

Droit et religion dans la Rome antique

Michel HUMBERT

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

RÉSUMÉ.— Maîtres de la religion et du droit, les Pontifes ont marqué d'une similitude profonde les mécanismes du droit et la mentalité religieuse romaine. L'une des conséquences majeures de cette communauté de pensée est, entre droit et religion, l'absence de toute prétention hégémonique rivale. Droit et religion, à Rome, se sont harmonieusement partagé le monde, sans conflit ni chevauchement, offrant ainsi une expérience d'une remarquable originalité.

« Tous ces événements démontrent suffisamment que Rome doit sa grandeur à ceux de ses généraux qui ont respecté la religion. Et lorsque l'on voudra comparer le peuple romain aux autres peuples, on verra que ce qui les sépare, c'est qu'il les dépasse, et de loin, par ses scrupules religieux, c'est-à-dire par son zèle à honorer les dieux » (Cicéron, *De natura deorum* 2, 8).

« Qui est assez dépourvu de raison, quand il a compris qu'il existe des dieux, pour ne pas comprendre que leur puissance a causé la naissance, l'accroissement et la conservation d'un empire tel que le nôtre ? Nous avons beau nous flatter au gré de nos désirs : ce n'est pas néanmoins par le nombre que nous avons surpassé les Espagnols, ni par la force les Gaulois, ni par l'habileté les Carthaginois, ni par les arts les Grecs, ni enfin par ce bon sens naturel et inné lié à cette terre les Italiens eux-mêmes et les Latins, mais, c'est par la piété et la religion (*pietate ac religione*), c'est par cette sagesse exceptionnelle qui nous a fait percevoir que la puissance des dieux règle et gouverne tout, que nous l'avons emporté sur tous les peuples et toutes les nations » (Cicéron, *Sur la réponse des haruspices* 19).

Partialité de l'orateur, parti pris d'un philosophe resté avant tout romain ? Certainement pas ; car l'observateur grec Polybe, un siècle avant Cicéron, avait déjà remarqué comme un phénomène étrange (qumavision) la place de la religion à Rome : située par la cité au sommet de ses valeurs¹. Or il s'agit bien de religion ou de piété. La supériorité de Rome n'est pas due à la puissance supérieure de ses dieux, mais au fait

¹ Polybe, VI, 56, 6-8. Cf. R. Muth, « Vom Wesen römischer Religio », *ANRW* II, 16, 1, 1978, p. 290-358.

que l'observation des prescriptions, des devoirs religieux fut à Rome plus scrupuleuse, plus fidèle, plus attentive.

Or, ces dévots parmi les dévots furent – et ici la justification est superflue – les maîtres inégalés de la science du droit, les inventeurs d'une science unique par sa spécificité, son degré de perfection, son autonomie. Si bien que soumis à la pression convergente de deux systèmes normatifs particulièrement élaborés, la religion et le droit, les Romains, dévots et juristes, promettent d'être le lieu privilégié d'une confrontation ou d'une confusion quotidienne entre les ordres du droit et les impératifs de la religion.

En réalité, il n'en est rien. Si l'on dépasse les brumes de la préhistoire du droit, droit et religion se présentent à Rome comme deux mondes rigoureusement étanches. Sans doute bien des actes juridiques ont d'abord été définis comme des actes magiques ou sacrés ou comme la violation d'un ordre religieux. Il suffit d'évoquer le prédroit romain en empruntant l'heureux terme et l'heureuse conception à L. Gernet² – avec la *sponsio* primitive, le *sacramentum* pour le règlement des litiges et la peine de la *sacratio* réprimant les délits archaïques (du vol nocturne de récolte au mépris, par les *fili*, de la *patria potestas*). Dans tous ces cas, on peut le penser, même si, comme pour la *sponsio* et le *sacramentum*, il s'agit d'invérifiables hypothèses, la violation de l'engagement rituel, le faux serment ou le crime étaient punis de la consécration à une divinité déterminée. Mais ces actes subirent une *conversion* décisive, définitive et précoce, basculant du prédroit au droit à une date incertaine, mais à coup sûr bien antérieure au code décemviral³ et qui peut correspondre à la fondation de la Cité, à la création de l'ordre civique, à la constitution de l'ordre social. En devenant profanes, en entrant dans la sphère du *ius humanum*, ces actes ne conservèrent rien – ou presque : un nom, tel un oripeau, comme

² L. Gernet, « Droit et prédroit en Grèce ancienne », *Ann. Sociol.* 1948-9, p. 21-119, repris dans *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, 1976, p. 175-260. Gernet a bien montré, not. p. 211-213, p. 248-259 – contre Noailles, *Du droit sacré au droit civil* (1941-42), Paris 1949 – la coupure mentale profonde qui sépare le prédroit fondé sur la religion (par ex. la *sponsio* définie comme un serment) et le droit formaliste qui n'a conservé de l'étape antérieure que les rites ou les formes (pour la *sponsio* : le nom de la libation qui accompagnait primitivement le serment religieux). Le droit, dénué de toute connotation religieuse, est fondé sur la volonté de maintenir au rite une efficacité laïque.

