persistance d'une forte empreinte archaïque sur les formes les plus abouties du savoir juridique romain allait au contraire en déterminer le succès et la particularité, et en marquer de façon définitive le style et l'essence.

qu'avec des caractères autres qu'en Grèce : un savoir qui revendiquait pour lui l'ordonnement social des prérequis familiaux et patrimoniaux de la citoyenneté « politique » des *patries*, et qui organisait selon des modules particuliers une mentalité et un tissu culturel déjà très stratifié, premier noyau d'une véritable technique du *ius*, d'une *iuris prudentia* (comme on commencerait bientôt à le dire) reconnaissable en tant que telle, avec un style sans égal. Et tout comme la politique grecque, au moins à partir du VII^e siècle, serait inconcevable sans sa philosophie, celle de Rome n'aurait pu survivre sans son *ius*.

DOCUMENT 4 : A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, op. cit., p. 85-117

CHAPITRE VI

Rituels et prescriptions

1.

Dans le souvenir conservé par la culture tardorépublicaine¹, le savoir des anciens pontifes était surtout lié à la garde du *mos*, de la coutume religieuse et sociale des ancêtres. Un témoignage important de Festus, encore, permet de rattacher sans hésitation cet autre monosyllabe ancien (que nous traduisons par « habitude », « coutume », « moeurs ») au cœur de la mentalité archaïque. « *Ritus est mos comprobatus in administrandis sacrificiis* » (« le rite est la coutume partagée par tous dans l'accomplissement des sacrifices »), lisons-nous², et deux points nous frappent immédiatement : le lien entre rite et sacrifice (que nous avons déjà posé, et qui reçoit ici une confirmation importante), et celui entre rite et coutume. Le *mos* se révèle ainsi à la base de ce mécanisme de transfiguration cérémonielle que nous avons vu envahir la pensée romaine des origines, domaine exclusif des prêtres (« *in administrandis sacrificiis* ») qu'exprime avec évidence la construction sapientiale du *sacer*.

Les pontifes étaient en outre les dépositaires du calendrier – avec la prévision des phases de la lune et des *dies fasti*, donc le contrôle décisif du temps à des fins sociales – ainsi que des séquences formulaires pour les prières et les invocations rituelles aux dieux, et probablement, à partir de 600 environ, de l'écriture même. En outre, ils enregistrèrent l'histoire de la cité dans ses événements les plus importants : les disettes, les épidémies, les batailles, les

éclipses, les noms des rois (puis des magistrats) ; ils participaient aussi aux *comitia calata*, la réunion des curies au cours de laquelle étaient accomplis des actes fondamentaux de la vie communautaire, comme les testaments ou les arrogations (soumission définitive d'un *pater* au pouvoir d'un autre *pater*)³.

Leurs réponses acquiesçaient aussitôt une objectivité irrévocable. Les respecter donnait du pouvoir ; cela assurait en effet à qui les observait une participation totale à la sphère du sacré et du magique, qu'on pensait propre à protéger et rendre invincible celui qui était capable d'en comprendre les signes et les secrets, puis savait se tenir à leurs indications.

Nous pouvons dire que le *ius* était ainsi la tradition (*mos*) dans son aspect le plus strictement préceptif. Comment survint la manipulation de ces mémoires, comment s'y mêlèrent ensemble la pratique sociale et l'imagination religieuse, nous ne saurions le dire : les modules qui s'y combinaient étaient le résultat d'une longue sédimentation, qui nous reste presque inconnue. Sans nul doute, la perception d'une temporalité scandée par la répétition (celle même que nous pouvons trouver dans l'astrologie magique) devait tenir là un rôle décisif. Le *mos* figurait comme la transfiguration symbolique de cette expérience, qui devenait rite, règle, *ius* (« *mos est ritus* ») : il permettait de normaliser le présent, de réduire ses incertitudes et ses bouleversements, en le ramenant à quelque chose d'archétypal et de reproductible. Nous sommes aux origines de ce qu'on appelle le « conservatisme » romain : l'usage (et l'invention) de la répétition et de la durée pour rassurer, face au chaos de la vie ; le poids de la tradition contre la légèreté volatile et risquée de choix et de comportements dépourvus de précédents⁴.

Nous savons aussi que les prescriptions dictées par les pontifes se prononçaient selon une modalité particulière, qui marquera de son empreinte tout le développement de la culture juridique romaine, sous une forme qui n'est autre que celle de *responsa* formulées par les pontifes dans un style typiquement oraculaire – révélations de vérités secrètes, non discutables et non motivées – à des questions des *patres* qui demandaient quel était le *ius* dans une circonstance particulière ; quelle était la conduite verbale et gestuelle (le rite) à quoi se conformer pour accomplir des opérations essentielles dans les relations

entre groupes familiaux : revendiquer le pouvoir sur une personne ou une chose (*manus* : la première représentation verbale de la domination s'exprimait dans le symbole de la main qui saisissait) ; aliéner un bien (*mancipium*), faire un testament, accomplir la cérémonie du mariage, procéder à un acte de soumission personnelle en paiement d'une dette (*nexum*). C'est le modèle qui ensuit, dans le lexique juridique républicain, sera dit du *responsum* : un style de communication autoritaire d'une grande importance dans la vie de la cité archaïque, à travers lequel un savoir caché était mis en mesure d'exercer son influence organisatrice et régulatrice, selon un dispositif destiné à devenir un des paradigmes les plus importants de la socialité aristocratique romaine.

Dans ce cas non plus, la forme n'était pas originale. Nous pouvons en effet retrouver dans le monde grec quelque chose de semblable, associé aux notions de *themis* et de *themistes*, faisant allusion aux sentances d'un roi-prêtre qui, interrogé, répond de façon oraculaire ; mais ce fut à Rome seulement qu'au lieu d'être remplacée par d'autres modèles d'ordonnement, elle connâtra un développement et une élaboration tout à fait particuliers.

Les *responsa* constituaient la règle vivante de la cité, la projection cristallisée et symbolique de ses relations sociales : au début assez élémentaires et dominées encore par les liens de parenté gentice, puis, dans la période étrusque, de plus en plus structurées et complexes. Répondre aux questions des *patres* qui les interrogeaient devint pour les pontifes une tâche fondamentale. C'étaient surtout les mécanismes de la patrilinéarité, de la réciprocité économique et de l'échange matrimonial qui requéraient la protection des énoncés sacerdotaux. La connaissance du *ius* n'affleurait pas ailleurs et n'avait d'autre sens que de résoudre des problèmes concrets, de répondre aux besoins particuliers de la communauté.

Les *responsa*, néanmoins, n'établissaient pas des normes à caractère général, ils valaient uniquement pour le point soulevé par la question posée – une caractéristique destinée elle aussi à laisser une empreinte déterminante. Et pourtant on ne les oubliait pas. Leur souvenir était confié à la garde du collège pontifical, qui les conservait de génération en génération. Toute nouvelle question des *patres*

était avant tout confrontée avec l'existence possible de précédents, avec la masse sédimentée des avis déjà exprimés. Commençaient ainsi à se constituer, filtré par un groupe très restreint, un savoir potentiellement neuf au regard des ressources de la mentalité archaïque, essentiellement casuistique, préceptif et ponctuel (un avis pour chaque question) : un premier savoir véritable du *ius*, dont nous pouvons encore identifier quelques traits.

Il nous faut partir de la constatation que nous nous trouvons — jusqu'à la fin du III^e siècle av. J.-C. — face à une tradition à prédominance orale absolue. Cette caractéristique concerne tout l'appareil culturel de la société romaine des premiers siècles de la vie civique. L'oralité n'était pas, dans ce contexte, un caractère extérieur à la pensée qu'elle transmettait, un pur médium sans conséquences sur les contenus qui étaient communiqués. Comme dans toutes les civilisations antiques, pas seulement archaïques, elle avait un rôle constitutif qui se reflétait de façon prégnante sur les connaissances qu'elle exprimait, sur leur qualité, leur style. Platon le savait bien⁵.

Le regard doit d'abord se porter sur le lien entre parole et pouvoir, une relation très étroite que la pratique du *ius* exaltait et renforçait. La mentalité archaïque se fixait beaucoup plus sur les sentences verbales que sur les objets qu'elles évoquaient. Les signes étaient considérés comme des êtres concrets, au même titre que la réalité perçus par les sens. L'expérience du *ius* ne se référait jamais directement aux faits : ceux-ci n'apparaissaient que dans les constructions verbales et gestuelles créées pour les reproduire, dans la transfiguration symbolique qui fixait dans l'immobilité du rite la séquence fluide et continue de la vie, et permettait de la relier à la sphère du divin, du *fas*, du *sacer*. Le contrôle exercé par les pontifes sur le choix des mots prononcés, sur leur séquence, sur le rythme du langage, servait à établir le contact avec le surnaturel et avec le magique, mais finissait aussi par exercer une forte emprise sur les modes de constitution de la mentalité collective, et sur la forme même des relations sociales. Plus ce contrôle était sévère, plus il devenait facilement exclusif, du point de vue du pouvoir. Les symbolisations verbales et gestuelles, fixées de façon rigide, se transféraient en techniques précises d'ordonnement de la socialité communautaire⁷.

Nous pouvons comprendre alors pourquoi, dans le miroir de la sensibilité plus développée de l'époque tardorépublicaine, toute l'expérience archaïque du *ius* finit par apparaître comme un monde entièrement prisonnier d'une armature désormais insupportable de formules sclérosées : ce qui avait été savoir vivant était devenu une technique orientée vers la pure conservation⁸.

Une connaissance orale aussi imprégnée de ritualité religieuse tendait inévitablement à se concentrer sur la prononciation de mots qui donnaient du pouvoir, comme de véritables formules magiques. « *Uti lingua nuncupasset, ita ius esto* », « comme la langue l'aura prononcé, ainsi sera le *ius* » — énonceront les Douze Tables à propos des déclarations accompagnant les rituels selon lesquels se cédait la *manus* (le pouvoir) sur un bien, reprenant évidemment une tradition très antérieure, certainement pontificale et ne concernant pas le seul *mancipium* ; c'est exactement ce que nous retrouvons dans les cultures orales, et pas seulement dans la Méditerranée antique : le caractère formulaire des actes solennels et la valeur performative du langage⁹. L'objectif était une sorte d'équilibre statique, fondé sur la mémoire et sur la répétition de ce qui était réductible à un type. Et c'est précisément la mémoire qui caractérisera le modèle traditionnel du juriconsulte tracé plus tard par Cicéron dans un texte célèbre¹⁰.

Il faut ensuite souligner le rapport entre oralité et événement. L'oralité ne connaît pas d'architecture conceptuelle, de description complexe par des liens de cause ; elle se fixe au contraire sur l'épisode singulier saisi à travers les mots qui le représentent. Dans le savoir des pontifes, l'événement était véritablement la réponse et l'occasion qui la déterminait : les mots de celui qui interrogeait, les mots du prêtre savant, qui prescrivait en répondant. Conserver la connaissance du *ius* par les événements (par chaînes de *responsa* mémorisés) et non par les concepts se présenterait comme une solution sans alternative ; et l'habitude se perpétuera longtemps, même quand, des siècles plus tard, la pensée juridique aura appris à faire usage de techniques et de schèmes beaucoup plus élaborés.

2.

Dans le *responsium*, l'avis de l'expert naissait de l'observation du cas exposé, à travers la voix qui le décrivait. La pensée se développerait dans l'urgence de la situation qui requerrait la réponse. Le premier modèle de savoir du *ius* était une organisation mentale « par événements » (plus tard, par types d'événement) des prescriptions rituelles qui devraient guider l'action des *patres* dans la communauté.

Longtemps, jusqu'au milieu de l'époque républicaine, les *responsa* seront rattachés au nom de celui qui interroge¹¹. Ils exprimaient un savoir en quelque sorte fondé sur des signes et des indices – une espèce de « prophétie sur le passé », où la pratique rituelle pétrie de magie se combinait avec la rationalité empirique et calculante des nouvelles institutions politiques qu'avait introduites la réforme servienne. Dans l'examen de la question qui lui était soumise, l'attention du pontife s'arrêterait sur des détails, sur le mot qui pour un esprit initié seulement, deviendrait révélateur, pourrait orienter la réponse. Il fallait néanmoins remettre toute action dans le sillon du *ius*, identifier le rite qui pourrait le ramener dans la sphère du *ius*. Temps, comportements, priorités, répétitions, formules magiques; gestes, omis ou accomplis; mots, dits ou tus; instruments, objets, rôles, technologies indispensables aux rituels: la baguette, le bronze, la balance, le peseur, les témoins. Une enquête-diagnostic se développerait, centrée autour de ce rapport spécial au particulier, de cette aptitude à la concaténation des signes que nous retrouvons à peu près à la même époque dans la trame logique – sensiblement mieux documentée – des textes de la médecine grecque de tradition clinique. Entre la pensée archaïque du *ius* et la science médicale grecque antérieure ou étrangère à la perspective anatomique il y a quelque chose de plus qu'une pâle ressemblance. Il y a le dispositif commun d'une même rationalité concrète tournée vers le particulier, vers l'indice, vers l'événement: rituels et maladies, relations sociales et corps humain comme ensembles de signes à exposer ou à déchiffrer.

