



HAL
open science

Aux racines de la réciprocité : la recherche de l'équité dans la procédure pénale de l'empire romain tardif

Christophe Camby

► **To cite this version:**

Christophe Camby. Aux racines de la réciprocité : la recherche de l'équité dans la procédure pénale de l'empire romain tardif. La réciprocité : dimensions théologiques, juridiques et autres, 2019. halshs-03269197

HAL Id: halshs-03269197

<https://shs.hal.science/halshs-03269197>

Submitted on 23 Jun 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Aux racines de la réciprocité : la recherche de l'équité
dans la procédure pénale de l'empire romain tardif »
La réciprocité, dimensions théologiques, juridiques et autres ?
Colloque international du CTHDIP, Montauban, le 6 juin 2017
Christophe Camby, Université de Rennes 1, IODE-UMR CNRS 6262

Reciprocare pro ultro citroque poscere usi antiqui sunt, quia procare est poscere :

« Les anciens ont employé ce mot dans le sens de demander de part et d'autre car *procare* signifie demander¹. » Une telle définition, due au grammairien latin Sextus Pompeius Festus, de la fin IInd siècle ap. J.-C., donne à la réciprocité une place dans la pensée latine assez distante des définitions plus étroites du droit positif, qui limitent l'usage de la réciprocité au droit international public. Selon l'étymologie, il est vrai, la réciprocité apparaît de façon récente dans la langue française, puisque ce terme n'apparaîtrait qu'en 1729², d'après un latin tardif : *reciprocitas*, que ne connaissent ni du Cange, ni Niermeyer³. Pourtant, le mot ne manque pas de synonymes en langue latine. On peut citer *mutuum*, familier aux spécialistes du droit des obligations, ou en période plus tardive : *vicem* et *invicem* ou encore, la façon dont le Code théodosien appelle à la réciprocité de la peine entre accusateur mensonger et accusé calomnié. Pour satisfaire à l'équité, l'un et l'autre doivent se placer : *similis poenae condicione*, être exposés au risque de la même peine. On reconnaît en une telle disposition la recherche de l'équilibre entre les parties symbolisée pour le droit romain par la balance de la justice⁴.

Mais, comment illustrer la réciprocité dans la procédure romaine tardive, si ce n'est en ayant recours aux textes eux-mêmes ? La présente communication propose donc à son lecteur une sorte de jeu de piste entre différents textes qui font appel à la notion de réciprocité. Un article de la loi des Burgondes traite de la réciprocité dans la procédure accusatoire pour des faits criminels. Cet article de la loi des Burgondes ajoute à son intérêt celui de prendre pour référence le Code théodosien. Un tel constat met en relief l'intérêt de la position prise par Ernst Levy, dès 1942. En pleine seconde guerre mondiale, cet auteur a inversé le regard complaisant porté depuis la réforme sur les lois dites « barbares. » Pour Ernst Levy, ces lois ne sont « barbares » que par les troupes auxquelles elles sont destinées. Ces lois, selon cet auteur, sont issues du Code théodosien pour être appliquées à des populations particulières, des troupes gentiles⁵. A ces troupes, à la suite de leur *foedus*, du 'don de leur foi' à l'empire,

¹ Sextus Pompeius Festus, fin IInd siècle ap. J.-C. *De la signification des mots*, M.-A. Savagner (trad.), Paris, Panckoucke, 1846, t. II, p. 490.

² Oscar Bloch et Walter von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, PUF, 1950, p. 511.

³ Charles du Fresnes, sieur du Cange (1610-1688), *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, rééd. Léopold Favre, Paris, Stockholm, 1938, t. VII, p. 45, Jan-Frederik Niemeyer, *Mediae latinis lexicon minus*, Leyden, Brill, 1954-1976, p. 887.

⁴ On peut noter au passage que la même balance symbolise aussi la justice en Egypte antique : Papyrus d'Hunefér, daté ca. 1375 av. J.-C., illustre la pesée du cœur d'un défunt lors du jugement dernier.

⁵ Ernst Levy, « Reflexions on the first "reception" of Roman Law in Germanic States », *American Historical Review*, 48-1 (oct. 1942), p. 20-29, « Vulgarization of Roman Law in Early middle Ages », *Gesammelte Schriften*, Köln, Graz, Böhlau, 1963, p. 221-247. Franz Wieacker, « Foundations of European Legal Culture », Laurent Waelkens, « Droit germanique: la fin d'un mythe. A propos d'un ouvrage récent ? », *RHD*, sér. 4-87