³ L'expression « droit sacré », chère à Noailles, est en revanche abusive et équivoque. Le droit dit sacré peut renvoyer aux prescriptions relatives à l'organisation des cultes, aux sacerdoce, au calendrier : c'est ce que les Romains appellent *ius divinum*, droit de création humaine, mais réglant les rapports entre les hommes et les dieux, par opposition au *ius humanum*. Le *fas* est encore autre chose : c'est le domaine des forces surnaturelles, soumis à la volonté des dieux, dépassant largement le domaine du *ius divinum*, et conceptuellement tout à fait distinct de ce corps de règles (humaines) tentant de délimiter les relations hommes-dieux. La violation du *ius divinum* constitue une *iniuria* (lèse les hommes) ; la violation du *fas* constitue le *nefas* (heurte la volonté des dieux). Cf. M. Kaser, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, p. 30. L'expression « droit sacré » est en elle-même contradictoire. Ou la religion reste le fondement conscient de la norme – et il ne peut s'agir de droit (*ius*), mais de prédroit – ; ou le groupe a détaché la règle de la matrice de la religion et a développé la conscience d'être lui-même la source de la norme : le droit est né et a rompu toute attache avec la religion. Ni la sanction (qui peut rester de nature sacrée), ni la forme rituelle de l'engagement (vestige désacralisé de ses antécédents religieux) ne peuvent justifier que l'on parle de « droit » « sacré ».

le *sacramentum* – de leur enfance sacrée⁴. Les Romains restèrent conscients d'une concomitance, à leurs yeux fondamentale, entre la fondation de la Cité et la naissance du droit : comprenons d'un droit laïcisé, d'un droit profane, d'un droit dégagé de son fondement et de sa sanction sacrés. Ainsi Numa passe-t-il pour celui qui « refonda entièrement la ville sur le *ius*, sur les *leges*, sur les *mores* »⁵. Le droit est une création humaine et civique. Il se suffit, par définition, à lui-même et ne demande aucun secours à la religion, à la piété ou à la crainte des dieux.

De fait, lors des premiers témoignages historiques, lors de la rédaction de la loi des XII Tables, la conversion du « droit » sacré en droit est achevée – ou plus exactement, le droit est entièrement formé. Dès lors, les hommes ne cherchent plus l'aide des dieux, ni le secours de la religion pour sanctionner les violations du droit. Mais, de leur côté, que les dieux ne se fassent pas trop d'illusion : punir les injures faites aux dieux ne concerne pas les hommes (Tibère, selon Tacite, *Annales* 1, 73 : *deorum iniuriae dis curae*).

Règne donc le principe du chacun pour soi. Les prêtres ne volent pas au secours des magistrats pour renforcer, de peines religieuses, les ordres de *l'imperium* ; les magistrats ne disposent d'aucun pouvoir pour contraindre à l'exécution de peines religieuses. En fondant leur cité, les hommes ont retiré aux dieux l'organisation de leur vie collective. Les hommes se sont affirmés les maîtres chez eux. Ils ont, avec une remarquable audace, renvoyé les dieux à leur propre domaine. On comprend alors que Rome, à la différence des cités grecques, ignore le délit d'impiété (la *divkh ajsebeivai*)⁶. Les excès des Bacchantales, l'inceste des Vestales, la foi des chrétiens ne seront pas réprimés comme des délits religieux, mais comme des crimes politiques (une subversion contre l'ordre civique placé sous la sauvegarde du Sénat), des prodiges (des avertissements, des signes émis par les dieux), des manifestations d'incivisme et d'atteinte à la supériorité de l'empereur ou du peuple romain⁷.

Le constat est donc négatif, désespérément négatif.

Pourtant, durant les siècles de genèse du droit privé, pendant les cinq siècles de la République, la connaissance du droit et la science des rites religieux, donc l'art de maintenir la paix entre les hommes d'une part, entre les dieux et les hommes d'autre part, ont relevé d'une autorité unique, celle des Pontifes.

⁴ Il serait inexact de déduire de la nature religieuse d'une peine (notamment la *sacratio* du criminel ou du coupable) la preuve que l'ordre est de nature religieuse et non juridique. Une prescription laïque ou profane peut très bien, sans se dénaturer et sans impliquer un mélange des genres, édicter une peine de type sacré : par exemple, l'abandon du coupable à la divinité offensée. A preuve : la *lex* de 449, norme laïque s'il en est, condamne à la *sacratio* le contempteur de la puissance des tribuns. De même en est-il pour la *sacratio* du *patronus* infidèle, dans les XII Tables. Il n'y a rien de religieux dans le fondement du devoir de *fides*, pas plus que dans l'interdiction de détruire, de nuit, les récoltes du voisin, crime public puni par une forme d'exécution qui implique une consécration à Cérès.

⁵ Tite Live 1, 19 : « *urbem... iure eam legibusque ac moribus de integro condere parat* ».

⁶ Fr. Schulz, *History of roman legal science*, Oxford, 1946, p. 30-31.

⁷ Mommsen, *Römisches Strafrecht*, p. 575-576 = *Droit Pénal romain* II, p. 278-280.

Le paradoxe, cette fois, n'est plus tenable. Peut-on s'en tenir au constat négatif traditionnel ? N'est-il pas nécessaire de dépasser les preuves formelles et incontestables d'une frontière intangible entre le domaine du sacré et celui du profane, pour établir de l'un à l'autre des passerelles, plus exactement des ponts ?

