

MÉLANGES
D'HISTOIRE DU DROIT
ET DE CRITIQUE

DROIT ROMAIN

PAR A. ESMEIN

PROFESSEUR AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
MAÎTRE DE CONFÉRENCES A L'ÉCOLE PRATIQUE DES HAUTES-ÉTUDES

PARIS
L. LAROSE ET FORCEL
Libraires - Editeurs
22, RUE SOUFFLOT, 22

1886

LE DÉLIT D'ADULTÈRE A ROME

ET LA

LOI JULIA DE ADULTERIIS.

La loi *Julia de Adulteriis coercendis* appartient au principat d'Auguste¹. C'est une de ces lois des *judicia publica*, qui se rattachent pour la plupart aux noms de Sylla, de César ou d'Auguste, et qui, pour la première fois, donnèrent au droit pénal de Rome une base solide et des règles précises. Pendant longtemps, on le sait, les crimes commis par les citoyens romains furent jugés par l'assem-

¹ Suétone : *Aug.* 34; Plutarque : *Apophteg.*, éd. Reiske, VI, 780; L. 1, D. XLVIII, 5. Il est difficile d'en déterminer la date exacte; on l'attribue généralement à l'an de Rome 736 ou 737; Voyez Rudorff : *Römische Rechtsgeschichte*, I, § 36; Rein : *Das Criminalrecht der Römer*, p. 839; *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* de Saglio et Derembourg, v^o *Adulterium*; Karlowa : *Römische Rechtsgeschichte*, I, p. 617. Il est certain qu'elle est antérieure à l'année 738, car Horace y fait une allusion évidente dans l'Ode cinquième du livre IV, et cette Ode est adressée à Auguste pour le rappeler du long voyage qu'il avait commencé en 738 (Dio. Cas., LIV, 49). D'autre part, elle doit être postérieure à l'année 735, car c'est en cette année qu'Auguste reçut à vie le pouvoir consulaire avec le droit de porter les lois qu'il jugerait nécessaires en y attachant son nom (Dio. Cas., LIV, 10). Je placerais volontiers la loi *Julia de Adulteriis* en 736, car cela cadre bien avec ce qu'on lit dans Dion Cassius, LIV, 16. — Elle prévoyait non-seulement l'adultère, mais aussi tous les délits contre les mœurs compris sous l'expression de *stuprum*. Suétone l'appelle *Lex Julia de Adulteriis et pudicitia* (Aug. 34); et la rubrique au Code porte : « *Lex Julia de Adulteriis et stupro* » (Cod. IX, 9). De là vient qu'elle employait indifféremment les mots *adulterium* et *stuprum*, L. 6, § 1, D. XLVIII, 5; mais les deux délits étaient différents. L. 35, § 1, Dig., XLVIII, 5. Voyez aussi L. 101, D. I, 16.

blée du peuple, qui statuait directement ou par l'organe de commissaires élus. Les comices votaient sur la peine proposée par le magistrat accusateur, comme ils eussent voté sur un projet de loi, et souvent le magistrat, en proposant la peine, n'avait pour guide que la coutume ou son sentiment personnel. Les lois des *judicia publica*, en substituant aux comices les *quæstiones perpetuæ*, établirent d'une façon précise la définition des délits dont devaient connaître les jurés et la peine que le préteur devait appliquer en cas de condamnation.

Les particularités que présente la loi *Julia*, notamment au point de vue de la procédure, devaient attirer sur elle l'attention : plusieurs des grands jurisconsultes de l'époque classique, Ulpien, Paul et Papinien, l'avaient commentée en détail; et nos anciens auteurs l'avaient aussi étudiée avec soin¹; elle a été un peu plus négligée par les modernes, comme en général le droit pénal romain². En reprenant cette étude, nous nous proposons deux choses : montrer quels précieux témoignages cette loi fournit sur les mœurs contemporaines; surtout rechercher comment les jurisconsultes de Rome appliquaient au droit pénal cette merveilleuse faculté d'interprétation qui les servit si bien dans le domaine du droit civil.

Mais pour que cette étude soit satisfaisante, il ne suffit pas d'examiner en elle-même la loi d'Auguste, il faut la rapprocher de ce qui était avant elle, et suivre dans les temps postérieurs le droit qu'elle a introduit.