l'autorité romaine confie un *sors*, c'est-à-dire la garde d'une portion de son territoire. En corollaire, aux démonstrations d'Ernst Levy, on doit souligner le danger de prendre régulièrement les compilations justiniennes comme la référence exhaustive du droit romain. Si des éléments de droit identifiables dans les textes « barbares » se trouvent décrits comme étrangers au droit romain, c'est souvent parce que l'on a pris les compilations justiniennes comme seule référence. Dans le même temps, on a omis de vérifier si les notions réputées « étrangères au droit romain » présentes dans les lois dites « barbares », ne seraient pas attestées à des époques antérieures aux invasions, par exemple dans les Gaules⁶. Pour l'origine des lois « barbares », la théorie antérieure, chère à l'école historique prussienne, puis nationale-socialiste, était celle des *Völkerrechten*, selon laquelle lesdites lois auraient été le fruit des assemblées de chacun de ces peuples. Plusieurs chercheurs allemands ont depuis confirmé les positions d'Ernst Levy en constatant le parallélisme existant entre différents droits « barbares. » Il est possible, par exemple, d'éditer de façon synoptique les lois des Bavaois, des Alamans et des Visigoths⁷. Une telle proximité interdit une prétendue mise par écrit des lois dites « barbares », à l'occasion des assemblées de ces peuples. De plus, si tel avait été le cas, comment expliquer une rédaction en langue latine ? Peter Landau, pour sa part, a démontré l'origine savante de la loi des Alamans et de celle des Bavaois, sous l'impulsion de l'abbé Pirmin, vecteur des traditions juridiques romano-visigothes à Reichenau, puis à l'abbaye bavaroise de Niederaltaich⁸. Ces dernières évolutions de la recherche ont reconnu en ces lois autrefois qualifiées de « barbares » l'expression de formes théodosiennes du droit romain appliquées à des populations militaires, qu'il s'agisse des Francs⁹, des Goths¹⁰ ou d'autres *gentes*¹¹. Cet état de la recherche actuelle conduit au point

(juil-sept. 2009), p. 415-426. Franz-Ludwig Schäfer, *Juristische Germanistik. Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2008.

⁶ Outre le Code théodosien, on dispose pour les Gaules d'un assez riche *corpus* désigné assez improprement « lois vulgaires » ou *Vulgarrecht*, publié en particulier dans : *Fontes iuris romani antejustiniani: in usum scholarum*, par : Salvatore Riccobono et Giovanni Baviera, Firenze, 1940, textes repris en grande partie par Paul-Frédéric Girard et Félix Senn, *Textes de droit romain*, Paris, 7^e ed., 1967.

⁷ Comme l'a fait l'un des éditeurs de la loi des Bavaois : *Lex Baiuvariorum*, Ernestus Liber de Schwind, MGH, *Legum Germanicarum*, t. V, Pars II, Hannover, 1926.

⁸ Peter Landau, *Die Lex Baiuvariorum: Entstehungszeit, Entstehungsort und Charakter von Bayerns ältester Rechts- und Geschichtsquelle* (Bayerische Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse. Sitzungsberichte 2004, 3), München, 2004, ou : « Kanonensammlungen in Bayern in der Zeit Tassilos III. und Karls des Großen », Lothar Kolmer et Peter Segl (eds.), *Regensburg, Bayern und Europa, Festschrift für Kurt Reindel zum 70. Geburtstag*, Regensburg, Universitätsverlag, 1995, p. 137-148. Heinrich Brunner, « Über ein verschollenes merowingisches Königsgesetz des 7. Jahrhunderts », *Sitzung der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, vom 17. October 1901*, Sonderabdruck, Berlin, p. 932-955, citation p. 932.

⁹ Pour les Francs, soldats de Rome : Etienne Renard « Le "Pactus legis Salicae", règlement militaire romain ou code de lois compilé sous Clovis »? *BEC*, 167- 2 (2009), p. 321-352. Jean-Pierre Poly, « La corde au cou. Les Francs, la France et la loi salique », *Genèse de l'Etat moderne en Méditerranée* (Coll. de l'École française de Rome, 168), 1993, p. 287-320.

¹⁰ Pour les Goths, dès 1953, l'absence de tout apport germanique vérifiable dans le *codex Euriciani* a été démontré par Alphonso Garcia-Gallo, *Historia, Derecho e Historia del Derecho. Consideraciones en torno a la escuela de Hinojosa*, *AHED* 23 (1953), p. 5-36. Bibliographie : Fernando de Arvizu, « Histoire et droit, considération rétrospective d'une polémique espagnole », *Histoire de l'histoire du droit*, Jacques Poumarède (ed.), Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 2006, p. 351-358, Herwig Wolfram, *Einleitung oder Überlegungen zur Origo gentis*, Herwig Wolfram, Walter POHL (eds.), *Typen der Ethnogenese*. Wien, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1990, p. 19-31.

que la présente communication se propose d'éclaircir : si sur la question de la réciprocité de l'accusation, il est possible d'observer les traces d'une filiation entre loi romaine et droits dits « barbares ? » On observera donc en premier lieu trois textes dont la romanité se trouve reconnue pour les comparer à deux lois du *corpus* réputé « barbare. »

I - L'accusation dans la procédure romano-barbare

Le *Liber Papiani* fait référence au Code théodosien. Il convient de comparer la teneur du droit énoncé par ces deux textes, le premier issu de la plus ancienne forme du droit burgonde, le second dû à l'empereur Théodose II en 438.

La plus ancienne version de la loi des Burgondes, la *Lex romana burgundionum antiqua* également désignée *Liber Papiani*¹², prévoit un certain nombre de règles de prudence procédurale dans l'accusation criminelle, sous le titre : *De obiectioe criminum vel inscriptionibus ingenuorum sive servorum*. VII : 'Des accusations criminelles ou des inscriptions des libres comme des esclaves'. Voici la teneur de son premier *alinea* :

7.1. *Si quis ingenuus ingenuo crimen intendens, quod obiecit, se scripserit probaturum, si probatio defuerit, inscribendi se cum eo, quem accusat, corporali supplicio licentia non negetur, ita ut aut caput aut facultatem suam obliget, sicut lex Theodosiani libro nono sub titulo primo designat, quae ad Marinianum vicarium Spanie data est.*

Qu'opposer, si un libre se prépare à accuser de crime un autre libre ? Il doit s'inscrire comme à éprouver, si l'on décide d'exécuter [la question], inscrit avec celui qu'il accuse, il ne pourra s'opposer à la possibilité du supplice corporel, de même qu'il oblige aussi bien sa tête que ses biens, comme la loi Théodosienne l'indique, livre neuf, sous le titre I, qui est donné à Marien, vicaire d'Espagne.