Les *responsa* des pontifes, en tant que manifestations d'une compétence et d'un talent secrets, n'étaient pas motivés, et y désobéir n'était pas directement puni par les autorités de la cité, mais jetait le transgresseur dans un abîme de honte. Leur force de survie était liée

à l'existence d'un rapport délicat entre l'événement mémorisé dans son individualité non reproductible, et la recherche de sa possible modélisation à valeur prescriptive (c'est-à-dire la possibilité qu'il devienne à son tour générateur de *mos*). Cette tension déterminait la durée de vie de la réponse. Un lien se stabilisait entre transformation en modèle et continuité dans le temps, entre conservation empirique de l'identité et observation déjà, en quelque façon, abstraite de la quantité, une relation elle aussi destinée à se maintenir dans l'histoire de la pensée juridique romaine, sous forme d'une intégration profonde entre *scientia* et *prudencia*, entre *ars* et *usus* (pour le dire avec Cicéron), entre *epistémé* et *phronésis* dans les termes de la conceptualisation philosophique grecque¹².

À côté de ce premier noyau cognitif, le savoir pontifical du *ius* acquerrait un autre trait, qui se révélera tout aussi lourd de conséquences. À l'intérieur des institutions civiles, il se posait comme fondamentalement non discriminatoire pour les membres de la communauté post-gentilice: ses préceptes définissaient des modèles de comportement gestuels et verbaux qui pouvaient être utilisés à égalité par les patriciens comme par les plébéiens. Son unique référence était les actes accomplis par les *patres* de la communauté. Chacun pouvait en profiter pourvu qu'il fût citoyen: sa dimension – personnalisée, atomisée – était celle-là même que nous retrouvons dans la logique centuriate et dans le développement de la propriété parcelaire de la terre. L'inégalité se manifestait dans la concentration exclusivement pontificale, donc patricienne, de la connaissance du *ius* et, de ce fait, de tout pouvoir prescriptif; non dans la logique qui guidait l'élaboration des réponses.

Il était donc inévitable qu'un tel savoir croisât les noeuds et les conflits de la politique: il concentrerait en lui la force d'une discipline essentielle, dont le gouvernement de la cité centuriate ne pouvait faire bon marché: et, au moins à partir de la fin du VI^e siècle, nous devons chercher à le suivre dans ce nouveau contexte.

La réforme de Servius n'aurait pas sauvé la royauté, mais elle survécut néanmoins à la catastrophe des Tarquins. Il est probable que dans les décennies qui suivirent l'instauration de la république (pour laquelle la date proposée par la tradition romaine – fin du VI^e siècle –

semble la plus probable) la réaction des vieilles aristocraties gentilitiques soit allée jusqu'à tenter d'en annuler les effets, aussi bien militaires que politiques, et à réintroduire l'antique modèle de la guerre par bandes : l'épisode de la bataille du Crémère – pour ce que l'on en sait – va exactement dans ce sens. Mais le désastre qui s'ensuivit contribua à préserver l'organisation centuriate, en montrant clairement que ses nouveaux critères étaient désormais un acquis irréversible si l'on ne voulait pas courir à d'autres défaites, et fit apparaître de façon incontestable que le problème des groupes aristocratiques était leur renouvellement politique, et non de rentrer dans leurs vieilles coquilles gentilitiques.

Du reste, ce n'était pas seulement une question militaire. Les progrès du VI^e siècle avaient créé à Rome une stratification sociale et économique qu'il serait impossible – surtout dans un moment de crise économique ou de graves difficultés démographiques et même alimentaires comme celles qui suivirent la naissance de la république – de ramener purement et simplement à l'antique subordination de l'époque gentilice. La fin de la monarchie, quelle qu'elle ait été la magistrature qui l'avait immédiatement remplacée, la rupture du système fondé exclusivement sur les rapports de parenté, la crise économique, le développement des relations politiques à travers l'assemblée centuriate, concentraient ainsi leurs effets dans la détermination d'une situation jusqu'alors inconnue dans l'histoire de la cité – un âpre affrontement entre des groupes opposés, auquel le nouveau cadre institutionnel tout autant que l'antagonisme des intérêts donnaient une forme et une consistance qu'il serait erroné de définir comme « de classe », mais en tout cas destinés à durer. D'un côté, l'aristocratie, en chemin vers une organisation qui n'était plus seulement gentilice de son pouvoir et cherchant à redéfinir en termes politiques sa nature « patricienne ». En face, l'ensemble des groupes non aristocratiques, qu'on ne pouvait ramener au système de parenté gentilice, réunis par le lien d'une commune identification « plébéienne ».

Le conflit, pour long et vif qu'il fût, ne désagrègera pas la cité : au contraire il en complèta et en acheva la politisation, finissant par consolider ces éléments organisateurs que le modèle centuriate portait en lui depuis le début.

Des les origines l'espace occupé par la communauté s'était présentée sectionné, divisé, réparti : les trois tribus, les trente curies, les *ligna iugera* pour l'attribution individuelle de la terre, que la saga de Romulus attribuait au fondateur lui-même. Quelques uns de ces chiffres peuvent être le résultat de contaminations plus tardives, mais nous n'avons pas de raisons de douter que l'idée du fractionnement, de la décomposition symétrique des groupes et des superficies soit très ancienne : le versant « quantitatif » du syndrome prescriptif original.

Sur ce réseau se greffe la tendance calculante de la nouvelle politique, et de la mentalité qui l'accompagnait. Chaque citoyen-soldat était pesé, évalué, encadré. La prédisposition classificatrice s'affirmait comme le véritable critère d'ordre de la nouvelle culture républicaine. Elle était capable de mesurer chaque composant de la communauté, au-delà de son appartenance gentilice, et de lui assigner la place qui lui revenait dans un ensemble perçu – même s'il n'était pas encore conceptualisé – comme une totalité organique.

Néanmoins, en s'imposant malgré des débuts contestés, ce paradigme particulier d'organisation ne remplaça pas le vieux monde magico-religieux qui avait jusqu'alors dominé la cité. La politique républicaine et la culture de la première communauté s'intégrèrent au contraire dans une combinaison où coexisteraient logique centuriate et appareils gentilitiques originels. Les oscillations de cet équilibre étaient à l'image des déplacements de pouvoir dans la cité. La tentative obstinée des groupes patriciens de se réserver l'accès aux collèges sacerdotaux – en particulier au savoir et aux pratiques pontificales – était la défense d'une exclusivité culturelle et prescriptive qui permettrait de délimiter et de maîtriser les effets potentiellement subversifs d'une extension trop libre de la politique.

De son côté la nouvelle structure servienne, probablement depuis son début, mais certainement une fois la république instaurée, ne fut jamais un modèle seulement patricien. Certes, elle se nourrissait d'une pensée aristocratique, pour laquelle la différence de cens avait un poids déterminant, mais ses limites ne coïncidentent jamais avec celles de la vieille culture seigneuriale des *gentes* : les groupes les plus forts de la plèbe s'y reconnaurent aussitôt, dans une adhésion qui allait avoir des conséquences très importantes. La

structure politique de l'armée et du comice centuriate était un para-digme oligarchique, non gentilice. Les idées qui l'exprimaient étaient déjà potentiellement le tissu d'une nouvelle aristocratie, celle qui allait conduire au grand compromis patricio-plebéien, encore lointain au V^e siècle, mais ensuite toujours plus défini et victorieux, destiné à marquer la stabilisation républicaine à partir des années 300.

Entre politique, religion et connaissance du *ius* commença ainsi à s'établir le schéma d'une interaction qui se reflètera sur toute l'histoire républicaine. Plus le cercle de la politique s'élargissait, moins allait peser l'omniprésence de la religion et des rapports de parenté gentilices. Et la relative rétraction du monde magico-religieux, déjà perceptible au V^e siècle puis de plus en plus accentuée, allait marquer à son tour l'irrésistible expansion du *ius*, régulateur incontesté des conditions familiales et patrimoniales pour la citoyenneté, qui à partir du début du III^e siècle prendra les traits d'un savoir dépositaire d'une fonction normative désormais perçue comme distincte et autosuffisante, encore qu'intégrée de façon à faire corps avec le pouvoir politique de l'oligarchie. À l'ancienne imbrication entre sacré et *ius* se juxtaposa, puis lentement se substitua, une alliance différente, pleinement opérationnelle dans le cours du III^e siècle, entre savoir juridique et pouvoir laïque de la nouvelle aristocratie, tandis que la religion allait subir à son tour une forte pression de la part de la politique.

Mais les rythmes de ces dynamiques seront loin d'être transparents. Les combinaisons synchroniques tendront à prévaloir sur les séquences linéaires, et pour longtemps se détermineront des zones d'ombre, de confusion et de tension. Même lorsque l'imagination religieuse archaïque aura épuisé toute sa force créatrice, la contiguïté avec le monde du *ius* continuera à se manifester sous la forme d'une imposante jurisprudentialisaiton de la religion traditionnelle (reflet renversé du primat originel de la culture religieuse), qui s'accompagnera de sa contamination politique, et conduira à la consolidation d'un véritable *ius pontificum*, cultivé, en plein II^e siècle ap. J. C., par Quintus Fabius Maximus Servilianus, jusqu'à Servius Sulpicius Rufus qui, vers la fin de la république, en confirmera programmaitiquement le lien avec le *ius civile*, ou encore Trebatius Testa, ou Varro; sans parler du phénomène analogue du « droit augural »¹³.

Le panthéon romain, lui aussi, s'élargissait et se stabilisait, acceptant avec une disponibilité toujours plus grande les présences grecques. Autour de la triade capitoline se structurait une organisation fondée sur les temples par laquelle les dieux prenaient demeure dans le centre de Rome, à côté des citoyens. La nouvelle situation accentuait la mutation du rôle social des prêtres : la scène religieuse était de moins en moins dominée par les prêtres symboles vivants des divinités, au profit de ceux qui possédaient un savoir de plus en plus vaste et riche. Bien au-delà des prêtres-statues s'imposaient les prêtres-savants : maîtres du sacré et des rites, mais aussi contrôleurs sévères de l'investiture des magistrats républicains – subordonnée à l'approbation des dieux – dont ils restaient les arbitres presque absolus. L'intégration du divin dans la politique s'accomplissait en transférant sur le nouveau terrain tout le poids du ritualisme cérémoniel archaïque : au moment où la société changeait, la religion ancestrale, gardée par ses ministres, devenait le garant suprême de la continuité du pouvoir et de son bon usage.

Mais là où la transformation de la cité aura les conséquences les plus importantes, ce sera sur l'autre des savoirs pontificaux : la production du *ius*. Les prêtres avaient désormais face à eux un monde social traversé de tensions radicales, alimentées par les revendications de la plèbe qu'il fallait bien affronter. Ce qui était mis en question était moins l'exclusivisme patricien du collège pontifical que l'idée même – véritable particularité romaine – que l'ordonnancement de toute la cité devait passer par les prescriptions oraculaires d'un savoir exclusif et secret. Il pouvait en être autrement. La réalité de la Méditerranée entre le VI^e et le V^e siècle offrait des solutions différentes. De la Grèce arrivait un autre exemple : celui de la « loi » comme expression du pouvoir politique, qui s'était affirmé avec la diffusion de l'écriture, amplifié par la vague démocratique. À Rome aussi était sur le point de se jouer une partie nouvelle, aux issues incertaines.

Le paradigme de la loi

1.

Le V^e et le IV^e siècle peuvent être considérés comme le laboratoire de la république : une longue et difficile transition de la chute de la royauté jusqu'à la consolidation définitive du nouvel ordre institutionnel.

Aussi faut-il éviter de n'interpréter la crise du V^e siècle que comme une régression. Dans ces années, au contraire, la république réussit en dépit de tout à jeter ses bases, et le mécanisme militaire-expansionniste, qui plus tard fera si bien ses preuves, reçut avec succès son baptême.