¹ Cujas : *Commentarius in libros Æm. Papiniani de Adulteriis*; Brisson : *Ad legem Juliam de Adulteriis liber singularis*; Matthæus : *Commentarius ad libros 47 et 48 Digestorum, de Criminibus*; édit. 1715, pp. 294-348.

² Voyez cependant Rein : *Criminalrecht der Römer*, pp. 835-876; *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, v^o Adulterium*.

CHAPITRE PREMIER.

L'ADULTÈRE AVANT LA LOI *JULIA*.

La loi *Julia* faisait partie de cet ensemble de réformes au moyen desquelles Auguste espérait ramener dans Rome les vieilles mœurs. Aussi les éloges des poètes officiels tombèrent en pluie autour d'elle¹. Il semblait que pour la première fois l'adultère était puni, et que, grâce aux rigueurs nouvelles, cette honte allait disparaître à jamais. Le second point certainement était faux; mais le premier était-il exact? Était-il vrai qu'avant la loi *Julia*, la société romaine, vieille déjà de plus de sept cents ans, n'avait pas senti la nécessité de réprimer l'adultère?

Remontons aux origines. Le vieil État romain reposait, on le sait, sur l'organisation de la famille; et la famille elle-même était bâtie sur une idée fondamentale, la religion du foyer, le culte des ancêtres. Du père aux enfants passe, avec les biens, ce culte sacré; le fils et la fille sont les héritiers nécessaires du foyer qu'ils n'ont pas quitté, et vraisemblablement à l'origine la volonté de l'homme était impuissante à changer cette dévolution. Dans un tel milieu, l'adultère de la femme était le plus grand crime

¹ Horace : *Odes*, IV, 5, 20, ssv.

« Nulla polluitur casta domus stupris;
Mos et lex maculosum edomuit nefas,
Culpam pœna premit comes. »

Cf. *Epist.*, II, 4, 1. Ovide : *Fast.*, II, 139 (il compare Romulus et Auguste) :

« Tu rapis, hic castas duce se jubet esse maritas. »

qui se pût imaginer. Il introduit dans la famille un sang étranger : au lieu du prêtre désigné par le vieux droit divin, c'est un profane qui offrira aux mânes des aïeux le sacrifice désormais inefficace¹.

Quant à l'adultère du mari, il est loin d'avoir la même gravité. Si le mari a trahi sa femme pour l'épouse d'autrui, complice du crime que cette dernière a commis, il pourra en supporter toute la gravité; mais dans toute autre hypothèse son infidélité n'est qu'une faute morale dont lui, le maître, il ne doit compte à personne. La morale antique interdit à la femme trompée toute vengeance et toute plainte : « Es-tu adultère, disait Caton, ta femme n'oserait pas te toucher du bout du doigt, et elle n'en a pas le droit². » On connaît les récriminations que Plaute a mises dans la bouche d'une femme :

« Ecastor lege durâ vivunt mulieres...
Nam si vir scortum duxit clam uxorem suam,
Id si reseivit, impune est viro³. »

C'est là le langage d'une époque où la foi n'est plus entière, mais écoutons la loi hindoue : « Quoique la conduite d'un époux soit blâmable, bien qu'il se livre à d'autres amours et soit dépourvu de bonnes qualités, une femme vertueuse doit constamment le révéler comme un dieu⁴. » Sans doute cette différence entre l'homme et la

¹ Voy. M. Fustel de Coulanges : *La cité antique*, p. 102, et la loi hindoue (*Manou*, III, 175) : « Ces êtres, fruits d'un commerce adultère, anéantissent dans ce monde et dans l'autre les offrandes adressées aux dieux et aux mânes, lorsqu'on leur en donne une part » (Traduct. Loiseleur Deslongchamps, p. 102). — Après l'établissement des castes, la société hindoue considère l'adultère avec une horreur plus grande encore (*Manou*, VIII, 353) : « C'est de l'adultère que naît dans ce monde le mélange des classes, et du mélange des classes provient la violation des devoirs destructrice de la race humaine, qui cause la perte de l'univers » (Loiseleur Deslongchamps, p. 304).