L'hypothèse peut être formulée ainsi : cinq siècles de domination des Pontifes dans la maîtrise du droit privé et de la religion n'ont-ils pas abouti à marquer définitivement le droit et la religion d'une spécificité commune, faite d'influences réciproques, de choix identiques, de vocations complémentaires ? N'est-ce pas précisément parce qu'ils relèvent de la même autorité, que le droit et la religion ont pu, sans chevauchements, sans collusions, sans confusions, se partager l'organisation civique ?

Par leur expression (I), droit et religion ne trahissent-ils pas une genèse commune et une parenté étroite ? Par leur vocation (II) – l'intérêt exclusif de la *civitas*, à l'exclusion de toute autre préoccupation, d'ordre spéculatif ou moral –, droit et religion ne restent-ils pas unis par le même souci : rétablir la paix, divine et humaine ? La similitude de la forme et l'harmonie des répartitions suffiraient à éviter les frictions, à retirer au droit et à la religion toute possibilité d'entrer en rivalité et de s'affronter dans un même conflit.

L — RELIGION ET DROIT, ENTRE RITE ET MÉCANIQUE CONTRACTUELLE

La religion romaine, par sa nature, tranche vigoureusement sur les autres expériences religieuses, antiques ou modernes⁸. La religion romaine, en effet, n'implique pas une adhésion du cœur et n'exprime pas nécessairement une émotion personnelle. L'acte de dévotion n'est ni acte d'amour ni preuve de soumission. La religion est étrangement dénuée de connotation morale. Plus que le bien ou le mal, la pratique religieuse aide à délimiter et à définir le permis et l'interdit ; elle informe sur les conditions de validité (au sens de pureté) d'un acte, sur l'efficacité d'un sacrifice, dont on n'attend qu'un renforcement d'activité humaine.

Les dieux ne sont pas appelés à juger de la bonté ou de la malignité des hommes ; les dieux même ne sont pas des êtres personnifiés, capables de vouloir, ou d'aimer ou de punir. Ceux que l'on appelle les dieux romains, sous des vêtements grecs d'emprunt, sont en réalité des forces, des puissances (*numina*) qu'il faut ménager, dont il faut capter l'appui, ou qu'il faut apaiser⁹. La conception – d'ordre philosophique – du monde romain est celle d'un ensemble de rapports ou de forces en équilibre : toute action humaine

⁸ Parmi de nombreuses et récentes études de la religion romaine, on citera tout particulièrement : J. Bayet, *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, Paris, 1957 ; G. Dumézil, *La religion romaine archaïque*² ; Paris, 1974 ; R. Muth, *op. cit.* ; J. Scheid, *Religion et piété à Rome*, Paris, 1985 ; D. Porte, *Les donneurs de sacré, Le prêtre à Rome*, Paris, 1989.

⁹ R. Muth, *op. cit.*, p. 316-8.

affecte par définition cette harmonie naturelle et trouble l'ordre voulu par les dieux¹⁰. D'où la nécessité, avant (ou, au pire, après) toute action, de se concilier l'accord des dieux dans l'expression de leur adhésion. La paix universelle est alors sauvegardée.

La religion consiste ainsi à rester en bons rapports avec les dieux, pour les avoir avec soi. Pour cela deux « techniques » ou deux attitudes, marquent la relation de l'homme avec les dieux : le formalisme, d'une part, et le « donnant-donnant » de l'autre. Le passage de la religion au droit est immédiat.

A. — *La recherche de l'efficacité par le rite*

Religione, id est cultu deorum (*De natura deorum* 2, 8) : observer la religion, c'est respecter le culte des dieux. Il n'y a pas meilleure définition.

Il s'agit tout d'abord d'une religion omniprésente, ainsi que le veut la conception mécaniste d'un monde, défini comme un équilibre fragile que menace l'homme par son action. La religion est l'art de s'assurer l'accord des puissances divines, afin de corriger les effets perturbateurs de l'acte envisagé.

Mais les contacts avec les dieux, précisément le système complexe du culte par lequel les hommes donnent aux dieux ce qu'ils leur doivent, est un langage codé, rituel, formaliste. La forme seule compte et nullement l'intention, la volonté, l'adhésion de l'âme. Et la pureté du rite est si nécessaire à son efficacité que lorsque les dieux manifestent leur insatisfaction, par exemple en retirant provisoirement leur aide à la puissance de Rome, en tolérant une catastrophe, en déclenchant une calamité en signe d'avertissement, la cause est toujours rituelle : on ne la cherchera pas ailleurs que dans un vice du culte. Le vice de forme, le vice rituel ou cultuel est la seule faute humaine qui affecte les dieux. Les dieux n'entendent que le langage du culte, c'est-à-dire celui de la forme.

Les prêtres devront donc détecter l'erreur et rechercher la défaillance technique (omission, lapsus, geste inadéquat) qui a paralysé l'efficacité du rituel et privé le sacrifice de sa force. La seule issue sera de répéter l'acte manqué. Mais il peut aussi s'agir d'un zèle non plus maladroit mais insuffisant. Les catastrophes de la seconde guerre punique semblent bien avoir fait prendre conscience aux Romains qu'ils étaient débiteurs