Avec des fortunes diverses, tout au long du siècle, deux projets d'institutions et de pouvoir s'affrontèrent, que l'on peut l'un et l'autre rattacher de quelque façon à la nouvelle logique servienne, mais divisés selon une polarité qui rappelle la dialectique politique de nombreuses cités grecques de l'époque. La tradition romaine ultérieure, entièrement formée sous le signe de la normalisation oligarchique qui avait eu lieu, cherchera à atténuer la radicalité du conflit, dont elle fragmentera le récit en une séquence d'affrontements certes durs, mais de portée épisodique et circonscrite ; pour autant, elle ne réussit pas à en occulter tout à fait l'importance réelle¹.

Le premier des modèles en jeu était centré sur la restauration d'une suprématie sans partage des vieux groupes gentilices, fût-ce au-delà des traditionnels rapports de clan : c'est le « verrouillage » du

patriciat dont a parlé Gaetano de Sanctis². Le second projet devait se présenter, y compris pour ses protagonistes, et du moins au début, comme plus vague et incertain. Il visait en tout cas à contrer la prééminence patricienne, et à projeter avec plus de force sur la scène politique les masses plébéiennes; mais il se divisa progressivement en deux versions distinctes, si l'on en croit les données dont nous disposons. Dans l'une, se faisait jour une orientation que nous pourrions définir comme démocratique (en pensant aux développements contemporains dans l'histoire des *poles* grecques de l'Attique, de la mer Égée et de Sicile), visant à instaurer dans la république le pouvoir de contrôle d'une assemblée plébéienne à suffrage universel masculin, mais n'excluant pas non plus des solutions plus ou moins ouvertement « tyranniques », selon un glissement dénagogique bien connu dans l'histoire des démocraties antiques. L'autre, sensiblement moins radicale et toujours plus dominante à partir de la fin du V^e siècle, entrevoit la possibilité d'un compromis entre patriciat (du moins pour une part significative) et élites plébéiennes, d'où la formation d'un nouveau bloc oligarchique, avec une base sociale assez large, capable de mettre fin au temps des conflits, et d'assurer un gouvernement unitaire et « tempéré » à la cité³.

À partir du milieu du V^e siècle la ligne de l'intransigeance patricienne se désagrèga assez rapidement sous les coups des succès plébéiens et commença à prendre corps l'idée médiane de l'alliance oligarchique. Mais autour de l'an 300 encore, le mirage d'une démocratie radicale et probablement « tyrannique » demeurera assez fort pour attirer des figures d'importance dans les rangs mêmes du plus ancien patriciat: ce n'est que dans cette perspective que le rôle d'Appius Claudius le Borgne et les événements liés au plébiscite Ogulnius prennent tout leur sens. D'autre part, le fantasme d'une démocratie subversive (à leurs yeux) – et d'une possible entente entre tyrans et peuple – allait continuer de troubler pour longtemps le sommeil des optimates, bien au-delà de la fin des luttes de cette époque; ce sera jusqu'à Catilina et, à certains égards, jusqu'à César même, une peur récurrente pour la noblesse⁴.

Il faudra attendre les premières décennies du III^e siècle avant J.-C. pour que les conflits de la première période républicaine puissent être considérés comme définitivement clos, et que s'ouvre la longue

période de la stabilisation aristocratique, qui durera jusqu'aux années des Gracques, et de la formation de l'Empire mondial: on devra à cette consolidation l'extraordinaire expansion de la cité, les grandes fortunes de la république, et la naissance même du mythe de Rome. Mais avant ce résultat, le conflit allait être long, très âpre, et ouvert à des solutions fort différentes.

2.

L'épisode le plus important de cette lutte engagée pleinement l'histoire du *ius*: ce fut lui, imprévu et énigmatique, qui conduisit, vers le milieu du V^e siècle, à la législation des Douze Tables. La mémoire aristocratique, fondatrice de ce que nous pouvons appeler « le canon républicain », plus tard confié à l'historiographie et aux antiquaires œuvrant entre le II^e siècle av. J.-C. et l'époque augustéenne – et dont nous dépendons presque exclusivement – allait tenter de multiples façons (comme dans d'autres cas, moins cruciaux) de voiler le caractère traumatique de ce tournant, soucieuse qu'elle était de construire un récit le plus continuiste et le plus finaliste qui soit de l'histoire de Rome, où tout devait concourir en bon ordre à préparer la future grandeur: une vision que, dans le cas des Douze Tables, Pomponius encore, le seul juriste à qui nous devons une relation concise de l'événement⁵, avait de bonnes raisons d'accepter. Pourtant, si l'on y prête un peu d'attention, la profondeur de la déchirure apparaît encore en pleine lumière, sous nos yeux.

Avec une précocité qui se révélera elle aussi déterminante, à la suite des événements de ces années la cité se trouva en effet face à deux hypothèses, différentes mais également définies, d'organisation normative et d'ordonnement social, deux modèles alternatifs de souveraineté, pourrions-nous dire: l'un fondé sur le paradigme, spécifiquement romain, du *ius*; l'autre sur celui, grec et méditerranéen, de la *lex*. On peut sans abus affirmer que le conflit eut des conséquences incalculables: de lui dépendit l'invention de la « forme droite » dans le parcours de l'Occident.

Selon le noyau narratif de la tradition annaliste, diversement repris par Polybe, Cicéron, Tite-Live, Denys d'Halicarnasse, Diodore, Pomponius – et sur lequel les historiens modernes au cours des XIX^e

et XX^e siècles ont souvent émis des doutes sévères, mais dont aujourd'hui personne ne conteste plus la fiabilité de fond — les Douze Tables furent composées entre 451 et 450 av. J.-C. par un collège déceuvrial en grande partie (ou exclusivement) patricien, auquel avait été confiée la tâche de gouverner la république — toutes les autres magistratures ayant été suspendues — et de rédiger des lois à placer solennellement au centre de la cité. Certains détails demeurent très controversés, concernant surtout les événements de 450, la composition du collège dans cette seconde année et la fin du mandat des déceuvirs en 449, mais nous pouvons passer sur ces points.

D'une autre donnée nous sommes certains : depuis le début, au travail des déceuvirs fut associé un mot-clé, *lex*, très ancien dans le lexique latin — peut-être pas autant, toutefois, que *ius*, *fas* ou *mos*. Son étymologie n'a pas soulevé moins de problèmes que ces autres monosyllabes mystérieux. On peut en tout cas lier sa signification originale à la désignation d'un acte d'autorité du pouvoir politique, un commandement qui se situait donc sur un plan parfaitement distinct de l'ordonnement religieux des prêtres, destiné à agir à un niveau différent de la vie communautaire, simplement humain, peut-on dire, et qui précisément pour cela était doté de la force d'une sanction coercitive (à la différence des *responza* pontificaux, qui en un sens n'en avaient pas besoin).

Dans la langue de la Rome du V^e siècle *lex* a donc le sens qu'avait, dans le grec de la même époque, un autre mot important pour l'histoire que nous sommes en train de raconter : *nomos*. Mais il s'agissait pour ce dernier — et il est essentiel de ne pas l'oublier — d'une signification acquise depuis peu, et non originelle dans l'expérience grecque. Dans cette culture, en fait, le premier champ sémantique du terme tournait plutôt autour de l'indication d'une ritualité religieuse, ou d'un principe coutumier, ou encore d'un précepte moral : c'est dans ces acceptions que *nomos* apparaît chez Hésiode, Archiloque, Théognis, Alcée (mais pas chez Homère, qui semble l'ignorer, sinon peut-être en une occurrence⁹) ; les termes conigus sont *themis* et *thesmos* (respectivement la prescription qui vient du roi prêtre, la sentence oraculaire ; et la règle qui discipline les rapports entre les familles ou, plus tard et de façon plus générique, la justice). Dans le latin plus ancien nous devons parfois le rendre par *mos*,

peut-être aussi par *ius* dans son sens originel, mais non par *lex*. Quand, dans la Grèce archaïque, et aussi à Athènes, on voulait désigner plus précisément le commandement venant du roi, ordinairement en tant que médiateur d'une volonté divine, on utilisait plutôt, outre *themis*, *thesmos*, qui revient chez Homère et que nous trouvons encore référé aux lois de Dracon et de Solon⁷. Mais à partir de la fin du VI^e siècle et tout au long du V^e, *thesmos* se raréfie (comme s'efface le sens oraculaire de *themis*), jusqu'à disparaître pour de bon, justement à partir des années 450. *Nomos* le remplace complètement, dans la nouvelle acception — imposée par la poussée démocratique qui allait s'affirmer dans ces décennies et qui en avait fait un de ses emblèmes — de « loi (dictée par la) politique », totalement humaine, pourvoyeuse d'égalité, d'*isonomia* (autre terme-clé, « le mot le plus beau de tous », selon un célèbre passage d'Hérodote⁸), probablement dès les réformes de Clisthène, qui pourraient avoir introduit les deux vocables dans le lexique politique athénien.

Au V^e siècle, *nomos* est donc un terme chargé d'idéologie. Il désignait un paradigme de souveraineté, puisque sa signification était étroitement liée à l'expérience de la démocratie (il en sera ainsi, par exemple, chez Démosthène⁹) et à celle — également essentielle dans ce contexte — de l'écriture comme vecteur de communication politique (entre autres chez Euripide, dans les *Suppliants*¹⁰). Il se forma de cette façon un trinôme indissociable — loi, écriture, laïcité — capable d'opposer la certitude de ce qu'on peut connaître et qui est stable à l'arbitraire d'une règle religieuse ou coutumière, manipulable à volonté par les détenteurs du pouvoir : un dispositif peut-être pas dépourvu, non plus, d'une valeur typiquement antimonarchique ; l'« excarnation » du précepte par le biais de sa représentation graphique présupposait en effet la désintégration de la figure du roi-prêtre, garant et fondateur mystique, à travers sa personne, de toute règle sociale¹¹.

Et c'est exactement là le sens — tout aussi idéologique — de *lex* dans la Rome de ces mêmes années, ou d'à peine quelques décennies plus tard, au point qu'on peut supposer que le mot se répandit précisément pour traduire la nouvelle notion politique de *nomos*, qui n'avait aucun équivalent latin adéquat (et *ius* moins que tout autre). Avec une différence de contexte décisive. En Grèce l'invention de la

Loi comme commandement politique « excarné » ne trouvait en face d'elle, dans les pratiques d'ordonnancement social élaborées jusqu'à lors, rien d'assez fort pour lui résister, sinon des résidus d'une royauté désormais en récession dans lesquels se confondaient encore des aspects religieux et prescriptifs; elle put de ce fait devenir très vite le point de référence exclusif de toute réflexion dans ce domaine, objet soudain, dans la nouvelle philosophie, d'un grand débat éthique et métaphysique – autre signe de la prééminence absolue de la politique, qui réussissait à tout intégrer dans sa sphère. À Rome, en revanche, quand une partie de la cité chercha à imposer le même modèle, cela se heurta aussitôt à une autre expérience – le paradigme du *ius* – déjà suffisamment installée et capable de s'autoréformer, voire d'acquiescer de l'intérieur une dimension progressivement laïque, pour pouvoir opposer à ce choix quelque chose de solide et de résistant.

Aucun comparatisme indo-européen ni aucune extension hasardeuse du concept de « droit », ne pourront jamais gommer cette donnée essentielle, que révèle une asymétrie inédite et bien visible dans les lexiques grec et latin. Au milieu du V^e siècle av. J.-C., il y a désormais, dans les formes de régulation sociale, une spécificité romaine irréductible, qu'on ne peut rapprocher d'aucune autre réalité méditerranéenne : ni des vieilles pratiques religieuses (plus ou moins mêlées aux mécanismes de la royauté présents en Égypte, en Mésopotamie et jusque dans les origines grecques et italiennes), ni de la nouvelle puissance de la loi politique écrite et « excarnée ». Cela demeure quelque chose d'intrinsèquement différent et isolé, une structure capable d'activer autour d'elle un savoir de type nouveau, qu'on ne peut rapporter aux mentalités du passé, mais sachant au contraire s'en détacher progressivement et prendre l'aspect d'une technique inédite. Ce sera en effet lorsque *nomos* transformera son horizon de significés, polarisé désormais sur la référence à la loi politique, et lorsque l'expérience du *ius* commencera à se détacher de sa matrice exclusivement religieuse (à peu près en même temps, entre la fin du VI^e siècle et le milieu du V^e) que ce dernier terme deviendra au fond intraduisible en grec : le manque de la chose entraînerait avec lui, inévitablement, l'absence du nom.