Quel est le danger encouru dans le cas où un homme libre accuserait un homme libre ? Le danger réside pour l'accusé dans l'itération de la torture, dans l'hypothèse où celle-ci apparaîtrait nécessaire à l'enquête. Ceci est prévu principalement dans un cas de lèse-majesté, seul motif pour lequel le droit romain a admis l'usage de la torture sur un homme libre¹³. Par l'obligation de l'inscription réciproque de l'accusateur et de l'accusé, l'un et l'autre encouraient de façon paritaire le risque de subir les tourments de la question. Ainsi,

¹¹ Mathias Hardt, « The Bavarians », *Regna and gentes : the relationship between late antique and early medieval peoples and kingdoms in the transformation of the Roman world*, Hans-Werner Goetz, Jörg Jarnut, Walter Pohl (ed), Leyden, Brill, 2003, p. 429-462. Walter Pohl, « L'armée romaine et les Lombards : stratégies militaires et politiques », *L'armée romaine et les Barbares du III^e au VII^e siècle*, Françoise Vallet et Michel Kazanski (ed.), t. 5 des Mémoires publiées par l'Association Française d'Archéologie Mérovingienne, 1993.

¹² Par une erreur qui a perduré : *Liber Papiani, Lex romana Burgundinium*, Ludwig Rudolf von Salis, MGH, *Leges*, t. I, 2. 1, Hannover, 1892, p. 127-175. Frederich Bluhme, MGH, III, Hannover, 1863, p. 579-630.

¹³ Quoiqu'en période tardive cette stricte garantie semble s'être amenuisée. On a le sinistre exemple du César Gallus à Antioche, rapporté par Ammien Marcellin : Histoires, XIV, I, 1-9. Le droit semble avoir suivi cette triste tendance : Sentences de Paul V, 29, 4. *Ad legem Iuliam maiestatis* : ... *nulla dignitas a tormentis excipitur*. Paul-Frédéric Girard et Félix Senn, *Textes de droit romain, op. cit.*, p. 364. Janne Pölönen, « Plebeians and repression of Crime in the Roman Empire : From Torture of Convicts to Torture of Suspects », *RIDA*, LI, 2004, p. 217-257. Olivia F. Robinson, « Unpardonable crimes : Fourth century Attitudes », John W. Cairns, Alan Watson, Olivia F. Robinson, *Critical studies in ancient law, comparative law and legal history*, 2001, p. 117-126. Laurent Angliviel de la Beaumelle. « La torture dans les *Res Gestae* d'Ammien Marcellin. » *Institutions, société et vie politique dans l'Empire romain au IV^e siècle ap. J.-C. Actes de la table ronde autour de l'oeuvre d'André Chastagnol* (Paris, 20-21 janvier 1989) Coll., de l'École française de Rome^o159 (1992), p. 91-113.

l'accusation ne peut plus se révéler dolosive, le danger n'est pas seulement du côté de l'accusé. Dans le cas où son accusation serait reconnue mensongère, l'accusateur est prévenu qu'il engage sa vie ou ses biens dans une accusation capitale par le moyen de la rétorsion de la peine. Il s'agit ici d'une peine de substitution à la peine de mort. Le choix se trouve alors offert au condamné entre la confiscation des biens pour ceux qui en disposent, les *honestiores*, à défaut, pour les *humiliores*, la peine de mort est appliquée. La référence au Code théodosien peut surprendre ceux qui regardent le droit burgonde comme un droit « barbare. » Le second *alinea* envisage l'accusation d'un esclave.

7.2. *Si uero ingenuus servum cuiuscumque putaverit inscribendum, aut caput suum aut facultatem suam integram noverit obligari, quam non probato crimine domino servus adquirat.*

Si au vrai un libre imagine inscrire [comme accusé] l'esclave de quelqu'un, il s'oblige à se racheter soit par sa tête, soit par l'intégralité de ses biens, quand il ne parviendrait pas à prouver le crime de l'esclave du maître.

Dans le cas de l'accusation de l'esclave, il n'existe aucun obstacle à l'emploi judiciaire de la torture. On a même lieu de craindre qu'ils meurent dans les tourments¹⁴. Ainsi, accuser un esclave peut revenir à le condamner à mort. En conséquence, la peine prévue par le second *alinea* pour un accusateur frauduleux, qui ne peut apporter la preuve de son accusation, est la même peine que celle qui réprime l'homicide sous l'empire tardif. Le choix est offert au coupable entre le rachat de lui-même, par la confiscation de tous ses biens, pour les *honestiores*, soit l'application de la peine de mort... pour ceux qui ne peuvent se racheter, les *humiliores*. Un tel mécanisme, de rachat judiciaire du condamné par lui-même, courant en période tardive de l'empire, a pu être qualifié de « rançon judiciaire¹⁵. » La difficulté semble-t-il pour le législateur de l'antiquité finissante vient de la volonté d'appliquer un esprit d'équité à une société inégalitaire. On ne peut reconnaître à tous le même droit de porter une accusation :