¹⁰ J. Scheid, *op. cit.*, p. 22-25. Le fait que la plupart des actes de la vie privée ou publique produisent un écho dans le monde des dieux n'implique pas une confusion des deux sphères, humaine et divine, ni une confusion entre droit et religion. Prenons, à titre d'exemple, le respect nécessaire par le calendrier judiciaire du calendrier religieux, qui fixe les jours interdits (*dies fasti, feriae*) à l'activité judiciaire : il n'en découle pas pour cela un mélange des genres ; mais il s'y reflète l'idée (maintenue jusqu'à l'époque tardive) que les troubles à la paix entre les hommes perturbent aussi la *pax deorum* : cf. Fr. Wieacker, « Altrömische Priesterjurisprudenz », dans *Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser*, Wien-Köln-Graz, 1986, p. 347-370, not. p. 350-352. Sur la *pax deorum*, dernièrement F. Sini, *Bellum nefandum*, Sassari, 1991, p. 256-264.

des dieux. Trop d'extensions territoriales n'avaient pas été compensées par suffisamment de rites : cette déficience, toute provisoire, est immédiatement réparée par l'introduction de cultes nouveaux, renforçant le potentiel rituel de la cité ¹¹.

La religion consiste donc en un recueil (fort complexe) de préceptes, rites, formules. C'est une science dont les profanes sont exclus. Ainsi, chez Varron « les rites, que les citoyens et surtout les prêtres doivent connaître et exécuter ; à cette religion appartient la connaissance de quel culte public, de quel type de sacrifice, selon quel rite on doit honorer les dieux » ¹². Le prêtre (*sacerdos*) ne sera donc ni un personnage oint, ou sacré ; il ne sera pas un prophète, ni un intermédiaire privilégié, pas davantage un initié (au sens des mystères antiques), mais avant tout un connaisseur, un expert, technicien, homme de l'art ¹³. Le prêtre, en particulier le Pontife, est celui qui sait ce qu'il faut dire, quelles paroles il doit souffler (*verba praeire*) et quand, pour que tel geste mette les dieux du bon côté. Le prêtre est donc un personnage laïc (que l'on a pu comparer à un magistrat) et non sacré. Il possède la *sanctitas*, notion qui ne correspond à aucune idée de « sainteté », mais qui traduit exactement la *scientia colendorum deum* (*De natura deorum* 1, 116). Il est le gardien d'une religion, seul capable de définir l'acte licite et, s'il ne l'est pas, quelle réparation est due pour calmer l'*ira deum*.

Le *formalisme du droit* répond au ritualisme de la religion. Les deux attitudes plus que symétriques sont semblables et peuvent recevoir un début d'explication.

Les sources de l'obligation, en droit romain archaïque – et même classique – se réduisent à deux types : le formalisme d'une part, l'obligation de rétablir l'équilibre rompu de l'autre. Seule la première, pour le moment, doit être retenue pour être confrontée au ritualisme cultuel.

Les *verba* et les gestes rituels, nécessaires au déroulement du procès (le *sacramentum* historique) ou à l'efficacité des actes créateurs d'obligations (*stipulatio*, *mancipatio*, *nexum*-prêt, ensemble des actes *per aes et libram*), n'ont pas pour fonction de capter la puissance des dieux pour y fonder leur force. Ces actes n'ont rien de religieux, en ce sens que les puissances divines ne sont pas appelées à collaborer, pas plus pour constituer l'acte que pour garantir son respect. Droit et religion ne coopèrent pas. Le recours au formalisme n'a pas de portée religieuse ; il n'a pas de résonance dans le sacré. Le formalisme se justifie autrement. Il exprime, de fait, la conviction que la formule, parce qu'elle est rituelle, parce qu'elle est exactement conforme au modèle, devient efficace. Le souci des parties est de se couler, en une foi aveugle en la magie du mot, dans la for-

¹¹ J. Scheid, *op. cit.*, p. 98-103.

¹² Varron, *Antiquitates rerum divinarum* I fr. 23 Condemi (= Augustin, *Civ. Dei* 6, 5) : « *Tertium genus (= civile) est, inquit, quod in urbibus cives, maxime sacerdotes, nosse atque administrare debent, in quo est, quos deos publice colere et sacra ac sacrificia facere quemque par sit* ».

¹³ Sur le prêtre romain, Mommsen, *Staatsrecht* II ³, p. 18-73 = *Droit Public romain*, III, p. 19-82 ; G. Wissowa, *Religion und Kultus der Römer* ², 1912, München, p. 479-480 ; J. Scheid, *op. cit.*, p. 36-57 ; M. Beard, dans *Pagan Priests* (ed. M. Beard - J. North), New York, 1990, p. 17-48, not. p. 26, 30-36 (mais avec une extension abusive de l'idée de sacerdoce au Sénat) ; D. Porte, *op. cit.*, p. 12-17, p. 25-29.

mule ou le rituel, convaincues que l'emploi du mot juste, des *verba iusta*, crée le lien. *Verba iusta* : ce sont les *verba* rituellement efficaces, donc créateurs de *ius*, au sens de situation rituellement inattaquable.

Formellement, il est impossible de dissocier ici l'attitude du sacrifiant et celle du plaideur ou du créancier. Intellectuellement, leur attitude est également identique. L'intention n'importe ni dans un cas, ni dans l'autre. Au prix d'un nécessaire transfert, c'est le mot et le geste qui se trouvent chargés de réaliser ce que le sacrifiant et le créancier cherchent à obtenir. Bien que parfaitement distincts par leur champ d'application respectif et par leurs interlocuteurs, droit et religion recourent au même langage, dans la même nécessité d'atteindre la formule efficace. On découvre alors sans surprise, au cœur du vocabulaire religieux, des termes que l'on aurait cru réservés au seul juriste : *iure factum* (manifestations culturelles conformes aux rites, donc efficaces) *iustum* (même sens), *ius divinum* (ensemble des prescriptions rituellement efficaces, exact pendant du *ius civile*), *iustitia* (observation scrupuleuse des préceptes de la religion, équivalent à la *pietas erga deos*)¹⁴.