Il est vraisemblable néanmoins que le mot *lex* ne fut pas introduit à Rome pour la première fois en association avec les Douze Tables. L'historiographie et le travail des antiquaires conservent la mémoire, pour les toutes premières années de la république, de *leges sacratae* : mesures approuvées par les groupes de la plèbe dans sa propre assemblée (*concilia*) et imposées à toute la cité, selon lesquelles quiconque ayant empêché par la force les magistrats de la plèbe d'exercer leur fonction de garants serait considéré comme *sacer* – *sacer esto*, passible de mort en tant qu'exclu de la communauté¹². Dans ce cas aussi, il se serait agi de textes écrits (et c'est bien possible) liés aux luttes sociales : nous serions donc face au même cadre que celui des Douze Tables. Et la connexion avec le plan religieux, évidente dans le recours au *sacer*, ne fait pas problème; elle peut s'interpréter comme une tentative de mettre le nouveau pouvoir politique, dont le profil était encore fragile, sous la protection des mécanismes consolidés de la plus ancienne mentalité civique. Du reste, c'est un passage que nous retrouvons encore dans les Douze Tables (mais la formule revient aussi dans la disposition transcrite sur le cippe de la *Lapis Niger* : si sa datation doit véritablement remonter à l'ultime période monarchique, nous nous trouverions face au maillon, dans l'usage de cette clause, entre royauté étrusque et toute première législation républicaine)¹³.

Remonter plus haut semble difficile, et de toute façon les débuts de la *lex* ne peuvent être repoussés à une époque antérieure à la diffusion de l'écriture dans la cité, précisément dans la dernière partie du VI^e siècle. Selon une tradition qui s'est formée à l'époque républicaine, déjà auparavant auraient été émis des commandements du pouvoir royal, rapportés comme *leges regiae* – lois du roi¹⁴ – dont allaient circuler au moins deux recueils, remontant au VI^e siècle : le premier, réalisé par Servius Tullius, qui avait rassemblé les normes des époques de Romulus et de Numa Pompilius; le second, de l'époque de Tarquin le Superbe (le dernier roi, à la fin du VI^e siècle) et attribué à un certain Sextus Papirius (peut-être un Grand Pontife), qui aurait collationné toutes les lois de l'époque royale en un ouvrage appelé *Ius Papirianum* (mais la version de Pomponius et celle de Denys d'Halicarnasse divergent sur quelques points non négligeables¹⁵).

En principe nous ne pouvons exclure l'existence de dispositions liées à la royauté étrusque, ni même qu'elles puissent avoir été appelées aussitôt *lex* (dans ce cas, le mot latin aurait traduit plutôt *thesmos* que *nomos*). Il serait difficile d'en identifier les contenus : peut-être la structure des rapports de parenté (mariage, paternité), la réglementation des funérailles, la répression criminelle (paricide)¹⁶.

Mais même si nous suivions cette hypothèse, assurément l'idée du recueil et de l'édition complète ne peut être que beaucoup plus tardive, et l'imputer à l'époque de la royauté revient à déplacer dans le passé un travail bien plus récent. Il est certain qu'au I^{er} siècle av. J.-C. devait être connue une collection de *leges* anciennes, plus probablement des tout premiers temps de la république, prédécesvirale, peut-être même de l'ultime royauté, désignée comme *Ins Papirianum* (définition parfaitement plausible pour l'époque tardorépublicaine). Ce recueil – peut-être déjà connu de Cassius Hemina et de Licinius Macer – fut commenté à l'époque augustéenne par l'érudit Graminius Flaccus et finit vraisemblablement entre les mains de Masurius Sabinus, à l'époque de Tibère; il est aussi possible qu'il ait été encore consulté par le juriste Paul au début du III^e siècle après J.-C.¹⁷ Mais il devait s'agir d'un texte rédigé au plus tôt au III^e ou II^e siècle av. J.-C. et qui contenait des dispositions également anciennes, désormais appelées par habitude *leges*, dont le texte était arrivé à l'éditeur à travers une tradition qui nous est inconnue, probablement faible, même si elle modernisait les originaux, du moins du point de vue de la langue¹⁸.

Et il reste tout aussi difficile de croire que ces *leges* avaient été approuvées, au moment de leur promulgation, par les *comitia curiata*, comme s'obstinait inutilement à le répéter les historiens de l'époque augustéenne. Nous sommes de toute évidence face à une autre projection, qui retrouderait à l'époque monarchique – et même jusqu'à celle de Romulus ! – le modèle, typiquement républicain, de la relation *lex-comice* (centuriate ou tribute). En réalité, non seulement ce que l'on appelle *leges regiae*, mais également les Douze Tables, ne furent jamais approuvées par aucun comice. Tout au plus peut-on penser qu'elles ont été récitées devant l'assemblée, pour que la communauté en prit acte. La seule relation dont on peut faire l'hypothèse à l'époque archaïque reste celle qui existait entre *lex* et autorité

politique suprême : le magistrat, les décemvirs ; dans quelques cas exceptionnels, l'assemblée de la plèbe, expression d'un pouvoir subsidiaire et, à sa façon, souverain. Plus tard seulement, ce lien originel allait se transformer : promis à un très long succès, y compris idéologique, il unirait le peuple (dans son expression comitiale) et la *lex* (désormais *publica*, c'est-à-dire du peuple)¹⁹.

3.

Derrière la nouveauté des Douze Tables il y avait très visiblement, non dissimulée par la tradition, la pression plébéienne. Le dessein était clair. On voulait casser de la façon la plus décisive l'axe le long duquel s'était jusqu'alors construite toute forme de régulation de la vie sociale de la cité : celui qui allait du *ritus* aux pontifes et au *ius*. À la figure, intrinsèquement aristocratique, du *responsum*, héritée des origines gentilles de la cité, on voulait substituer, comme en Grèce, celle – orientée vers l'isonomie – sinon véritablement vers la démocratie – de la *lex* : un ensemble de règles fixé une fois pour toutes, établies et rendues accessibles par le moyen de l'écriture. Désormais la cité tout entière, à travers le texte de ses lois (« qui étaient en mesure de s'adresser à tous, d'une seule et même voix », dira plus tard Cicéron, qui en saisissait parfaitement la valeur isonomique²⁰), se porterait elle-même garante du comportement de ses citoyens, en ne s'en remettant plus pour chaque règle à la manipulation de coutumes reculees, confiées à la mémoire d'un cercle inaccessible de prêtres (on réussissait à « renforcer la cité par les lois », comme l'écrivit Pomponius²¹ quelque six cents ans plus tard). Entre la communauté et ses *mores* – et entre discipline et expérience religieuse – se dressait maintenant l'ombre laïque d'un législateur accepté par le peuple. Le recours à l'écriture – les Douze Tables étaient gravées sur bois ou sur bronze – accentuait encore l'importance de la rupture : d'un *ius* secret à une *lex* officiellement proclamée (selon une des nuances de sens du mot). Jusqu'au IV^e siècle av. J.-C. couvrait un fil rouge qui relie, dans l'histoire romaine, écriture, droit et politique, comme du reste dans l'expérience grecque, de peu antérieure : le mot écrit contre un usage exclusif et arbitraire de l'oralité patricienne ; la présence sans

limites de l'ordre du législateur contre la tentative oligarchique de soustraire à toute transparence la discipline d'une partie importante de la vie de la cité.

Que l'idée d'un tel tournant fût venue aux plébéiens à travers des influences grecques, il est difficile de le contester. Les historiens discutent encore sur la crédibilité de la mention, faite par Tite-Live et Denys d'Halicarnasse, d'ambassades que Rome aurait envoyées pour l'occasion en Grèce ou en Grande Grèce; Florus, les deux Pline, Ammien Marcellin, Symmaque, Augustin, Isidore de Séville la reprennent, mais Polybe, Cicéron et Diodore n'en disent mot (tandis que Pomponius parle d'une aide au collège des décevirs offerte par Hermodore d'Éphèse, exilé grec, philosophe et législateur ami d'Héraclite²²). En réalité, authentifier ce détail n'a guère d'importance. Qu'il soit vrai ou faux, son souvenir prend, dans la tradition qui le conserve, une évidente valeur symbolique, et c'est ainsi que nous devons l'interpréter: comme la transcription dans les faits d'une indéniable connexion culturelle, qui reliait le mouvement plébéien et ses objectifs à la vague législatrice, isonomique et à certains égards ouvertement démocratique, qui avait parcouru la Grèce et ses colonies, de la mer Égée à l'Italie méridionale, entre le VI^e et le V^e siècle. A quelle autre source les dirigeants de la plèbe auraient-ils bien pu prendre l'idée d'une législation qui, soudain, en seulement deux ans, redéfinir sur des bases totalement étrangères à l'histoire de Rome les termes de la coexistence civile? Et qu'imaginer derrière l'extrémisme plébéien du V^e siècle, sinon les suggestions et programmes arrivant de ce monde qui n'avait rien de lointain? C'était un bagage d'idées et d'exemples qui aidait à concevoir un projet de transformation de la république à peine née en quelque chose de semblable à une « démocratie radicale », construite autour du primat d'une assemblée où l'opinion de chacun pouvait compter de façon égale (à condition bien sûr d'être homme, libre et citoyen, ce qu'étaient précisément les *concilii* de la plèbe, dans lesquels toutefois on voyait par tribu): c'était la solution la plus avancée jamais expérimentée dans les sociétés antiques, même si elle était stigmatisée comme dangereuse et malheureuse par le courant dominant de la pensée politique grecque elle-même²³.

Sur un tel arrière-plan apparaît clairement le caractère directement antipontifical de la législation des décevirs. Et il est vraiment étrange qu'une grande partie de l'historiographie moderne se soit obstinée à ne pas voir cette évidence. Le fait que la tradition romaine ne la rapporte pas explicitement ne prouve absolument rien. Le contraire, à vrai dire, serait surprenant. Ce que nous avons appelé « le canon républicain » poussait en effet à occulter les conflits de ce genre, comme à cacher, par exemple, l'hégémonie étrusque sur Rome, qui n'en est pas moins certaine. Les Douze Tables étaient désormais intégrées dans l'alvéole du *ius civile*, et il était possible d'accentuer une lecture continuiste de l'histoire juridique et institutionnelle romaine: une interprétation essentiellement apologétique et pacifcatrice au magnétisme de laquelle n'a pas même su se soustraire l'historiographie juridique moderne, elle aussi encline à retrouver aux origines du droit romain le début uniforme d'une histoire grandiose, plutôt que des alternatives et des conflits révélateurs d'un chemin bien plus tourmenté et problématique.

Et n'oublions pas non plus que les historiens antiques ne parvenaient pas à dissimuler le fait — en lui-même éclairant — qu'au col-lège décevirial, pourtant dominé par les patriciens, ne participaient pas de pontifes: exclusion bien étrange, si l'on songe que les prêtres furent les plus grands experts de la cité sur les thèmes qui faisaient l'objet de l'intervention législative. Mais évidemment le but de la législation était précisément de restreindre, sinon de supprimer, le contrôle pontifical sur la vie romaine, dans un moment où toutes les assises institutionnelles étaient mises en discussion, et où la force des revendications plébéiennes menaçait de couper en deux la cité; et il est évident qu'un tel projet — partagé par les élites plébéiennes comme par cette partie du patriciat favorable pour diverses raisons à un compromis — ne pouvait envisager la participation directe des pontifes. Penser le contraire, à savoir que de l'intérieur même du collège pontifical ait émergé soudain un cadre d'idées absolument différent de celui jusqu'alors conçu et suivi, et que se soit affirmé un véritable paradigme alternatif de souveraineté — écriture, là où il y avait oratoire; proclamation publique, là où il y avait secret; normes certaines et égales pour tous, là où il y avait eu prescriptivité casuistique hors de tout contrôle — défie toute vraisemblance historique.

La vérité est que Rome était à ce moment-là une cité divisée – « d'une seule cité il s'en fit deux » écrivait justement Tite-Live en une métaphore efficace²⁴ – et dans l'âpreté de la lutte s'affrontaient deux cultures, qui exprimaient deux idées différentes de la république. Le modèle du *ius* et celui de la *lex* étaient, de toute évidence, sur les bords opposés des deux camps.