7.5. *Accusandi vero permissum quae persona non habeat, legibus designatur, hoc est : ne servus dominum vel patronum libertus seu familiaris praeter solum crimen maiestatis accuset*

L'accusation au vrai n'est pas permise à qui n'a pas la personnalité [juridique], définie par les lois, que n'accuse ni l'esclave d'un maître, ni le libertin d'un patron, ni un de sa *familia*, sauf crime de majesté

L'esclave n'a donc pas le droit, en principe, de porter une accusation. La limite posée ici vient des abus antérieurs de *quadruplicatores*, ou *delatores*, L'autorisation de délation était prévue à l'origine pour réprimer les éventuels abus des gouverneurs de Rome coupables de rapine¹⁶. Condamnés par Cicéron, combattus par Hadrien, Aurélien et Constantin¹⁷, sous

¹⁴ Par exemple la *familia* d'Aginatius : Ammien Marcellin : XXVIII, I, 55.

¹⁵ Emmanuelle Chevreau, « *Liberum corpus nullam recipit aestimationem* : une insuffisance de la procédure civile romaine » ? *Procéder : pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action?* Jacqueline Hoareau-Dodinay, Gilles Métairie, Philippe Texier, CIAJ, n° 13, Limoges, 2001, p. 23-34p. 24.

¹⁶ Action fondée d'après Gaius en la loi des XII Tables (Gaius, comm. 3, 189-190), puis incriminée par la *legem Aquiliam* (Gaius, comm. 3, 202), la mise en œuvre décisive de la notion de *quadruplum* semble due au sens de la justice du préteur pérégrin Terentius Lucullus, vers 50 av. J.-C., en réaction aux méfaits des crises civiles de cette période, selon Rosillo Lopez, César a complété ces disposition par la *Lex Iulia de pecuniis repetundis*, en 59 avant J.-C., *La corruption à la fin de la République*, Thèse Lettres, Neuchâtel, 2005, p. 147.

l'Empire tardif, pour le scandale d'Ammien Marcellin, les *quadruplicatores* sont toujours présents¹⁸ Délateurs rétribués¹⁹, ils s'appliquent à dénoncer les abus de pouvoir, réels ou forgés, des personnages hauts placés pour récolter les fruits indignes de leur dénonciation²⁰. Un quart de la condamnation se trouve réservé au dénonciateur²¹. Or, le quart des biens d'un citoyen représente un pactole pour un esclave ou un libertin démuné. Par ailleurs, le pouvoir, qu'il soit burgonde ou romain, qui condamne les accusateurs malveillants²², a bien du mal à se priver de la délation – utile – notamment pour ce qui concerne le crime de majesté, la fiscalité ou l'usure. On peut donc récapituler les éléments observés dans cet article de l'antique loi des Burgondes. L'objet de ces dispositions est de faire en sorte que l'accusation ne puisse être dolosive par l'emploi de la question sur un innocent. L'accusation mensongère entraîne la rétorsion de la peine. Le cas de l'esclave pose le problème de l'itération de la torture avec une acuité accrue, puisque l'esclave est objet de moins de retenue de la part des juges. Un coupable avéré de crime capital dispose de la faculté de se racheter par l'abandon de sa fortune. Le législateur burgonde tente de limiter le droit d'accuser aux libres, sans y parvenir en raison des cas particuliers des crimes qui intéressent le pouvoir.

Il convient de suivre l'indication donnée par l'article de la loi des Burgondes : « comme la loi Théodosienne l'indique, livre neuf, sous le titre I, qui est donné à Marinien, vicaire d'Espagne. » La chronologie permet un tel renvoi, en effet le Code théodosien est publié en 438. Or, le *foedus* par lequel le roi Gondicarius jure sa foi à l'empire, en la personne du patrice Aëtius date de 451²³, lorsque le patrice eut « accordé la paix aux supplications de

¹⁷ Aurelius Victor, 35, 7 : *Delataeque fiscales et quadruplicatorum, quae urbem miserabiliter affecerant, calumniae*, d'après Yann Rivière, « Les *quadruplicatores*. La répression du jeu de l'usure et de quelques autres délits sous la République romaine », *MEFRA*, 109-2 (1997), p. 594. Bien plus tard, l'Épître, attribué à Aurelius Victor reconnaît les mêmes mérites à l'Empereur Constantin : *Vie et caractère des empereurs romains depuis César jusqu'à l'Empereur Théodose*, XLI.

¹⁸ Changement de nom qui a fait croire à leur disparition : Yann Rivière, « Les *quadruplicatores*. La répression du jeu de l'usure et de quelques autres délits sous la République romaine », art. cit, p. 577, alors que cette fonction de délation rétribuée reste présente non seulement dans l'œuvre d'Ammien Marcellin, XXVI, 10,11-12 : *Nam ut quisque ea tempestate ob quamlibet voluerat causam, regiae prope accedens et aliena rapiendi aviditate exustus, licet aperte insonem arcessens ut familiaris suscipiebatur et fidus, ditandus casibus alienis. Imperator enim promptior ad nocendum, criminantibus patens et funereas delationes adsciscens, per supplitiorum diversitates effrenatus exultavit, sententiae illius Tullianae ignarus, docentis infelices esse eos qui omnia sibi licere existimarunt*, mais encore dans le Code Théodosien, qui punit les usages dévoyés de la délation mais en maintient l'utilité, en particulier en cas de lèse-majesté : CTh.9.6.2 [=brev.9.3.1] : *servus dominum accusans non solum audiendus non est, verum etiam puniendus, nisi forte dominum de crimine maiestatis tractasse probaverit*.