La pureté rituelle de la religion a servi de modèle au droit, au formalisme aussi exigeant et efficace. Le droit profane s'est construit à l'image de la *religio*, selon les mêmes mécanismes intellectuels. Le rôle joué par les Pontifes, maîtres de la religion et de l'interprétation du droit, l'explique historiquement¹⁵. Dépositaires des formules, experts en *verba*, conservateurs des rites judiciaires et des actions, les Pontifes (ou leurs acolytes) soufflaient probablement aux parties au procès les mots exacts qu'elles devaient employer, comme ils le faisaient pour les magistrats lors des cérémonies religieuses. On ne peut qu'énumérer certaines des conséquences durables pour l'avenir du droit de ce ritualisme juridique, calqué sur celui de la religion, et du rôle joué par les prêtres comme gardiens de la tradition juridique :

— la place si réduite de la loi, comme source du droit privé. L'élaboration et la connaissance du droit sont des tâches éminemment techniques, ésotériques, auxquelles le *populus*, par définition non expert, ne peut être associé, si faible que soit la part que prend le peuple dans l'élaboration de la loi. Au contraire, les sources majeures du droit privé après le code décemviral, que sont l'*interpretatio*, les formules d'action, puis l'édit, sont entre les mains d'un petit nombre d'experts. La technicité remarquable du droit romain en est issue : le droit, à Rome, est créé par des professionnels, les *iuris periti* (ou *prudentes* ou *consulti*)¹⁶.

— la formation juridique confidentielle. Sous la République – mais cela restera vrai sous l'Empire –, il n'y a pas d'enseignement organisé, même privé, du droit. Le droit reste une science, non pas secrète, mais réservée à des seuls initiés. Il fallait être introduit dans le cercle étroit des Pontifes ; leurs successeurs, *iuris periti*, feront de même. Il n'y a pas seulement volonté de fermeture aristocratique et recherche d'un monopole jaloux comme on l'affirme. Les préoccupations ne sont pas d'ordre purement politique,

¹⁴ Références dans R. Muth, *op. cit.*, p. 338-342.

¹⁵ Fr. Wieacker, « Altrömische Priesterjurisprudenz », *op. cit.*, (n. 10), p. 352-363.

¹⁶ Schulz, *op. cit.*, p. 60-62.

mais relèvent d'une attitude intellectuelle et des exigences d'un apprentissage qui, par initiation, fait découvrir peu à peu les mots qui lient.

— la place considérable tenue par l'interprétation. Le formalisme, par ses contraintes, excite l'imagination et développe le goût de la discussion. Dans le double registre de la religion et du droit, les Romains sont passés maîtres dans l'art de la controverse. Puisque le mot épuise à lui seul la portée de l'engagement et dispense d'une recherche d'intention, la parole exprimée est passée au crible, pesée, décortiquée ; elle se prête à tous les exercices subtils, jusqu'au jeu de mots. On connaît le dialogue entre Jupiter et Numa. Sommé de sacrifier des « têtes », le roi tergiverse, ruse. Des têtes d'oignons — Non, d'hommes. — Des cheveux d'hommes alors. — Non, des êtres vivants, exige le dieu. Et le roi s'en tira finalement en sacrifiant, par une tricherie légitime, des têtes de poissons vivants ¹⁷. N'a-t-on pas les preuves d'un même art consommé de l'argutie dans l'interprétation pontificale du fameux verset décemviral « *Si pater filium ter venum duit...* » ? La loi concerne les fils, donc pas les filles ou les petits-fils. Pour ces derniers, une seule vente suffira donc pour provoquer l'émancipation ¹⁸.

— l'*auctoritas* prestigieuse des interprètes du droit. Les Pontifes et, par la suite, leurs successeurs dans la science du droit, experts irremplaçables dans une technique pleine d'embûches, jouissent d'une autorité indiscutée, proverbiale. *Tamquam iuriconsultus respondeam...* dira Sénèque (*De benef.* 5, 19, 8) ¹⁹.

B. — La technique du donnant-donnant

Elle constitue aux côtés du formalisme le second modèle de la relation hommes-dieux ou des hommes entre eux.

La logique du *votum* et de la *devotio* place sur un terrain de type contractuel la relation avec le divin.

Le suppliant, dans le *votum*, cherchant à obtenir l'aide des dieux promet, si le bienfait attendu est accordé, d'exécuter en retour l'obligation promise. « Bellona, si aujourd'hui, tu nous honores de la victoire, alors, en conséquence, je te promets par ce vœu de te dédier un temple » ²⁰. Une fois le bienfait reçu, après que le dieu a exécuté de lui-même la convention, le suppliant est *voti damnatus*, lié par son vœu, comme s'il

¹⁷ G. Capdeville, « Substitution de victimes dans les sacrifices d'animaux à Rome », MEFRA 83, 1971, p. 283-323, not. p. 291.

¹⁸ Cf. Fr. Wieacker, *op. cit.*, p. 369.

¹⁹ Schulz, *op. cit.*, p. 124-5.