² « Illa te, si adulterares, digito non auderet contingere, nec jus est. » Aulu-Gelle : *N. Att.*, X, 23, 5.

³ Mercator, act. IV, sc. v, v. 3, ssq.

⁴ Manou, V, 154, traduction citée, p. 191.

femme repose sur d'autres motifs, puisque, dans une certaine mesure, elle a persisté jusqu'à nous; mais son fondement primitif, comme sa justification complète, ne se trouve que dans les vieilles idées religieuses de la race indo-européenne.

L'adultère de la femme est donc le plus grand danger qui menace la famille antique. Mais, comme tous les organismes vivaces, celle-ci trouve en elle la force de réagir. Sans chercher au dehors, elle trouvera dans son propre sein des justiciers et des juges.

D'abord, si le mari surprenait sa femme en flagrant délit, il pouvait la tuer légitimement : « In adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine judicio impune necares, » disait Caton¹. Ce droit de tuer, *jus occidendi*, qui fait du mari un justicier immédiat, a été reconnu par toute l'antiquité classique². Et ce n'est pas, comme chez nous, une atténuation de la peine du meurtre, mais une impunité complète que la loi lui accorde. Le mari romain avait incontestablement ce pouvoir, lorsque la femme était *in manu*; l'avait-il aussi dans le mariage libre? D'éminents auteurs le soutiennent³; mais c'est la conséquence d'une opinion inexacte, selon nous, qui voit dans la *manus mariti* un pouvoir s'exerçant sur les biens seuls et non sur la personne de la femme, et nous trouverons dans la loi *Julia* des dispositions qui prouvent le contraire.

En dehors du cas de flagrant délit, il est encore possible de punir la femme adultère sans ébruiter le scandale et sans sortir du cercle de la famille. Si elle était *in manu mariti*, sans aucun doute celui-ci pouvait se constituer son juge⁴. Mais il devait, nous disent les textes, s'entourer

¹ Aulu-Gelle : *N. Att.*, loc. cit.

² Voy. pour la Grèce : *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v° *Adulterium*; Thonissen : *Le droit pénal de la République athénienne*, p. 316.

³ Voy. M. P. Gide : *Étude sur la condition privée de la femme*, 2^e édition, p. 116, 117, et, dans le même sens que notre savant maître, M. Zumpt, *op. cit.*, t. I, p. 356.

⁴ Denys d'Halicarnasse, II, 25 : « Οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον. »

d'un *concilium*, véritable tribunal de famille. Où prenaient-on les membres de ce tribunal? parmi ceux que la loi antique considère comme les seuls parents, c'est-à-dire parmi les agnats? Mais les agnats de la femme tombée *in manu* sont ceux de son mari. Les liens de parenté civile qui l'unissaient à sa propre famille ont été brisés par la *capitis deminutio*. Pourtant, pour introduire l'impartialité dans ce tribunal, où siège un mari offensé, il faut appeler avant tout ceux qui sont nés du même sang que la femme, ceux qui ont grandi avec elle ou qui l'ont vue grandir, c'est-à-dire ses *cognats* : aussi ce sont eux qu'on choisit : bien que ces parents soient souvent désignés d'une façon assez vague, c'est l'expression *cognati* qui domine dans les textes¹.

Ce *concilium* n'avait point, comme celui qui entoure le magistrat romain, pour unique mission de donner des avis : il avait un rôle actif et prépondérant; les parents jugeaient avec le mari, dit Denys, et ailleurs la condamnation qui intervient est appelée *Decretum propinquorum*², *cognatorum*.

Quant à la procédure suivie devant cette juridiction, il n'y avait point, bien entendu, de formes tracées d'avance. On puisait sa conviction où l'on voulait. Il est vraisemblable seulement que, pour découvrir la vérité sur un crime toujours dissimulé, on torturait fréquemment les esclaves de la maison, témoins nécessaires et parfois complices ou fauteurs. Certaines dispositions de la loi *Julia* refléteront fidèlement cet usage.