¹⁹ Jorge G. Caminas, *Sobre los « quadruplicatores »* *SDHI*, L (1984), p. 461-473. Louis-Bernard Mer, *L'accusation dans la procédure pénale du Bas-Empire romain*, thèse de droit de Rennes, 1953.

²⁰ Parmi ces profiteurs de la *calumnia*, on compte le César Gallus, indigne cousin de l'Empereur Constance II et bourreau de la ville d'Antioche, Ammien Marcellin, XIV, en général, sur le « bourreau, auxiliaire de la rapine », XIV, 7, 21.

²¹ Cicéron, *in Verrem*, II, 2, 21-22. Bernardo Santalucia, *Studi di diritto penale romano*, Rome, 1994, p. 223, Theodor Mommsen, *Droit pénal romain*, t. III, p. 28-29.

²² CTh.9.1.3 [=brev.9.1.2]

²³ Karl Escher, *Les Burgondes : Ier-VIe siècles apr. J.-C.*, Paris, 2006, p. 29, Alain Dierkens, « Burgondes, Alamans, Francs... », *Burgondes Alamans, Francs, Romains, dans l'Est de la France le sud-ouest de l'Allemagne et la Suisse*, Françoise Passard, Sophie Gizard, Jean-Pierre Urlacher et Annick Richard, Besançon, 2003, p. 319. Noëlle Deflou-Leca, Alain Dubreucq et Thomas Deswarte (eds.), *Sociétés en Europe : mi VI^e-fin IX^e siècle*, Genève, 2003, p. 561.

leur roi Gondicarius²⁴. » Ainsi, les conditions politiques de la sujétion des Burgondes rendent également envisageable que la loi donnée par le patrice Aëtius à ce peuple puisse s'inspirer de la loi romaine, comme le texte du *Liber papiani* l'indique. Il reste à observer le passage du Code théodosien pris en référence.

La première satisfaction vient du constat que la référence annoncée par le *Liber papiani* est exacte et que la constitution des empereurs Gratien, Valentinien II et Théodose I^{er}, adressée à Marinien, vicaire d'Espagne, du 27 mai 383²⁵, traite en effet de procédure criminelle et plus particulièrement de la conduite à tenir pour une accusation criminelle.

Qui vel internecivi exserit actionem vel crimen suspectae mortis intendit, non prius cuiuscumque caput accusatione pulset, quam vinculo legis adstrictus pari coeperit poenae condicione* iurgare, ita ut etiam servos si quis crediderit accusandos, non prius ad miserorum tormenta veniatur, quam se accusator vinculo inscriptionis adstrinxerit.*

Appetendorum enim causa servorum aut dispendium facultatum est aut poena dominorum.

Qui intente une action pour homicide, ou pour suspicion de ce crime, ne pourra produire une telle accusation capitale avant de s'être astreint, par les liens de la loi, de se soumettre aux mêmes conditions de conduite de l'instruction que celui qui est accusé. Quand bien même un esclave serait à accuser, on n'en viendra pas aux misères des tourments avant que l'accusateur se soit astreint lui-même par la contrainte de l'inscription.

Une cause d'esclaves ouvre en effet la voie soit à la dispense des biens, soit à la *poena dominorum*.

Dans le cas d'une accusation pour homicide, la loi exige de placer l'accusateur dans les mêmes conditions que l'accusé, notamment pour ce qui concerne « la conduite de l'instruction. » Le danger, aux yeux du législateur, vient bien du fait de soumettre un esclave à la torture en exonérant l'accusateur du risque de subir le même traitement. L'exigence de la réciprocité dans la rigueur de la justice impose « la contrainte de l'inscription. » Le même article permet aussi d'expliciter la locution *poena dominorum*, la peine des maîtres. Il s'agit d'une part de l'alternative vue plus haut et confirmée par l'interprétation donnée en 506, sous l'autorité du roi Alaric II : il s'agit du choix offert à un condamné pour causes capitales entre la confiscation de ses biens et l'application de la peine de mort. La peine des maîtres restant la décollation à la hache, dans l'hypothèse du recours effectif à la peine de mort. L'interprétation de 506 complète l'information :

Interpretatio. Quicumque alium de homicidii crimine periculosa vel capitali obiectione pulsaverit, non prius a iudicibus audiatur, quam se similem poenam, quam reo intendit, conscripserit subiturum: et si servos alienos accusandos esse crediderit, se simili inscriptione constringat, futurum ut supplicia innocentum servorum aut poena capitis sui aut facultatum amissione compenset

Interprétation : quiconque intente procès contre un autre, sur l'accusation dangereuse d'un crime d'homicide, ou capital, il ne sera pas entendu par le juge avant qu'il n'ait confirmé par écrit qu'il se soumet à la même peine que l'accusé, appelée par le cas. Et s'il a cru pouvoir accuser l'esclave d'un autre, qu'il s'astreigne à la même inscription, afin de compenser de sa tête ou par la privation de ses biens, le supplice d'innocents esclaves.