²⁰ Tite Live 10, 19, 5-18 (296) ; autres exemples contemporains : Tite Live 10, 29, 14 (295) ; 10, 37, 15 (294). Sur le *votum*, Dumézil, *op. cit.*, p. 96, 245, 401-2, p. 548 not. (similitude du vocabulaire religieux et juridique : *voti reus*, *voti damnatus*, *votum solvere*).

était condamné à exécuter²¹. Le vocabulaire du droit ne peut tromper. L'obligation est née de l'exécution préalable du cocontractant. On se trouve exactement dans le mécanisme d'un contrat innommé (du type *das ut dem*).

La technique de la *devotio* est largement illustrée par des sacrifices mémorables dont l'historicité n'importe pas ici – de la Haute-République. Le général offre par anticipation sa vie aux dieux mânes en cherchant la mort au milieu des ennemis, afin de lier, en retour, les dieux et les contraindre à donner – par respect du « contrat » – la victoire à Rome. Le schéma, régulier, est minutieusement placé sous l'autorité du Pontife (qui souffle les prières nécessaires à l'efficacité du sacrifice). L'obligation d'exécuter, de la part des dieux, est immédiate. Sitôt la mort du général annoncée, le Pontife peut déclarer – et sa parole est performative – que les Romains sont victorieux, car les Romains se sont déjà acquittés de leur obligation par la mort du consul²².

La technique contractuelle du *do ut des* se présente immédiatement à l'esprit. Les similitudes sautent aux yeux : mais s'agit-il d'une simple coïncidence ou du témoignage d'une communauté profonde de pensée, du droit à la religion ?

Le schéma donnant-donnant fourni par la religion (prière, *votum*, *devotio*) est incontestablement très archaïque. Or il se trouve être commun avec les formes les plus anciennes, à côté du formalisme, de l'obligation romaine, qui recourt, pour son efficacité à la notion de *damnum* (*damnare*, *damnatio*, *condemnatio*).

Damnum n'exprime l'idée d'un dommage que d'une manière oblique, ou seconde. Le *damnum* est avant tout la contre-partie, le contre-don, la réparation, destinés à corriger le déséquilibre causé soit par l'inexécution d'un engagement (d'où la *damnatio* prononcée par le jugement, si l'on ne se trouve pas dans une hypothèse où le *iudicatum* n'est pas nécessaire : par exemple dans le *nexum* archaïque), soit par un délit (à la personne, aux biens). Tout le domaine des obligations qualifiées de délictuelles entre dans ce mécanisme de l'équilibre : et l'on comprend que l'on soit passé rapidement du *damnum*-réparation, ou compensation, au *damnum*-dommage, appelant réparation ou compensation. L'évolution est déjà achevée au 3^e siècle av. J.-C. lors de la *lex Aquilia*. Les obligations contractuelles se sont pliées à la même loi de l'équilibre : à preuve la *damnatio* (au sens de devoir légal de supporter le *damnum*, de payer le contre-don, d'exécuter la promesse, de restituer le prêt ...) ²³.

La très longue survie de ce schéma d'équilibre nécessaire contribua probablement à étouffer l'émergence, même tardive, d'un principe d'obligation fondée sur la seule volonté. La contre-prestation nécessaire et préalable, âme des contrats innommés, reste vivante au cœur du système contractuel classique ou même plus tardif.

²¹ Cf. G. Freyburger, « La supplication d'action de grâces dans la religion romaine », *Latomus* 36, 1977, p. 283-314, not. p. 300 : par le sacrifice d'action de grâces, le suppliant fournit la contrepartie dont il est redevable envers les dieux.

²² Tite Live 8, 9, 4-8 (340). Cf. Dumézil, *op. cit.*, p. 108-9.

²³ Sur le sens archaïque de *damnum*, voir notre commentaire à la loi des XII Tables, sous presse, aux lois VIII, 16 et XII, 3.

Les Romains, nous semble-t-il, ont pensé la religion comme le droit, et plus encore le droit comme la religion. Poursuivaient-ils, ainsi, la même fin ?

II. — LA RECHERCHE COMMUNE DE L'UTILITÉ SOCIALE, AU DÉTRIMENT D'UNE PRÉOCCUPATION THÉOLOGIQUE ET PHILOSOPHIQUE

Au tournant du 2^e- 1^{er} siècle, la pensée grecque se répand à Rome. La religion et le droit se trouvent alors confrontés à un choix décisif, qui relève des maîtres communs de la religion et de la science du droit, les Pontifes : accueillir les préoccupations théologiques et philosophiques nouvelles inspirées de la Grèce, ou maintenir, au contraire, une tradition pluriséculaire infiniment plus modeste et politique.

Le Pont. Max. Q. Mucius Scaevola (cos. 95), l'un des fondateurs du *ius civile*, joua ici un rôle essentiel, scellant pour l'avenir la place de la religion et du droit dans la cité. Scaevola unit dans une conception commune le droit et la religion et leur attribue, dans la cité, une fonction semblable.

A. — *Le rejet du genus philosophicum et theologicum par Q. Mucius*

Un témoignage de première importance, transmis par saint Augustin (*Civ. Dei* 4, 27) et confirmé par Varron, source très certainement d'Augustin ²⁴, rapporte le jugement du Pontife sur les diverses approches du phénomène religieux chez ses contemporains. Il y aurait, à ses yeux, trois types de religion, ou trois conceptions de la religion :

— le *genus poeticum* (ou *mythicon*, ou *fabulosum*) : religion des poètes, simple badinage, tout empli de niaiseries ou d'inconvenances. Ces histoires fabuleuses de miracles ou de turpitudes ne conviennent assurément pas à la nature des dieux. Cette approche est à proscrire.