Si la femme n'était pas *in manu mariti*, cette juridiction familiale, si bien appropriée au but, n'allait-elle pas faire défaut? Non, si l'*uxor* était *filiafamilias*, elle trouvait en-

¹ Liv. XIII, 18. *Epitome* Livii, 48; Val. Max., VI, 3, 7 : — Cf. Val. Max., V, 8, 3; V, 9, 1; Suet., *Tib.*, 35; Tacite, *Ann.*, XIII, 32. Un passage de Polybe (IV, 2) a permis d'affirmer que les agnats du mari étaient aussi appelés. Voy. P. Gide, *op. cit.*, p. 130, sav.; Geib, *op. cit.*, p. 90; Zumpt, *op. cit.*, I, p. 356.

² Val., VI, 3, 8; Livii, *Epit.* 48.

core un juge dans le père, armé du droit de vie ou de mort. Le *paterfamilias* s'entourait aussi habituellement du *concilium* des parents; mais il ne semble pas que ce fût pour lui une nécessité absolue, à la différence du mari¹.

Si la femme n'était plus *filiafamilias* et n'était pas *in manu*, on serait tenté de croire qu'aucun jugement domestique n'était possible². Nous pensons au contraire que même alors les parents et le mari étaient juges³. Dans ce tribunal, nous l'avons vu, le rôle prépondérant appartient aux parents; dès lors, peu importe que le mari ait ou n'ait pas la *manus*. Nous avons vu des exemples d'assemblées de *cognati* condamnant la femme, alors que le mari n'est plus⁴, sans qu'il soit indiqué qu'il s'agisse d'une *filiafamilias*.

Les pouvoirs de ce tribunal de famille étaient très étendus. Selon Denys d'Halicarnasse, il pouvait prononcer la peine de mort contre la femme adultère⁵. Et, pour les temps très anciens, cela n'a rien que de très vraisemblable; rien que la mort n'était capable d'expié ce forfait. Mais cette sévérité dut s'adoucir, et Tacite nous apprend que la peine généralement usitée était d'exiler la coupable à deux cents milles de Rome : « *Exemplo majorum propinquis suis ultra ducentesimum lapidem remove-retur* ».

Lorsque fut née l'*actio rei uxoriæ*, qui assurait à la femme la restitution de sa dot, le mari put aussi, devant un autre tribunal, réclamer la punition de l'adultère. Il répudiait la coupable; et, par les voies ordinaires de la procédure civile, il portait les faits devant un juge, qui lui attribuait définitivement tout ou partie de la dot, à titre

¹ Voy. Geib, *op. cit.*, p. 93; cf. Val. Max., VI, 1, 2, 3, 6.

² Dans ce sens, Geib, *op. cit.*, p. 87.

³ P. Gide, *op. cit.*, p. 129.

⁴ Val. Max., VI, 3, 8; Livii, *Epit.* 48.

⁵ II, 25 : « Θανάτου ζημιῶν ἀνεχώρησεν. »

⁶ Ann., II, 50.

de peine contre la femme¹. C'est bien là une véritable peine, les expressions qu'on trouve dans les textes ne laissent aucun doute à cet égard²; et le mari, pour s'en faire attribuer le bénéfice, a une véritable action pénale, l'action *de moribus*, qui comme les actions *vindictam spirantes*, est intransmissible activement et passivement. L. 1 C. Th. (3. 13.)³.

Lorsque la dot était réclamée par l'*actio rei uxoriæ*, il semble que l'action *de moribus* n'avait pas une existence distincte. En vertu de ses pouvoirs larges, le juge, en cas d'adultère de la femme, absolvait le mari ou ne le condamnait qu'à restituer une partie de la dot; à l'origine, en effet, on déterminait moins ce que le mari pouvait garder que ce qu'il devait rendre. Plus tard, on renversa cette idée, et alors naquit la théorie des *retentiones ex dote*; mais cela suffisait, et l'on ne voit pas à quoi eût servi dans ce cas l'*actio de moribus*⁴. Cependant, on la trouve à côté de la *retentio propter mores*, comme l'*actio rerum amotarum*, à côté de la *retentio* correspondante. Elle pouvait être utile au mari, soit que sur l'action *rei uxoriæ* il n'eût pas pu faire valoir des faits qu'il ignorait

¹ Caton, *De dote* : « Vir cum divortium facit, iudex pro censore est, quod imperium videtur, habet, si quod perverse tetreque factum est a muliere, mulctatur... si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur. » Aulu-Gelle : *Noct. att.*, X, 23, 4.