²⁴ « Gundicharium Burgundionum regem intra Gallias habitantem Aetius bello obtrivit pacemque ei supplicanti dedit », *Prosperi Tironis epitome chronicon*, Theodor Mommsen (ed.), *Chronica Minora*, MGH, AA, Berlin, 1892, vol. 1, p. 475.

²⁵ CTh.9.1.14 [=brev.9.1.8] *Imppp. grat., valent. et theodos. aad. ad marinianum vicarium hispaniae. dat. vi. kal. iun. patavi, merobaude iterum et saturnino coss. (27 mai 383). Ms. BNF Lat. 4404, f. 84^{vb}.*

L'interprétation précise le caractère écrit de la procédure : l'accusateur doit confirmer par écrit qu'il se soumet au risque de la même peine que celui qu'il accuse. On retrouve ici, mieux formulée, la possibilité de rétorsion de la peine en cas d'accusation abusive. Comme dans la loi des Burgondes, le Code théodosien insiste sur le fait que le supplice d'esclaves, éventuellement innocents, ne puisse demeurer sans conséquences pour l'accusateur. Au contraire, un possédant peut se trouver condamné pour compenser un tel méfait à payer ou bien de sa vie ou par la confiscation de la totalité de ses biens, la rançon de sa vie. La filiation entre Code théodosien et loi des Burgondes ne semble guère douteuse. On peut vérifier si tel est le cas pour la loi des Visigoths.

Le plus ancien droit de ce peuple serait issu du *foedus* entre le roi Vallia et le patrice Constance²⁶. Néanmoins, dans la tradition des manuscrits, les premiers fragments de la *lex romana visigothorum antiqua* ne remonteraient qu'à son successeur, le roi Euric (466-484), mais pour trouver l'article correspondant à la présente recherche on doit avoir recours au texte du roi Réceswinthe (653-672). On retrouve la trace de la procédure à tenir dans le manuscrit latin 4668 de la BNF, sous le titre savoureux : VII, 1, 5, « Si un innocent est accusé de quelque crime²⁷. »

Ab indice quicumque accusatur in crimine, id est veneficio, maleficio, furto aut quibuscumque factis inlicitis, accusatur eius concurrat ad comitem civitatis vel iudicem in eius est territorio constitutus ut ipsi secundem leges causam discutiant.

Quand, par un indicateur, quelqu'un se trouve accusé de crime, c'est à dire d'empoisonnement, maléfice, vol ou autre fait illicite, son accusateur doit le conduire devant le comte de la cité, ou le juge qui est ordonné dans ce territoire, afin qu'ils débattent de la cause selon les lois.

Et cum agnoverint crimen admissum, reum come saut iudex comprehendat ; et si capitalia non admiserit, tunc ei cuir eus est, aut conponere compellatur, aut si non habuerit, unde conponat, serviturus tradatur

Et quand ils auront à reconnaître un crime commis, le comte ou le juge doit se saisir de la chose ; et si le fait capital n'est pas avéré, alors celui qui a accusé devra ou bien être contraint à composition, ou bien, s'il ne possède pas de quoi composer, être placé en servitude.

On retrouve ici les méfaits des *delatores*, sous une autre désignation celle d'indicateur, très vertement condamnés par le Code théodosien²⁸. On retrouve l'ambiance procédurale de l'empire tardif : le juge doit diligenter d'office, l'inculpé doit se défendre devant le comte. Ce qui inquiète le législateur, dans cet article, réside dans l'accusation mensongère. La différence de traitement avec le Code théodosien vient de la réduction en servitude préférée à l'application de la peine de mort. On doit se souvenir qu'au moment où l'empereur Valens autorise l'accès de l'empire aux Goths, en 376, « les flatteurs patentés portaient aux nues la Fortune de l'empereur qui tirait des extrémités des terres tant de jeunes recrues pour les lui

²⁶ A dater, avec quelques difficultés, de 416-418. Ms Berlin, Philipps. 1829, f. 159v. Jean-Luc Boudartchouk, « Processus politiques de déromanisation dans l'entité gothe des Gaules, le *regnum tolosanum* (413-508) », *archeopages*.713 (2012), p. 158-165.

²⁷ *Si innocens in quo cumque crimine accusatur*: Ms. BNF lat. 4668, f.105 r-v. publiée avec quelques variantes *Leges Visigothorum*, Karl Zeumer (ed.), MGH, *LL nat. Germ.* t 1, Hannover, Leipzig, 1902, p. 288.

²⁸ CTh.8.11.4 , CTh.16.5.9.1

offrir²⁹ ... » Pour les Romains du IV^e siècle, le statut que l'on peut accorder à des nouveaux venus dans l'empire est nécessairement celui de soldat, puisqu'ils n'ont pas de terres. Ainsi, ce statut de soldat des Goths, restauré par le récent *foedus*, explique sans doute la différence de la loi entre l'expression observée dans le Code théodosien et celle du Code du roi Réceswinthe. Si la composition pour accusation mensongère ne s'exerce pas par la confiscation des biens, c'est parce qu'un soldat ne dispose pas de biens fonciers. C'est pour cette raison que pour « compenser de sa vie », un soldat devra être réduit en servitude, puisqu'il n'a rien d'autre à offrir en compensation. La réduction en servitude des militaires « ingrats » se trouve d'ailleurs prévue par le Code théodosien³⁰.