²⁴ Sur ce texte, dont l'importance n'avait pas échappé à Fr. Schulz, *op. cit.*, p. 80-81, voir : G. Lieberg, « Die theologia tripartita in Forschung und Bezeugung », *ANRW* I, 4, 1973, p. 63-115 ; G. Dumézil, *op. cit.*, p. 111-114 (avec renvoi aux études de P. Boyancé et de J. Pépin sur la théologie de Varron) ; A. Schiavone, *Nascita della giurisprudenza*, Rome-Bari, 1976, p. 5-67, sur un mode discursif ; J. H. Liebeschuetz, *Continuity and change in roman religion*, Oxford, 1979, p. 36-37. Sur la transmission du texte, conservé sans doute grâce aux *Antiquitates rerum divinarum* de Varron, cf. G. Lieberg, p. 101-2 ; A. Schiavone, p. 9-14. Varron (ap. Aug. *Civ. Dei* 6, 5), après Mucius Scaevola, s'est prononcé à son tour en faveur d'une division tripartite de la théologie.

— le *genus philosophicum* : la religion, perçue cette fois comme une théologie ou comme une réflexion philosophique sur la nature des dieux (cf. le *De natura deorum* de Cicéron) ou sur la nature tout simplement (cf. le *De natura rerum* de Lucrèce, dans la suite de la *Physique* d'Aristote) ne satisfait pas davantage Q. Mucius. Cette approche spéculative ne convient pas aux cités (*non congruere civitatibus*), dans l'idée qu'elle ne leur est pas utile : soit parce qu'elle comporte des détails superflus (*supervacua*), soit, plus gravement, parce qu'elle conduit à découvrir des idées qu'il n'est pas utile de divulguer au sein du peuple. Par exemple celle que bien des dieux (Hercule, Castor et Pollux, Esculape) ne le sont pas réellement, ou encore la découverte que le vrai Dieu n'a âge, ni sexe, ni forme physique définie. Voilà des représentations exactes, aux yeux du Pontife (*haec pontifex falsa esse non putat*), mais qu'il ne veut pas que connaisse le peuple (*haec nosse populos non vult*). Pour Scaevola, il est utile que les cités soient trompées en matière de religion (*expedire igitur existimat falli in religione civitates*). Il en vient donc au troisième genre, le seul qu'il admet.

— le *genus civile*, qui ne relève que des *principes civitatis*. Varron, dans ses *Antiquités religieuses*, permet de compléter la pensée du Pontife²⁵. Ce genre civil, c'est-à-dire politique, est celui qui sert le peuple, qui est utile au peuple (*quo populi utuntur*). Formé de la pratique des rites, du maintien des sacrifices et du respect des formes du culte, il peut sans inconvénient laisser le peuple plongé dans la crédulité, l'ignorance, l'erreur.

La réflexion de Q. Mucius mérite une lecture attentive. Cet aristocrate, maître de la religion romaine, ferme consciemment celle-ci à la réflexion philosophique, à la spéculation, à la vérité, privilégiant une conception sans doute traditionnelle, mais singulièrement réductrice. La religion doit rester civile, c'est-à-dire civique ou politique, affectée (car elle n'est pas un but en soi) au service de la cité. Le critère de l'utilité l'emporte dans cette attitude pragmatique. La religion restera un recueil de recettes rassurant la communauté civique, persuadée de vivre en bonne intelligence avec des dieux, à l'existence desquels le Pontife ne croit guère. La dimension politique de la religion la destine naturellement à rester nationale et surtout collective.

S'agit-il d'un traditionalisme étroit ou, au contraire, d'une salutaire méfiance à l'égard de jeux de l'esprit ? Il n'est pas utile de répondre. Mais on peut s'accorder sur ce point : la recherche de la vérité, aux yeux de Q. Mucius, très informé, on le sait, de la pensée grecque, doit céder la place à la recherche de l'utile, même et surtout quand celle-ci conduit à tromper le peuple.

Dans son activité de maître de la science du droit, Q. Mucius se montra-t-il plus ouvert aux systèmes de la pensée grecque, quand il rédigea (plutôt que composa) son *ius civile* ? Il est traditionnel, dans l'histoire de la science du droit romain, d'admirer beaucoup Q. Mucius Scaevola, presque autant que Sabinus. Mais c'est très injustifié. La fermeture du Pontife à la philosophie se retrouve, hélas, dans son œuvre de juriste. La structure de son œuvre marque certainement un progrès par rapport aux œuvres anté-

²⁵ R. Muth, *op. cit.*, p. 299.

rieures qui devaient suivre docilement l'ordre des XII Tables ; mais où se trouve la logique interne des dix-huit livres composant son ouvrage et dont les Modernes ont pu reconstituer à peu près l'enchaînement ²⁶ ? Testaments, legs, succession légitime, stipulation, tutelle, *lex Aquilia*, *statuliber*, puissance paternelle, affranchi, *negotiorum gestio*, possession, usucapion, *condictio*, *locatio*, servitudes, société, *postliminium*, *furtum*. Le plan est peut-être utile ; mais il a sûrement négligé les leçons d'un philosophe.