Cette interprétation n'est en rien contredite par le fait, difficilement contestable, que le collège des décevirs – du moins dans sa composition originale, pour nous la mieux attestée – ne comportait pas de représentants de la plèbe²⁵. Cela s'explique par la spécificité du travail confié aux magistrats. La transcription sous forme législative du vieux *ius* pontifical était une entreprise difficile, qui supposait un bagage de connaissances, jusqu'à lors rigoureusement propre aux familles patriciennes, trop sophistiqué pour pouvoir être assumé par des personnalités de la plèbe : dans ce camp manquaient totalement les prérequis culturels permettant de mener cette tâche à bonne fin ; jusqu'à présent l'exclusivisme gentilice avait fonctionné de façon efficace. Il était donc inévitable pour la plèbe de recourir à ses premières alliances et de s'en remettre à cette partie du patriciat disposée à concéder beaucoup – une législation isonomique – mais certes pas prête à évacuer de l'horizon de la cité les contenus de l'antique *ius*, ni à renoncer à tous ses privilèges ; ainsi s'explique le maintien de normes discriminatoires, comme l'interdiction du *conubium* (mariages entre patriciens et plébéiens), admis pourtant peu après²⁶, ou l'esclavage pour dettes (*nexum*), qui attendra encore près d'un siècle pour être abolit²⁷.

Dans un premier temps la pression plébéienne sembla avoir réussi. La législation fut imposée comme règlement suprême de la vie de la cité (il y a quelque obscurité sur la promulgation des deux dernières Tables, mais nous pouvons négliger ce point).

Notre information sur les contenus est lacunaire, mais nous offre de quoi travailler : l'original des Tables a été perdu dans l'incendie de Rome en 390 av. J.-C., suite à l'invasion gauloise, et sa diffusion dans les derniers siècles de la république se fonda sur l'édition réalisée, au début du III^e siècle av. J.-C., par Sextus Aelius Paetus Catus dans les *Tripertita* (sans aucun doute, il avait sous les

yeux une version fidèle : c'est la version exposée sur le Forum qui a été perdue, non les copies conservées dans les archives des pontifes²⁸). Sur ce texte se fonderont tous les commentaires des juristes à venir, de Labéon à Gaius, qui y travaillait encore en pleine époque hadrienne (et il n'était pas le seul²⁹).

Mais en dépit de la renommée et du respect dont le texte était entouré – Cicéron se souvient qu'à son époque les jeunes gens l'apprenaient par cœur³⁰ – le sens littéral de nombreux mots était obscur même aux antiquaires et juristes de la république tardive (nous l'avons mentionné), malgré les modernisations que le texte original avait subies dans la recension de Sextus Aelius (retouches qui durent concerner l'orthographe plus que le vocabulaire, laissant certainement intacts les contenus normatifs).

Stylistiquement, les prescriptions avaient le caractère d'une prose rythmée (Cicéron en parle comme d'un *carmen*³¹) : elles étaient formulées selon une cadence qui, sans construire de véritables mètres, disposait les mots en séquences binaires ou ternaires, ce qui facilitait la récitation et la mémorisation, et même l'interprétation. Il s'agissait de règles relativement simples et générales, en contraste fort et voulu, peut-on penser, avec l'aspect particulariste et ponctuel des préceptes dans les réponses des pontifes : une phrase brève, souvent sous forme d'une hypothèse, introduite par *si*, où était décrit un événement dans une brève configuration type, suivie, en guise de conséquence inéluctable, par la règle dont le caractère prescriptif était exprimé par un impératif.

Les Douze Tables n'avaient rien d'une « charte constitutionnelle » : et nous sommes certains qu'elles ne dessinèrent pas le dispositif de la république (fonctions des assemblées, tâches des magistratures, ainsi de suite). Un passage de Tite-Live les présente comme « la source de tout le droit public et privé³² », mais il faut savoir saisir l'emphase de l'affirmation – encore une fois dans la ligne du « canon républicain » – sans prétendre lui donner une signification littérale ; et surtout, il ne faut pas prendre la référence au « droit public » dans le sens moderne de l'expression : ici, probablement, le *ius publicum* entendait simplement désigner le *ius* fondé sur les *leges publicae*, que l'historien venait d'évoquer, toujours dans le même contexte³³.

Il est probable toutefois que dans les Tables il y ait eu des références ponctuelles à des normes limitant les pouvoirs des responsables politiques de la cité : par exemple le principe selon lequel on ne pouvait condamner à mort un citoyen sans un procès devant le comice centuriate (« *de capite civis nisi per maximum comitatum ne ferretur*³⁴ »), ou la possibilité d'un appel au peuple (*provocatio*) contre un ordre du magistrat qui aurait exercé son pouvoir (*imperium*) de façon arbitraire.

Mais l'objectif de la législation n'était pas de définir ces règles, dont les contours étaient évidemment laissés à l'issue du conflit en cours, mais de couvrir le champ qui jusqu'alors avait été le domaine exclusif du collège pontifical — celui des relations familiales et patriloniales — pour résoudre les conflits d'intérêt potentiels entre les citoyens. C'est-à-dire qu'il interférait programmatically avec la sphère du *ius* — avec la discipline de la trame « privée » de la communauté, où se construisaient les conditions requises de la citoyenneté — en la désarrimant de la prononciation des *responsa*. Plus que d'introduire de substantielles innovations par rapport aux prescriptions précédentes — pas même dans un sens plus favorable à la plèbe, car elles n'étaient pas une législation émancipatrice — les Douze Tables avaient pour fonction d'en déplacer l'axe de référence d'un pouvoir à l'autre : des pontifes aux législateurs. Désormais, les préteurs eux-mêmes devront suivre les lois dans la teneur de leurs *responsa*. C'est ainsi que doivent s'entendre l'observation de Tite-Live sur l'« égalisation du *ius* pour tous, des plus puissants aux plus faibles » comme tâche première des décemvirs³⁵, et la remarque de Denys d'Halicarnasse (reprise par Pomponius à propos d'Appius Claudius) sur le travail de « recension et de transcription », par les magistrats, de préceptes précédant la législation³⁶. Il ne s'agissait évidemment pas d'intervenir sur leurs contenus, c'est-à-dire de toucher au rapport entre règles et *mos* pour modifier la logique même des prescriptions, mais de soustraire une fois pour toutes leur énonciation à une forme qui semblait porter inscrite en elle le germe de l'inégalité et de l'arbitraire.

4.

Nous ne parvenons pas non plus à reconstruire avec certitude l'ordre des thèmes abordés dans les différentes Tables : le meilleur guide pour se faire une idée de la séquence demeure le commentaire de Gaius déjà mentionné, en six livres (peut-être un pour deux tables), dont il nous reste, à travers les *Digesta*, une trentaine de fragments (de celui de Labéon nous savons trop peu pour en déduire quoi que ce soit³⁷). Un point en tout cas est indiscutable. Le texte rassemblait pour la première fois une grande partie des mots (*verba*) jusqu'alors prescrits par les prêtres pour l'accomplissement des rituels essentiels dans les relations entre citoyens. On y déterminait les prérogatives du *paterfamilias* dans des situations particulières (Denys d'Halicarnasse en dresse une liste crédible : le chef de famille pouvait enfermer ses propres fils, les battre, les contraindre à travailler sur son domaine, les vendre ou les tuer³⁸), en réaffirmant le caractère poststatif de la famille archaïque : une particularité romaine qui, des siècles plus tard encore, allait attirer l'attention des juristes. Mais il était aussi établi que, si le père avait abusé de son pouvoir de vente temporaire, au bout de la troisième fois le fils deviendrait libre : « *Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto*³⁹ ». On fixait aussi les règles de la succession dans le cas où le *pater* était mort sans laisser de testament : « Si quelqu'un meurt intestat et n'a pas *suius heres* [c'est-à-dire une ou plusieurs personnes soumises à sa *patria potestas*, comme on l'appellera plus tard], le parent le plus proche en ligne masculine, *adgnatus proximus*, aura la famille [y compris au sens de patrilinéal] ; s'il n'y a pas d'*adgnatus*, ceux des personnes de la *gens* auront la famille⁴⁰. »

On réglerait le déroulement des actes solennels liés aux relations d'échange et de réciprocité entre les groupes familiaux, et accomplis selon le rituel du bronze et de la balance : *mancipium* (allé-nation) et *nexum* (une séquence rituelle par laquelle un *pater* soumettrait sa propre personne ou tout autre subordonné — *mans* — au pouvoir d'un autre *pater*) : « Chaque fois que s'accomplit un acte solennel de soumission ou de passage de la *mans*, tel la langue le prononcera, tel sera le *ius*⁴¹. » À l'intérieur de la mise en scène rituelle était réaffirmée la valeur — que nous dirions performative — des mots,

dont le son était encore chargé d'évocations magiques ; et cela valait aussi pour un autre acte solennel, auquel les Tables devaient faire référence, la *sponsio* : un échange de questions et de réponses formulaires entre créancier et débiteur, en mesure de déterminer la constitution d'un engagement pour celui qui promettait⁴².

Étaient ensuite réglementés les cas liés à la possession de terres et de bâtiments (limites ; dégâts des eaux de pluie — « si l'eau de pluie produit des dégâts » ; droit de passage sur le terrain d'autrui⁴³). D'autres normes — celles-ci, peut-être, d'inspiration plébéienne — réglaient dans les détails le déroulement des cérémonies funèbres, en limitant l'étalage d'apparat luxueux : les joueurs de flûte ne pouvaient être plus de dix ; il était interdit de verser beaucoup de vin sur la sépulture, ou de couvrir le cadavre de couronnes longues⁴⁴ ; dans la Grèce du V^e siècle également, l'ordonnancement des funérailles se trouvait à un point d'intersection névralgique entre traditions aristocratiques et démocratie nouvelle : on en trouve plus d'un reflet dans *Antigone*⁴⁵. Une même orientation plébéienne peut se percevoir dans la disposition qui permettait à quiconque d'intervenir dans la procédure exécutive contre le débiteur-prolétaire (*proletarius*, probablement par métathèse de *proletarius*, le « migrant », par opposition à *patricius*, le « résident-possédant »⁴⁶), pour bloquer l'action du créancier et l'obliger à prouver le bien-fondé de ses prétentions, ou dans la même minutieuse réglementation des opérations permises aux créanciers sur le débiteur insolvable (qui pouvaient aller jusqu'au « démembrement » du corps de ce dernier, partagé ensuite entre les créanciers — *partis secando*)⁴⁷.

Un espace important était dédié à ce que les juristes appelleront plus tard la punition des crimes et délits. On était à un moment délicat : le passage de la vengeance privée au régime de la *poena* (mot très ancien, que son sens original reliait au « paiement du prix du sang »⁴⁸), elle-même encore suspendue entre la sanction pour une transgression religieuse, frappant un acte qui avait rompu les relations harmonieuses de la cité avec ses divinités (et dont le responsable devenait *sacer*, pouvant être tué par tous), et une répression désormais laïque, infligée par la collectivité dont on troublait l'ordre social. Mais le recours à la vengeance restait prévu : « si un dommage corporel a été causé, et qu'il n'y a pas eu accord, il y aura le talion⁴⁹ » :

le contenu de la disposition, remarquable aussi par l'importance donnée à l'éventualité d'un accord non rituel entre les parties (« *ni cum eo pachi*⁵⁰ »), est le renvoi pur et simple à la violence de la vie, à peine tempérée par la demande d'une certaine proportionnalité : nous sommes, pour ainsi dire, voisins du degré zéro de la prescriptivité.

Nous savons aussi qu'étaient punis — outre l'homicide (*parricidas*⁵¹) et le traître à la communauté (*perthello*⁵²), tous deux de mort — le faux témoin (précipité du haut de la roche Tarpéienne⁵³) ou le témoin récalcitrant (avec un rituel de caractère magique, *obvugulatio*⁵⁴) ; celui qui avait volontairement mis le feu à une maison ou aux gerbes de blé qui se trouvaient dans ses parages (lié, fouetté et brûlé sur le bûcher⁵⁵), celui qui avait jeté un sort sur les moissons d'un autre pour les détruire ou les attirer dans son propre champ (également mis à mort⁵⁶) ; celui qui, nuitamment, menait ses bêtes à paître sur la terre d'un autre (sacrifié à Cérès, s'il était pubère ; sinon, fouetté et condamné au double du dommage cause⁵⁷) ; celui qui avait attenté par des formules magiques — *malum carmen incantavit* — à la vie ou à la santé d'autrui (toujours mis à mort⁵⁸). Quant au vol, celui qu'on avait volé pouvait tuer le voleur, s'il le prenait de nuit en flagrant délit (« s'il a commis un vol la nuit, s'il est tué, il sera abattu selon le *ius*⁵⁹ »). Autrement, on prévoyait diverses possibilités qui posaient des limites à la réaction de la victime du vol, jusqu'à envisager l'hypothèse d'un accord entre le voleur et sa victime, comme nous l'apprend, en toute vraisemblance, Ulpien, peut-être dans le sillage de Labéon⁶⁰.