Ille vero qui accusabit, et penam et damnum suscipiat, quod debuit percipi accusatus, si de crimine fuisset convictus Celui au vrai qui a porté l'accusation, qu'il reçoive et la peine et la condamnation qu'aurait dû recevoir l'accusé s'il avait été convaincu du crime.

L'accusation qui ne prouve pas ses dires est également réprimée, dans le Code théodosien par la rétorsion de la peine, c'est-à-dire qu'il doit subir la peine que son accusation faisait peser sur celui qu'il accusait de façon mensongère³¹

Il semble, à nouveau, que la parenté entre droit romain et la loi des Visigoths ait été vérifiable avec des nuances qui tiennent au statut militaire des destinataires de la loi des Visigoths. On doit vérifier s'il en est de même avec les lois « barbares » à proprement parler.

II - L'accusation dans deux lois « barbares »

Selon Ernst Levy et Peter Landau, deux droits « barbares » désormais présentés comme de filiation théodosienne par l'intermédiaire du droit visigoth : le droit alaman et le droit bavarois. On observera donc deux textes de ces deux lois qui traitent d'accusation criminelle, que l'on croit émises à des époques postérieures à la chute du siège occidental de l'empire romain.

Selon le manuscrit d'Ingolstadt³², la refonte de la loi des Alamans est due à l'autorité du roi Dagobert, soit au début du VII^e siècle. La datation de sa première émission est plus difficile. On pourrait envisager un premier *foedus* alaman à la suite des deux batailles majeures au cours desquels ce peuple fut défait : contre l'empereur Julien, à *Argentoratum* (Strasbourg), en 357, ou bien à Tolbiac (Zülpich) en 496-498, par Clovis. Seulement il n'est parvenu aucune mention d'un tel *foedus* alaman à ces occasions. C'est peut-être en raison de ce manque que la datation de la loi des Alamans reste incertaine³³.

²⁹ Ammien Marcellin, XXXI, 4, 1-5, 1.

³⁰ *nam si militantes etiam docebuntur ingrati, ad servitutis nexum procul dubio reducentur.* CTh.4.10.3. Constitution des empereurs Théodose et Valentinien II à Bassum, préfet du prétoire, du 30 mars 426.

³¹ Julien Briand, Élisabeth Luset « Id est diabolus, id est denunciator ? », *Autour de la pratique de la dénonciation de l'Antiquité à nos jours, Hypothèses*, 1-12 (2009), p. 97-107.

³² München, *Universitätsbibliothek*, Cim. 7 (= 8^o Cod. ms. 132), f.

³³ Heinrich Brünner, « Über das Alter der Lex Alamannorum », Karl Rauch, (ed.), *Abhandlungen zur Rechtsgeschichte, Gesammelte Aufsätze von Heinrich Brunner*, t. 1, 1931, p. 569-598. « Über ein verschollenes

Si quis liber liberum crimen aliquod mortale est inposuerit et ad regem aut ad ducem eum accusauerit et exinde probatores non est nisi quod ipsi dicit liceat illum alium cui crimen inposuerit cum tracta spada exsomare se contra illum alium. De minoribus autem culpus, sicut duci placet ita fiet inter eos.

Si quelque libre impose sur un libre quelque crime mortel et l'accuse devant le roi ou devant le duc et de cela la preuve n'est pas ni de ce qu'il a dit, qu'il soit alors permis de régler avec celui qui a accusé de crime l'un contre l'autre par le traitement de l'épée. Des moindres si coupables, comme il plaira au duc, qu'il soit comme entre eux.

Ici, le caractère barbare semble bien apparaître. L'exposé du cas est similaire aux exemples précédents. Il s'agit bien d'une accusation criminelle dont la preuve fait défaut. Néanmoins le traitement pénal de la question semble assez pauvre. Celui qui fut accusé à tort peut en demander raison par l'épée, soit réclamer un duel judiciaire. Le traitement réservé aux « moindres » laisse entrevoir un certain parallélisme avec les textes déjà observés, mais la loi ne dispose de rien de précis, ce qui laisse la place à tout arbitraire envisageable de la part du duc. Le duel judiciaire apparaît ici comme une très médiocre évolution de la réciprocité mise en œuvre dans les textes antérieurs. Pour autant, si au XIII^e siècle la question des duels judiciaires fut idéalisée³⁴, faut-il exclure que l'empire tardif en ait connu la pratique ? Ammien Marcellin le laisse envisager avec le défi qu'il rapporte de Constance II à l'égard de son cousin et rival Julien le Pieux (ou l'Apostat) : *si ventum fuerit comminus, ita pavore torpescent, ut nec oculorum vestrorum vibratae lucis ardorem nec barritus sonum perferant primum*. « S'il advenait que nous croisions le fer, que non seulement vos yeux seraient de prime [abord], paralysés de peur par l'ardeur vibrante de la lumière [des miens] mis aussi par le son de mon cri [de guerre]³⁵. »

En droit bavarois, que l'on croit issu de la même source visigotique, le parallèle avec l'accusation théodosienne³⁶ semble un peu mieux marqué.

Si qui contra capud alterius falsa suggesserit uel perquacumque inuidia de iniusta accusatione cummouerit ipse penam uel damnum quod altari intulit excipiat

Celui qui requiert contre la tête d'autrui, pour quelque fausse raison, ou par une injuste envie, la mise en œuvre d'une accusation, qu'il expie par la même peine ou condamnation qu'il a appelée sur autrui.

neminem damnes antequam inquieres ueritatem scriptum est : omnia autem probate quod bonum est tenete.