Or cette œuvre, replacée dans son contexte, a une portée majeure. Elle s'inscrit au cœur d'une rivalité croissante entre deux conceptions du droit. L'une technique, l'autre philosophique. La première, traditionnelle, enferme le droit dans un art de spécialistes ; la seconde, ouverte à l'art oratoire, privilégie la volonté ou l'équité sur la forme ou le formalisme. Q. Mucius a vécu cette tension : il en fut même la victime, puisque, dans la *causa Curiana*, son interprétation stricte, juridique, fut battue en brèche par l'interprétation en équité de l'orateur Crassus. Il est plus que vraisemblable que Q. Mucius, inquiet de cette intrusion des orateurs dans le droit, voulut en rédigeant son traité sur le *ius civile* affirmer les frontières, les exigences, les principes d'une science spécifique et autonome, celle du droit. La méthode à laquelle il recourut pour l'exposer néglige – donc condamne – les rigueurs d'une logique philosophique, ce que déplorera Cicéron ²⁷. Q. Mucius, défenseur de la *scientia des iuris periti*, s'enferme dans un exposé ésotérique.

L'attitude de Q. Mucius, révélatrice sans doute de la pensée pontificale de son temps, apparaît donc comme égale à elle-même dans sa double prise de position, sur la religion et sur le droit. On peut en tirer schématiquement quelques conséquences.

B. — Une science du droit dépourvue de prétention philosophique

En tournant le dos à toute perspective de système, les fondateurs du *ius civile* ont privilégié l'*usus* sur l'*ars* ;

— exactement comme la religion, et pour les mêmes raisons, le *ius*, à Rome, s'affirme exclusivement comme *civile*. Au sens fort du terme, il est droit spécifique, propre à une communauté, facteur d'isolement et de différenciation. La dimension philosophique, qui ignore les frontières, était une chance à saisir. Repoussée, elle fut proba-

²⁶ Voir ici les très justes réserves d'A. Schiavone, *op. cit.*, p. 101-108 et sa critique de l'admiration bien excessive de Fr. Schulz (p. 172-3) pour la logique de l'œuvre de Q. Mucius, appréciation en partie fondée, il est vrai, sur une reconstitution non authentique du plan de l'ouvrage. Sur ce plan, v. les études citées par A. Schiavone, *loc. cit.*

²⁷ Cicéron., *De oratore* 1, 185-200 ; *Brutus* 144-146 ; 152-153, avec l'opposition de *usus* et *ars*. Cf. M. Villey, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris, 1945, p. 4-27. Sur l'influence de la philosophie grecque sur la systématisation du droit romain, réserves de Fr. Wieacker, « Über die Verhältnisse der römischen Fachjurisprudenz zur griechischen hellenistischen Theorie », *Iura* 1969, p. 448-477 (rien de sérieux avant Gaius) ; J. Gaudemet, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », *Archives de philosophie du droit* 31, 1986, p. 11-28.

blement irrémédiablement perdue pour la pensée occidentale, même si la conscience d'un *ius naturale* ou d'un *ius gentium* sut enrichir le *ius civile* ;

— le pragmatisme marquera toujours la science juridique romaine (comme pour la religion). De là, l'absence dans les œuvres juridiques de référence à une réflexion morale. La justice, le droit naturel, l'*aequitas*, le *ius gentium*, la distinction *ius scriptum* – *ius non scriptum* sont naturellement connus mais ne suscitent pas de réflexion théorique d'ensemble. L'histoire, l'État (l'État idéal, la loi idéale), le droit comparé ne soulèvent guère de curiosité²⁸ ;

— en refusant d'être philosophes, les juristes laissèrent à d'autres cette activité intellectuelle : aux *oratores*, aux *rhetoires*. Ceux-ci manient la dialectique, spéculent sur les thèmes abstraits de la justice ou de l'équité. Les juristes, en revanche, atteignent les sommets d'une science savante. L'expérience romaine se distingue par là de la Grèce, où, au contraire, la philosophie ne se heurta pas contre la porte fermée du droit et de la religion ;

— même sous l'Empire, même après la mainmise impériale sur le pontificat, les juristes gardèrent la méthode, l'activité, la mentalité des Pontifes. Le juriste reste un conseiller, un guide, l'expert habile à déjouer les faux pas dans une science qui n'est plus formaliste, mais reste d'une extrême technicité. *Responsa*, *cautiones*, conseils et mises en garde, prolixes, gonflent des ouvrages qui compilent plus qu'ils ne raisonnent et dont le plan restera toujours le point le plus faible.

Une image se présente, en conclusion : celle de Janus Bifrons, dont le double profil, aux traits rigoureusement identiques, orna le premier monnayage romain. Le droit et la religion ont été façonnés, pensés, exprimés, vécus selon le même modèle, œuvre de la même autorité, celle des Pontifes. Le droit et la religion se sont partagé le monde (l'humain, le divin), mais sans la possibilité d'un chevauchement, donc d'un conflit qui eût posé la question d'une douloureuse hiérarchie. Les deux regards de Janus, de quelque côté qu'il se tourne, ne peuvent se croiser, ni entrer en rivalité. Double vision du monde de la cité, image d'une admirable harmonie, qui explique tant de similitude, mais si peu de contacts entre le droit et la religion à Rome.

²⁸ Schulz, *op. cit.*, p. 69-75.