Nous sommes enfin certains que les Tables, à côté des premières formes de procès (que nous dirions « pénal ») qui devaient se tenir devant le comice (nous y avons déjà fait allusion, à propos des crimes qui entraînaient l'exécution du coupable — situations en quelque sorte soustraites au *ius* pour être confiées à la politique⁶¹), réglementèrent aussi un type de procédure judiciaire que nous pourrions définir comme « civile », destinée à résoudre des controverses patrimoniales entre citoyens. C'est ce que les juristes appelleront plus tard *per legis actionem* ou simplement (et probablement à une époque plus ancienne) *lege agere*, expressions où *agere* et *actio* indiquent le fait d'« entreprendre une action » pour celui qui pense avoir subi un dommage (plus tard, dans le langage technique, *actio*, « action », désignera le droit d'intenter une action auprès d'un magistrat pour

faire reconnaître ses revendications, et *actor*, « demandeur », celui qui avait entamé une procédure judiciaire), tandis que *lege* ou *legis* se référaient, précisément, aux Douze Tables, qui avaient réglé ce mécanisme⁶².

Il est aisé d'imaginer que, dans ce cas non plus, les législateurs n'innoveront pas et se limiteront à fixer dans un texte écrit une procédure au moins en partie déjà existante. Il est plus difficile d'établir depuis quand elle avait cours : peut-être des la monarchie étrusque, créatrice d'une royauté interventionniste, qui peut avoir attribué régulièrement au roi la tâche de mettre fin à quelques types de controverses, concernant par exemple le pouvoir (*manus*) sur un bien de valeur particulière (une terre, un animal domestique, un esclave à l'époque très rare), ou l'existence d'un rapport de soumission personnelle (*nexum*), s'adossant de cette façon au travail oraculaire des pontifes pour éviter qu'un recours aveugle à l'autodéfense mît en danger les liens communautaires. Nous avons vu du reste que c'est précisément autour de l'exigence d'exorciser la violence et l'instabilité que s'était probablement construit le premier horizon mental de la cité⁶³.

Le fait est que, pour ce que nous en savons, grâce surtout au récit de Gaius⁶⁴ transparaissait dans ces procédures ce même monde suspendu entre religion, magie et, très tôt, prescriptivité laïque, que nous avons vu dominer la composition de toute la législation décevante. Le but était de substituer à l'affrontement physique entre les parties adverses sa mise en scène rituelle, donc désamorcée et symbolique. La plus ancienne – qui sert de modèle à celles qu'introduisirent les Tables elles-mêmes ou qu'ajoutèrent les lois ultérieures⁶⁵ – sera plus tard dite « par consécration » (*ager sacramento*, ou *legis actio sacramenti*, dont nous connaissons deux versions, selon que le litige tourne autour de la propriété d'un bien ou de l'existence d'un crédit⁶⁶); les autres nous sont connues comme « par demande de juge ou arbitre », « par imposition de la main », « par prise de gage », « par intimation »⁶⁷.

Tout se déroulait en deux étapes bien distinctes. Dans la première phase, que les juristes diront *in iure*, « dans le ius », et qui avait lieu devant un magistrat de la république doté d'*imperium* (à l'origine, peut-être devant le *rex* lui-même, et à partir du IV^e siècle sûrement devant un préteur), les adversaires modélaient leur comportement et

leurs paroles (*certa verba*, « mots établis une fois pour toutes ») selon les prescriptions rituelles. Un terme ou un geste fautif interrompaient le cercle (encore) magique du *ius* et provoquaient automatiquement l'échec : il suffisait de dire « vigne », au lieu d'« arbres », comme en avertissait un *responsum* très ancien, et tout était perdu⁶⁸. Les prétentions opposées étaient réduites à des formules fixes de façon rigide, mises en scène sous l'œil vigilant du magistrat qui conduisait la cérémonie. Dans la procédure « par consécration » les parties se défaient par une sorte de pari, qui obligerait le perdant à verser à la communauté une lourde contribution. Une fois que ce rite était accompli, la controverse n'existait plus, sinon dans les termes de sa transfiguration symbolique : les adversaires, avec l'ensemble de leurs raisons et de leur force, sociale et physique, s'étaient transformés en acteurs d'un rituel où ils tenaient des rôles symétriquement opposés. La possibilité de la violence avait été une fois encore éloignée et tenue hors de la communauté.

On passerait alors à la deuxième étape, définie par les juristes comme *apud iudicem*, « chez un juge ». Là le magistrat (ou le roi) avait disparu, car il n'y avait plus de cérémonie à célébrer ni à conduire⁶⁹. À sa place entrait en scène un citoyen faisant fonction de juge et d'arbitre (un homme influent, peut-on penser, mais qui n'était en rien versé dans le *ius*). Il lui appartenait d'établir qui avait tort et qui avait raison. Toutefois son enquête sur les circonstances réelles qui avaient provoqué le litige était strictement circonscrite : il devait se borner à établir si la lettre des mots prononcés par les adversaires devant le magistrat (ou le roi) correspondait à un état de choses avéré. Celui qui s'en écartait, perdait.

Ces quelques traces suffisaient déjà à donner corps à un monde. Dans les Douze Tables se reflétait l'image d'une rude société de paysans, contrôlée par le cercle très fermé d'une aristocratie de sang, rigoureusement patrilinéaire et patriarcale, en transition entre une communauté encore dominée par des rapports de clan et une structure plus proprement politique, organisée autour de noyaux familiaux constituant des cellules économiques à tendance autarcique – agriculture surtout, mais aussi manufactures élémentaires – malgré tout déjà impliquées dans des mécanismes d'échange non négligeables.

Ses habitants roulaient dans leurs pensées un obscur fond de terreurs et de visions nocturnes (souvent les peines prévues par les Tables s'aggravaient si les faits étaient commis dans les ténèbres), nourri de souvenirs obsédants de violences, de sortilèges, de sang, mais aussi d'un présent objectivement difficile, pouvant mettre à tout moment la cité en péril. Un ritualisme omnivore – à l'origine peut-être construit autour d'une pratique sacrificielle primaire et fondatrice, géré par un groupe restreint de prêtres savants – cherchait à décharger ces tensions en une religion « contractualisée », prescriptive et régulatrice, qui, pour exorciser les dangers, fractionnait la vie en une multitude d'actes derrière lesquels se cachaient autant de puissances surnaturelles, qu'un rite approprié pouvait apaiser : un ordre qui glissa vite du plan des rapports avec les dieux à celui des relations entre les hommes. Quand les plébéiens chercheront à remplacer le modèle du *ius* par celui de la *lex*, la forme prescriptive de la norme changera, non ses contenus, et moins encore ses arrière-plans symboliques : et c'est pour cela que la mémoire de la nouvelle aristocratie, celle que nous avons appelée le « canon républicain », en nous restituant des fragments appréciables de ce très ancien monument législatif, nous permet encore d'esquisser une sorte d'archéologie culturelle originelle de la cité et de son premier tissu normatif.

Vues avec des yeux, ne disons pas modernes, mais simplement habitués au droit romain dans sa maturité de la république tardive ou du principat, les Douze Tables apparaissent comme un ensemble désorganisé et approximatif, expression d'un lointain archaïsme (et elles sont ainsi jugées, déjà, par des intellectuels de l'époque d'Hadrien, qui jetaient sur elles un regard désenchanté et distant⁽⁷⁰⁾) : nous sommes très loin de toute idée, non seulement moderne, mais même tardo-antique de codification. Pourtant elles contribuèrent de façon déterminante à cristalliser le premier statut civil de la société romaine, sans égal dans les autres expériences antiques, et parvinrent à imprimer – fût-ce provisoirement – la force magiquement distincte de la royauté, puis de la politique ; toutefois elles n'eurent pas le temps d'en effacer la spécificité, due en quelque sorte au statut originel des chefs de famille qui entretenaient avec les divinités ou leur monde un rapport direct, sans autre intermédiaire

que le savoir des prêtres. Et c'est pour cela que le noyau génératif du droit de l'Occident, bien que passé par le filtre du législateur, a solidement perpétué le lien d'une double détermination : une irréductible présence « sapientiale », mais aussi la référence à une matière sociale et un tissu de règles paritaires revêtant un caractère « privé » tout à fait unique et déjà bien défini.

opération intellectuelle qui exigerait méditation ou discussion. On se transmet des formules qui conviennent à des cas déterminés, et le rôle du juge est de les posséder et de les appliquer. Par là s'explique l'un des anciens et rares noms du « juge », l'homérique *dikas-pólos*. C'est une désignation, gnrleuse, formée comme *ai-pólos* « le chevrier », *bon-kólos* (avec *-kólos* variante de *-pólos*) « le bouvier », *oiomo-pólos* « celui qui observe le vol des oiseaux (et qui en tire les augures) ». En tant que *dikas-pólos*, le juge est « celui qui veille sur les *dikai* ». Nous avons là un juxtaposé de caractère archaïque avec un accusatif pluriel au premier terme. Les *dikai* sont bien les formules de droit qui se transmettent et que le juge a charge de conserver et d'appliquer.

Cette représentation répond à ce que nous savons des codes de justice chez les peuples de civilisation traditionnelle, recueils de dits oraux, articulés fortement autour des relations de parenté, de clan ou de tribu.

Tel est le point de départ du sens qu'on assigne d'ordinaire à *diké* : « usage, manière d'être », et où l'on peut encore retrouver la valeur d'institution. Quand Ulysse descendu aux enfers rencontre sa mère, il lui demande pourquoi il ne peut la saisir : telle est, répond-elle, la *diké* des mortels, ἀλλ' αὐτῆ δίκῃ ἐστὶ θεοῦ (Od. 11, 218). Ce n'est pas la « manière d'être », mais bien la « règle impérative », la « formule qui règle le sort ». Par là on arrive à l'emploi adverbial *dikēn* « à la manière de », c'est-à-dire « selon la norme de telle catégorie d'être ». La manière « habituelle » est en réalité une obligation de nature ou de convention.

Dès lors cette formule qui fixe le sort et l'attribution est devenue en grec la « justice » même. Mais la notion éthique de justice, telle que nous l'entendons, n'est pas incluse dans *diké*. Elle s'est peu à peu dégagée des circonstances où la *diké* est invoquée pour mettre fin à des abus. Cette formule de justice devient l'expression de la justice même, quand la *diké* intervient pour mettre fin au pouvoir de la *bia*, de la force. La *diké* s'identifie alors avec la vertu de justice — et celui qui a la *diké* pour lui est *dikaïos* « juste ».

chapitre 3 ius et le serment à Rome

Sommaire. — Parallèle à *diké*, le latin *ius*, qu'on traduit par « le droit » à un verbe dérivé, *irare* qui signifie « jurer ». Etrange au premier abord du point de vue sémantique, cette dérivation est éclairée par deux enquêtes complémentaires :

1°) rapproché de l'av. *yoōj* et considéré dans son affinité particulière avec le verbe *dico* (*ius dicere, iudex*), *ius* peut être défini comme « la formule de conformité » ;

2°) nombre de textes montrent qu'à Rome, jurer, *irare*, c'est prononcer une formule, le *ius iurandum* « serment ». Litt. « formule à formuler », redoublément significatif de ce qui est essentiel dans l'acte de jurer ; de fait, le juré doit répéter mot à mot la formule qui lui est imposée : *adivrat in quae adactus est verba*.

Autre terme latin lié à la pratique juridictionnelle, *arbitr* désigne, curieusement, à la fois le « témoin » et l'« arbitre ». En fait les textes montrent que l'*arbitr* est toujours le témoin invisible, propre à devenir, dans certaines actions judiciaires déterminées, un *iudex* impartial et souverain.

L'analyse des emplois de *diké* a fait ressortir, entre autres, la fréquence des corrélations entre le grec *diké* et le latin *ius*. Ces deux termes, quoique différents par leur origine, entrent dans des séries parallèles : *dikēn eipein* répond à *ius dicere* ; *dikaïos* à *iustus*, enfin, d'une manière approximative, *dikas-pólos* à *iudex*. En outre, nous avons à relever le fait que *diké* désigne, par rapport à *thémis*, le droit humain opposé au droit divin, et que de la même manière, le *ius* s'oppose à ce que les Latins appellent *fas*.

Que signifie donc en propre ce mot *ius* ? Ici pèse une étrange obscurité. On sait bien que *ius* désigne « le droit » ; mais ce sens lexical ne nous livre pas la signification véritable du terme. Et si nous cherchons celle-ci dans la relation entre *ius* et ses dérivés, nous rencontrons un nouveau problème : le verbe de *ius* est *irro* « jurer ».