Aucune condamnation ne peut être prononcée avant que la vérité ne soit découverte. Il est écrit « mais éprouvez tout, retenez ce qui est bon³⁷. »

Si quis seruum accusauerit iniuste alienum et innocens tormenta pertulerit per eo quod innocentem in tormenta tradidit domino simile mancipium reddere non moretur.

Si quelqu'un accuse injustement l'esclave d'un autre, et choisit de soumettre un innocent à la torture ; pour celui qui a livré aux tourments un innocent, au maître qu'il redonne un esclave similaire ; s'il n'est pas mort.

merowingisches Königsgesetz des 7. Jahrhunderts », *Sitzung der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, vom 17. October 1901, Sonderabdruck.

³⁴ Rofredus Beneventanus (? -1243), *Summa de Pugna*, publiée à Lyon en 1561, rééditée par F. Patetta, *Scripta anecdotae antiquissimorum*, Bononia, (Bologne), 1892, p. 73-83.

³⁵ Ammien Marcellin, XXI, 1,15.

³⁶ München, Universitätsbibliothek, Cim. 7, f. 33-105^{r-v}. *Lex Baiwariorum*, de Schwind, IX, 19, 20, p. 382.

³⁷ Première épître de Saint Paul aux Thessaloniens 5:21.

Si uero innocens in tormenta mortuus fuerit duos seruos eiusdem meritis insine delatione restituat

Si non habuerit seruum aut inde conponat ipse subiaceat seruituti qui innocentem fexit occidi

Si au vrai l'esclave est mort dans les tourments, qu'il restitue deux esclaves au mérite de sa délation insane.

S'il n'a pas d'esclave ni de quoi composer, qu'il gise dans la servitude, celui qui a fait mourir un innocent

Le cas envisagé est bien celui d'une accusation criminelle abusive. La réciprocité exige à nouveau que l'accusateur soit, au besoin, exposé à la rétorsion de la peine que son accusation a fait encourir à l'accusé. L'examen des faits est exigé avant le prononcé du jugement. Ce dernier point paraît tout d'abord comme la moindre des choses si l'on veut parler de justice. Ensuite une telle disposition remplace assez médiocrement l'exigence procédurale de l'inscription de l'accusateur, prévue par le modèle du Code théodosien. Le recours à la torture demeure quoiqu'il se trouve pieusement voilé par une citation de la première épître de Paul aux Thessaloniens. Le parallèle avec le droit théodosien semble plus net qu'en droit alaman, pour ce qui concerne la trame de la rédaction. Néanmoins, le traitement pénal se trouve à nouveau amoindri. La soumission infondée d'un esclave à la torture ne donne lieu qu'à une compensation de la perte subie par son maître. L'esclave se trouve compté comme une chose, puisque sa mort n'est punie que par une compensation doublée. Si l'accusateur mensonger a les moyens de donner le ou les esclaves requis, il n'est pas autrement sanctionné. Le caractère d'offense à la loi que représente la mise au supplice d'un être humain, réprimé par le Code théodosien³⁸ n'est pas retenu par la loi des Bavaois. Ce n'est que dans le cas où l'accusateur mensonger ne dispose pas des moyens pécuniaires d'assurer la compensation, qu'il devra subir les effets de son crime en sa personne. Il doit alors se placer en esclavage en remplacement du mort et en expiation de sa faute. Ce que le Code théodosien considérait comme un crime capital : l'accusation mensongère pouvant entraîner la mort, n'est plus traitée que comme une dette par la loi des Bavaois³⁹.

*

Peut-on, à la suite de la visite de ces différents textes, parler de « l'oubli du droit romain » comme l'a estimé Montesquieu⁴⁰ ? Comme le laissaient penser Ernst Levy et Peter Landau, la trame casuistique héritée du Code théodosien reste présente dans les deux lois « barbares » observées. Le modèle théodosien se trouve mieux suivi en droit bavaois qu'en droit alaman. Il ne fait cependant aucun doute que le traitement pénal de l'accusation mensongère a perdu de sa rigueur. En particulier, l'exigence de la réciprocité entre accusateur et accusé s'est amoindrie et sans doute avec elle le sentiment de justice.

³⁸ CTh. 9.1.19 : *Imp. honor. et theodos. aa. consulibus, praetoribus, tribunis plebis, senatui suo salutem dicunt. accusationis ordinem iam dudum legibus institutum seruari iubemus, ut, quicumque in discrimen capitis arcessitur, non statim reus, qui accusari potuit, aestimetur, ne subiectam innocentiam faciamus. sed quisquis ille est, qui crimen intendit, in iudicium veniat, nomen rei indicet et vinculum inscriptionis arripiat, custodiae similitudinem, habita tamen dignitatis aestimatione, patiat, nec impunitam fore noverit licentiam mentiendi, quum calumniantes ad vindictam poscat similitudo supplicii.*

³⁹ Ce qui représente une grande régression pour le droit romain tardif : Moses Finley, « La servitude pour dettes », *RHD*, 43 (1965), p. 159-184.

⁴⁰ MONTESQUIEU, « Comment le droit des Romains se perdit dans le domaine des Francs... » *L'Esprit des Loïs*, liv. XXVIII, chap. IV, XI, XII, XIX.