Comment se trouve-t-il séparé de son verbe par une différence de sens aussi singulière ? A première vue, entre « droit » et « jurer », il y a une distance inexplicable. Et pourtant la relation formelle est certaine entre *ius* et *irare*, puisque le « serment » s'appelle *ius iurandum*. Que signifie cette expression et pourquoi un participe futur passif *iurandum* ? Finalement, quel est le rapport de *ius* à *irare* ?

Le dictionnaire d'Ermout-Meillet allègue une expression *ius irare* qui signifierait « prononcer la formule sacrée qui engage », malheureusement sans donner de référence. A notre connaissance une telle locution ne se rencontre pas. Nous n'en avons que la forme résiduelle *ius iurandum*, qui laisse subsister l'écart entre *ius* et *irare*. La relation du substantif au verbe ne peut donc s'éclaircir que dans une phase antérieure à l'état historique, ce qui requiert l'examen de l'étymologie. On a bien identifié des correspondants de *ius*, mais ils présentent un sens différent. Certes, en celtique, l'adjectif irlandais *buisse* < * *justijos* signifie « juste » ; à une différence suffixale près, on reconnaît le latin *iustus*. Mais du fait que nous n'atteignons qu'un dérivé et que le nom celtique de base nous manque, la comparaison ne nous apprend rien. C'est en indo-iranien que se présentent les correspondants de lat. *ius* : véd. *yoḥ*, av. *yaōš* qui ont exactement la même forme.

Mais véd. *yoḥ* signifie « prospérité », av. *yaōš* « purification ». Autant les formes se correspondent, autant les notions sont divergentes et troubles. Nous avons néanmoins ici une de ces grandes corrélations de vocabulaire entre l'indo-iranien et l'italo-celtique, un des termes dont l'expression ne survit qu'aux deux extrémités du monde indo-européen. Le sens de *yoḥ* doit être « bonheur, santé ». Le mot n'intervient que dans des locutions où il fait couple avec *śam* ; soit *śamyoḥ* en un seul mot, soit *śamca yośca*, pour dire « bonheur et santé », dans des formules de souhaits telles que celle-ci : « Le bonheur et la prospérité que Manu s'est acquis par son offrande, puissions-nous les atteindre sous ta conduite, ô Rudra ! » (R.V. 1, 114, 2).

L'iranien n'a également conservé *yaōš* que dans des

locutions formulaires où *yaōš* se combine avec le verbe *dā* « placer, faire rendre » pour former le verbe nouveau *yaōšdā* « purifier ». C'est un vieux composé comparable au latin *credō*. De ce verbe avestique *yaōšdāt* sont sortis des dérivés nombreux ; nom d'agent *yaōšdātān* « celui qui est chargé de purifier » ; abstrait *yaōšdāt* « purification », etc. Pour retrouver à partir de ces dérivés le sens propre de *yaōš*, qui n'est pas attesté en emploi libre, il faut ramener *yaōšdāt*, littéralement « rendre *yaōš* », au sens de « rendre conforme aux prescriptions, mettre dans l'état requis par le culte ». Il s'agit d'une condition du sacrifice : l'offrant doit rendre rituellement apte l'objet de l'oblation. Nous avons donc là une expression fondamentale du code religieux. Chaque acte doit être rituellement accompli et l'objet qui est au centre de cet accomplissement doit être lui-même sans défaut. Cette intégrité rituelle est la condition visée par *yaōšdāt*. On peut alors mieux entendre le védique *yoḥ* : ce n'est pas le « bonheur » comme jouissance, mais l'état d'intégrité, d'accomplissement physique, sur lequel l'infortune ou la maladie n'ont pas prise.

Il faut ici prêter attention à une différence d'emploi de * *yaws* entre l'indien et l'iranien. En védique *yoḥ* est une expression de souhait : c'est un terme qu'on prononce à l'adresse de quelqu'un pour que l'état de prospérité et d'intégrité lui soit accordé. De ce fait, *yoḥ* est efficace en tant que parole à prononcer. La condition de l'avestique *yaōš* est autre ; ici la liaison même de *yaōš* avec *dā* « poser, faire », montre que *yaōš* désigne un état à réaliser, non plus une parole à prononcer. Ainsi d'un côté la notion de * *yaws* est « à faire », de l'autre, « à dire ». Cette différence a une grande portée dans le registre du droit et du rituel où les « actes » consistent souvent en « paroles ».

Grâce à l'iranien et au védique, nous remontons dans la préhistoire du latin *ius*. Le mot indo-européen * *yaws* signifie « l'état de régularité, de normalité qui est requis par des règles rituelles ». En latin, cet état est affecté du double statut que nous venons de distinguer en indo-iranien. La notion de *ius* admet ces deux conditions. L'une est la situation de fait marquée par le dérivé *iustus*

dans les expressions légales : *instae nuptiae* « justes noces » ; *insta uxor* « épouse légitime », c'est-à-dire « conforme à l'état de *ius* ». L'autre est signalée par l'expression *ius dicere*. Ici *ius* signifie « la formule de notabilité », prescrivant ce à quoi il faut se conformer. Tel est le fondement de la notion de « droit » à Rome.

On est fondé à considérer que *ius*, en général, est bien une *formula* et non pas un concept abstrait ; *iura* est le recueil des sentences de droit. Cf. Plaute : *omnium legum atque iurum fitor* (*Epidicus* 522-523). Ces *iura*, comme les *dikai* ou comme les *thémistes*, sont des formules qui énoncent une décision d'autorité ; et partout où ces termes sont pris dans leur sens strict, nous retrouvons, aussi bien pour les *thémistes* et les *dikai* que pour *ius* et *iura*, la notion de textes fixés, de formules établies et dont la possession est le privilège de certains individus, de certaines familles, de certaines corporations. Le type même de ces *iura* est représenté par le code le plus ancien de Rome, la loi des XII Tables, composée à l'origine de sentences formulant l'état de *ius* et prononçant : *ita ius esto*. Ici est l'empire de la parole, manifesté par des termes dont le sens concorde ; en latin *iur-dex*, en osque *med-diss*, en grec *dikas-pólos* (et : *dikas eipeîn*), et en germanique *eo-sa-go* « celui qui dit la règle », « le juge ».

Ce n'est pas le faire, mais toujours le *prononcer* qui est constitutif du « droit » : *ius* et *dicere*, *iur-dex* nous ramènent à cette liaison constante. En même temps que *ius*, le verbe *dicere* commande des formules judiciaires, telles que *muliam* (*dicere*) « amende », *diem* (*dicere*) « jour d'audience ». Tout cela relève de la même autorité et s'exprime dans les mêmes locutions. C'est par l'intermédiaire de cet acte de parole : *ius dicere*, que se détermine toute la terminologie de la vie judiciaire : *iudex*, *iudicare*, *iudicium*, *iuris-dictio*, etc.

Le sens de *ius* se définit par là comme expression du « droit ». Mais on ne discerne pas de rapport immédiat entre cette notion et le sens qu'a pris le verbe dérivé immédiatement de *ius*, qui est *iurare*. L'interprétation que nous proposons de *ius* est ainsi mise à l'épreuve.

Si elle est valable, elle doit pouvoir rendre compte de la relation *ius* avec *iurare*. Cette dérivation singulière nous oriente dans une direction nouvelle et ouvre un autre chapitre du droit. Entre la notion de « droit » et la notion de « serment », constatons-nous, ailleurs qu'en latin, une liaison ? Une enquête sur ce point dans les autres langues du domaine indo-européen sera nécessaire. Le résultat en sera négatif, disons-le tout de suite, mais il fera du moins ressortir l'originalité de l'expression latine.

Nous n'avons guère qu'une correspondance qui établisse l'existence d'un verbe indo-européen commun pour « jurer » ; c'est celle du sanskrit *am-* « jurer » représenté en particulier par l'impératif *amī-sva* « jure », avec le grec *ómnumi*, de même sens. La correspondance ne comprend que ces deux termes ; du moins, est-elle exacte et rigoureuse pour la forme et pour le sens. On ne saurait dire si ce verbe indien *am-* a existé en iranien ; mais ce vestige isolé suffit à attester une expression commune.

En grec, il y a dissymétrie entre le verbe et le nom : « serment » s'exprime par un mot différent : *hórkos*. Ce mot a été rattaché à l'intérieur même du grec à *hérkos* « barrière » ; explication, à vrai dire, vague et peu satisfaisante : le serment serait conçu comme une interdiction ou une contrainte qu'on se fixe à soi-même. De toute façon, ce n'est pas là une correspondance indo-européenne, mais seulement le résultat d'un développement secondaire (cf. chap. 8).

Pour l'expression verbale de « jurer », nous ne trouvons hors de là que des formes limitées à deux langues, quelquefois à une seule.

Le persan dit pour « jurer » *sogand xurdan*, litt. « consumer, manger le *sogand* », en moyen-pers *sokand x'an*. Ce mot *sokand* remonte à l'ancien av. *saokanta* « soufre ». Ainsi, « jurer », c'est « avaler du soufre ». L'expression est à comprendre littéralement. Le serment consistait en une ordalie : c'est l'absorption du soufre qui devait vérifier la sincérité du jurant.

En osque, le verbe pour « jurer » nous est connu sous la forme verbale *deiutuns* « qu'ils jurent » ; le radical

verbal *deiuu-* répond à ce que serait un verbe latin * *diuare* ; proprement « prendre les dieux à témoin », expression claire, mais étrangère au latin.

Dans d'autres langues indo-européennes, l'expression du serment est conformée à la manière dont on jure : irl. *tong* correspond au latin *tango* « toucher » ; de même en vieux slave, *prisegati* et à côté *prisegati* signifient étymologiquement « toucher ». Le sens premier de skr. *am-* est « saisir ». Cette corrélation s'explique par l'habitude de toucher, en jurant, l'objet ou l'être sur qui on prête serment ; car jurer sur quelqu'un ou quelque chose, c'est apporter la malediction céleste sur cette personne ou sur cette chose au cas où l'on se parjurerait.

Une dernière expression est commune au celtique et au germanique : irl. *oeth*, got. *aips* ; c'est l'allemand *Eid*, l'anglais *oath*. Cette forme est littéralement un substantif verbal de la racine « aller ». Nous en avons encore un souvenir dans le terme allemand *Eidengang*, littéralement « le fait d'aller au serment », c'est-à-dire au lieu de la prestation, sur vivance d'un usage très ancien. Le serment solennel comportait plusieurs actes dont l'un était le fait de s'acheminer vers le lieu de la prestation. On « se rendait au serment » : latin *ire in sacramentum*, vieux russe *iti na rotu* « aller au serment » (cf. chap. 8).

Ainsi, nous avons à peu près autant d'expressions qu'il y a de langues. Seuls le grec et le sanskrit possèdent un verbe de date indo-européenne. Il n'y a donc, hors du latin, aucun parallèle qui puisse nous aider à comprendre le rapport de *ius* à *iurare* ; nous sommes renvoyés à la langue même pour élucider la naissance de cette expression. Comment, dans le monde romain, prête-t-on serment ? Une série de témoignages explicites nous renseignent sur le mode de prestation du serment, et nous comprennent comment *iurare* peut être dérivé de *ius*. Il faut lire en premier une scène du *Rudens* de Plaute (vers 1331 et suivants). Entre Gripus et Labrax qui essaient mutuellement de se tromper, un accord est conclu. Gripus veut engager Labrax à un serment : 1333 GR. *Tange anam hanc Veneris*. LA. *tango* « Pose la main sur cet autel de Vénus. — Je la pose. — Tu vas maintenant jurer par Vénus. — Que jurerais-je ? — Ce que je vais te com-

mander. » 1335 LA. *Praei verbis quiduis*. « Dite-moi les paroles que tu voudras... — Tiens cet autel. — Je le tiens. » Puis vient le texte du serment, formulé par Gripus tel qu'il doit être répété par Labrax.

C'est là, transposée sur le mode comique, la manière consacrée de prêter serment chez les Latins. L'initiateur qui induit l'autre à prêter serment doit *praere verbis*, il énonce le texte que celui qui s'engage devra répéter littéralement en touchant un objet sacré : c'est cette partie de la cérémonie qui était l'essentiel.

La solennité de l'usage est confirmée par Gellius (N.A. II 24) : les chefs de la cité reçoivent l'ordre de jurer « *apud consules, verbis conceptis* », ils jurent entre les mains des consuls « dans les termes fixés », suivant une formule qu'ils reprendront mot pour mot.

Dans son *Panegyrique de Trajan*, chap. 64, Pline loue les scrupules de Trajan à observer toutes les formes constitutionnelles. Trajan va prêter un serment devant le consul, lui qui aurait pu se contenter d'en faire prêter aux autres : « Toutes les cérémonies des comices accomplies, voici qu'au terme tu t'approches du siège du consul ; *adigendum te praebes in verba...*, tu t'offres pour être amené aux paroles que les chefs (*principes*) ignorent en général, sinon pour y amener les autres... » — et le mérite de l'empereur est de s'y rendre lui-même. Alors le consul, assis, devant Trajan debout, a dicté la formule du serment, *praenit iusurandum* et Trajan a juré, exprimé, prononcé clairement les mots par lesquels il vouait à la colère des dieux sa propre tête et sa maison s'il manquait à sa parole ; et il a juré, les dieux présents, *attenduntibus diis*, en présence de tous ceux qui doivent jurer la même chose, *observantibus his quibus idem iurandum est*.

L'expression revient plusieurs fois chez Tite-Live : *Brutus... populum...* iureiurando adegit *neminem Romae passuros regnare*, il a amené le peuple à ce serment (II, 1,9). T. Manlius menace le tribun de le tuer s'il ne prête serment dans les termes qu'il va lui dicter : *nisi, in quae ipse concepisset verba, iuraret* ; celui-ci, pris de peur jure dans les termes qui lui sont imposés : *aduratur, in quae adactus est verba* (VII, 5). Rappelons encore le passage bien connu où Annibal, encore enfant, amené à un autel,

le touche et fait le serment qu'aussitôt qu'il le pourrait il deviendrait l'ennemi du peuple romain : *tactis sacris, iureiurando adactum* (XXI 1, 4). Le verbe *adigere* est de rigueur pour dire « amener quelqu'un à prêter serment », puisque le jurant ne fait que répéter les paroles qu'on lui dicte. Tacite, *Hist.* I, 37, en parlant d'un général qui fait prêter serment à ses troupes : *sacramento adigit*. Voilà les expressions rituelles du *ius iurandum*, du serment à prêter : *praetere verbis; verbis conceptis; adigere in iusiurandum*.

Ainsi *iurare* ne désigne pas ce que nous entendons par « jurer », c'est-à-dire le fait de s'engager d'une manière solennelle sous l'invocation d'un dieu. Le serment même, l'engagement, est appelé *sacramentum*, terme conservé dans les langues romanes et qui a abouti en français à *serment*. A Rome, le *sacramentum* est devenu de bonne heure le serment militaire. On distinguera donc ici deux notions, le *sacramentum*, qui est le fait de se consacrer aux dieux, d'appeler sur soi leur vengeance si on transgresse sa parole ; et *iurare*, qui est le fait de répéter la formule prononcée. La prestation exige deux participants : celui qui *praetere verbis*, qui précède en prononçant le *ius* ; et celui qui proprement *iurat*, qui reproduit cette formule, laquelle s'appelle *ius iurandum* « la formule à formuler », celle qui doit être répétée après que le personnage « *qui praetere* » l'a énoncée, la formule fixant en termes consacrés le texte de l'engagement.

On revient ainsi à l'analyse littérale de *iurare*. En partant de *ius*, formule fixant la norme, le modèle, on définira *iurare* comme « prononcer le *ius* » et le *ius* doit être prononcé *in verba alicuius qui praetere*, « dans les termes que celui qui précède a indiqués ». C'est cette relation obligée qui fait le caractère impératif du *ius iurandum*. Les expressions « *adigere in verba* », « *iurare in verba magistrati* » indiquent bien la nature contraignante des paroles que le jurant doit reproduire.

Au terme de cette analyse, nous trouvons dans *iurare* confirmation de ce que l'examen propre de *ius* nous avait enseigné, que *ius* désigne bien une formule, ici la formule énonçant la conduite que le jurant tiendra, la règle à laquelle il se conformera. Mais le *ius iurandum* indique

la nature de la procédure et le caractère solennel de l'énonciation, non le texte même du serment.

En restituant à *ius* sa valeur pleine telle que la prédisent à la fois les correspondances étymologiques et la dérivation latine, nous remontons au-delà du « droit ». C'est d'un concept qui n'est pas seulement moral, mais d'abord religieux que le mot tire sa valeur : la notion indo-européenne de conformité à une règle, de conditions à remplir pour que l'objet (chose ou personne) soit agréé, qu'il remplisse son office et qu'il ait toute son efficacité : *yoǵ* en védique, *yoǵā* en avestique, sont imprégnés de cette valeur. D'autre part, nous avons constaté la liaison, dans le vocabulaire latin, par l'intermédiaire de *iurare*, entre *ius* et *sacramentum*. Ainsi, les origines religieuses et orales du droit se marquent clairement dans les termes fondamentaux.

A la famille sémantique de *index*, nous allons joindre un terme de forme toute différente, qui n'apparaît qu'en latin, avec une correspondance en ombrien ; c'est *arbiter* (ombr. *arparrai* « arbitratu »), qui désigne aussi un juge ; *index* et *arbiter* sont étroitement associés, souvent pris l'un pour l'autre, le second n'étant qu'une spécification du premier. C'est donc un juge particulier, l'« arbitre ». Il ne s'agit pas tant de l'étymologie que du sens propre du mot. *Arbiter* a deux sens différents : d'une part le témoin, celui qui assiste à quelque chose — et d'autre part l'arbitre, celui qui tranche entre deux parties en vertu d'un pouvoir légal.

Comment le « témoin » peut-il devenir « juge-arbitre », « celui qui décide » entre les parties ? Le dictionnaire Ernout-Meillet donne successivement les deux sens : témoin, juge-arbitre, sans essayer de les joindre. Selon celui de Walde-Hofmann, le sens premier serait : « celui qui, en tant que témoin désintéressé, départage des honnêtes en litige ». Mais c'est un procédé arbitraire que d'agglomérer deux sens distincts pour en faire une définition.

Ici encore, l'examen des emplois s'impose. Il montre tout d'abord qu'en traduisant *arbiter* par « témoin » on ne rend pas compte exactement de la signification.

Voici quelques exemples de Plaute, qui donne les emplois les plus anciens et les plus significatifs.

Capitini 219

Secede huc nunciam si videtur, procul, ne arbitri dicta nostra arbitrari queant

« viens par ici si t'en veux bien, un peu à l'écart, pour que des *arbitri* ne puissent pas *arbitrari* nos paroles. » On voit déjà que le sens de « témoin » ne suffit pas.

Mercator 1005

camus intro, non uibilest hic locus facis tuis dam memoramus, arbitri ut sint, qui praetereant

Per uias

« Entrons (dans la maison) ; ce lieu n'est pas propre à nous entretenir de ta conduite, pour que les passants en soient *arbitri*. »

Miles 158

mibi quidem iam arbitri vicini sunt, meae lquid fiat domi.

Ita per impluuium intro spectant.

« Voilà que mes voisins sont des *arbitri* de tout ce qui se passe chez moi ; ils le regardent à travers l'impluuium. »

Miles 1137

Sequimini ; simul circumspicite ne quis adsit [arbitr.]

« Suivez-moi et en même temps regardez bien à l'entour, de peur qu'un *arbitr* ne soit présent. »

Ces passages indiquent clairement la différence entre *arbitr* et *testis* : le *testis* est là au vu et au su des parties ; l'*arbitr* voit et entend sans être vu. Le personnage du *Miles* 1137 le dit bien : si l'on ne prend ces précautions, c'est sous l'œil de l'*arbitr* que tout se passera sans que les acteurs le sachent. On n'invoque jamais en justice le témoignage d'un *arbitr* pour remplir une fonction testimoniale ; car c'est toujours l'idée de voir sans être vu que ce terme implique.

Le verbe *arbitrari* « être témoin » indique la même condition : un personnage de l'*Aulularia* de Plaute a été « envoyé en observation » (*speculatum misit me*) pour savoir ce qui se passerait. « Je vais m'asseoir ici, sans

que personne s'en doute », et *hinc ego et huc et illuc potero quid agant arbitrari* « dici, je pourrai, de part et d'autre, *arbitrari* ce qu'ils font » (v. 607), c'est-à-dire voir ce qui se passe d'un côté et de l'autre, sans être vu. Comment s'explique alors le sens de *arbitr* « juge » ? Comment, de témoin clandestin, *arbitr* peut-il devenir juge souverain ?

Il faut se rappeler qu'au sens le plus ancien, est dit *index* tout personnage d'autorité chargé de statuer sur un litige par un jugement ; en principe, c'est le roi, le consul, celui qui détient tous les pouvoirs. Mais pour des raisons pratiques, ce pouvoir est délégué à un juge privé qui, selon la nature des cas, s'appelle *index* ou *index priuatus* ou *index selectus* ou encore *arbitr*. Ce dernier a un pouvoir souverain d'appréciation dans tous les cas qui ne sont pas prévus par la loi. Il y avait en effet une *legis actio* pour les cas que la loi ne prévoyait pas, et les parties présentaient cette requête : « *iudicem arbitrumne postulo uti des*. » L'antiquité de l'*arbitr* dans ce sens est d'ailleurs attestée par la loi des XII Tables, où on lit : *praetor arbitros tres dabo* « que (dans tel cas) le préteur donne trois *arbitri* ». Ce qui caractérise l'*arbitr* est l'étendue de son pouvoir, que Festus définit : «... *pontifex maximus, quod index et arbitr habebatur rerum diuinarum humanarumque et aliter : arbitr dicitur index quod totius rei habeat arbitrium* » « le *index* est appelé *arbitr* parce qu'il a la décision de l'affaire entière ». En effet, l'*arbitr* décide non d'après des formules et des lois, mais par sentiment propre et au nom de l'équité. L'*arbitr* est en réalité un *index* qui agit en tant qu'*arbitr* ; il juge en survenant entre les parties, en venant du dehors comme quelqu'un qui a assisté à l'affaire sans être vu, qui peut donc juger librement et souverainement du fait, hors de tout précédent et en fonction des circonstances. Cette liaison avec le sens premier de « témoin qui n'était pas en tiers » permet de comprendre la spécialisation du sens d'*arbitr* dans la langue juridique.

A partir de là, le verbe *arbitrari* étend son emploi et prend le sens de *aestimare*, fixer souverainement le prix de quelque chose. Ce sens particulier vient encore d'un

emploi spécialisé, lié à la fonction même de l'*arbiter* : c'était l'*arbitrium litis aestimandae*, le pouvoir souverain d'apprécier le prix d'un objet en litige, de fixer une peine, un dommage, une amende : de là plus largement « fixer le prix de quelque chose ».

Toutes les fois que nous constatons des emplois techniques d'un terme, il y a lieu d'en rechercher l'explication à l'intérieur même de la sphère à laquelle il appartient, mais après avoir défini exactement le sens initial. A une plus grande échelle, ce n'est pas autrement qu'on peut dégager la valeur propre des notions dans le vocabulaire des institutions.

chapitre 4

* *med.* et la notion de mesure

Sommaire. — A date historique la racine **med-* désigne des notions très diverses : « gouverner », « penser », « soigner », « mesurer ». La signification originelle ne saurait ressortir ni d'une réduction à un vague dénominateur commun, ni d'une agglomération hétéroclite des significations historiques : elle peut se définir comme « mesure » non de mensuration, mais de modération (lat. *modus, modestus*), propre à assurer ou à rétablir l'ordre dans un corps malade (lat. *medeor*, « soigner », *medicus*), dans l'univers (hom. *Zēis (līthēn) medōn* « Zeus modérateur », dans les affaires humaines, des plus graves, comme la guerre, aux plus quotidiennes, comme un repas. Enfin, l'homme qui « sait les *mēdeia* » (hom. *mēdeia eidōs*) n'est pas un penseur, un philosophe — c'est l'un de ces « chefs et modérateurs » (hom. *hēgētores eide mēdonias*) qui en toute circonstance savent prendre les mesures éprouvées qui s'imposent. **Med-* relève donc du même registre que *iur* et *dice* : c'est la règle établie, non de justice, mais d'ordre, que le magistrat modérateur a pour fonction de formuler : osq. *med-diss*, (cf. *iur-dex*).

Comme il a été observé plusieurs fois dans les développements précédents, des dialectes voisins peuvent différer dans l'expression de notions essentielles. C'est le cas, ici encore, pour le terme *index* que le latin a consacré.

On ne trouve pas ailleurs de terme comparable : non seulement *iur* en tant que « droit » est inconnu de l'ensemble des dialectes indo-européens hors du latin, mais même à l'intérieur de l'Italique, la notion est désignée par un radical différent. En face du latin *index*, nous avons déjà cité l'osque latinisé *med-dix* ; le sens est le même : c'est le magistrat suprême, qui, outre la fonction de juge, a charge d'autorité sur la communauté. Sur un thème distinct, *med-*, l'osque a formé un composé analogue à lat. *iur-dex*. La forme originale *med-diss* n'est