² *Mulctatur (multa)* dans le passage de Caton plus haut cité; et L. 5 pr. D. xxviii 4 : « Illud convenire non potest, ne de moribus agatur..., ne publica coercitio privata pactione tollatur. »

³ « De moribus actio ultra personam extendi non potest, nec in heredem dabitur, nec triboitur heredi. »

⁴ V. P. Gide : *Du caractère de la dot en droit romain*, à la suite de l'*Étude sur la condition privée de la femme*, 2^e édition, p. 528. — « Actio de moribus pars videtur fuisse actionis rei uxoriæ muliere agente. » Cujas, sur la loi 39, D. xxiv, 3. — Cependant, même dans ce cas, il semble qu'on ait parfois considéré l'*actio de moribus* comme une sorte d'action contraire de l'*actio rei uxoriæ*, toutes deux étant soumises au même juge et pouvant toutes deux aboutir à une condamnation. Valère Maxime raconte qu'un nommé Titinius avait épousé une femme débauchée pour pouvoir, en la répudiant, se faire attribuer la dot. Marius, *iudex inter eos sumptus*, déjoua ce calcul : « Mulierem impudicitiae ream sestertio nummo, Titinium summa totius dotis condemnavit. » Val. Max., VIII, 2, 3.

alors¹, soit qu'ayant rassemblé ses preuves, il voulût prendre les devants, sans attendre d'être poursuivi par la femme.

Dans une autre hypothèse, elle était absolument utile : c'est lorsque la restitution de la dot avait fait l'objet d'une stipulation. L'action *ex stipulatu*, qu'avait alors la femme, n'admettait pas les *retentiones*, L. un., § 5, C. 5, 13. Même en prouvant l'adultère, le mari devait être alors condamné à restituer la dot entière. Mais nous croyons qu'il pouvait, en intentant l'*actio de moribus*, se faire attribuer, dans un *judicium* séparé, la portion de la dot dont la privation devait constituer une peine pour la coupable².

À l'origine, le juge était maître de déterminer cette portion sans limitation aucune. Plus tard, une loi posa des règles précises, en fixant la quotité des *retentiones* en cas d'adultère, la femme était privée du sixième de sa dot (Ulp., *Frag.*, VI, 12).

En même temps, se produisait une autre modification très significative. Il est probable que l'action *de moribus* n'appartenait d'abord qu'au mari, l'adultère de la femme étant seul considéré comme punissable. La même loi, qui fixait le taux des *retentiones*, donna cette action à l'épouse contre le mari. Convaincu d'adultère, celui-ci perdait les termes que la coutume avait introduits pour la restitution de la dot « quæ pondere, mensurâ, numero continetur; » si la dot, suivant le droit commun, devait être restituée immédiatement, il était condamné à payer en plus « quantum in illâ dote, quæ triennio redditur, repræsentatio facit. » Ulp., *Frag.*, VI, 13. Ici l'égalité de droit, sinon de

¹ V. Pellat : *Textes sur la dot*, p. 27.

² Nous avons vu en effet qu'on ne peut jamais convenir « ne de moribus agatur. » L. 5 pr., D. xxiii, 4. — C'était peut-être dans notre hypothèse que servait le *præjudicium* « quanta dos sit. » Gaius, IV, 44. Quant à faire de l'*actio de moribus* elle-même un simple *præjudicium*, comme on l'a voulu, cela nous paraît impossible. Gaius nous indique le cas où « de moribus mulieris agitur, » comme un de ceux où le défendeur doit *satisdare*. Gaius, IV, 102; l'action devait donc aboutir à une condamnation.

fait, était donc rétablie entre les deux époux. Les plaintes de la Syra de Plaute avaient été entendues et ses vœux exaucés¹. Aussi est-il certain que la loi qui introduisit ces réformes doit être de date assez récente².

Voilà comment l'ancien droit romain assurait la punition de la femme adultère : permettait-il également de frapper son complice ? Il mettait celui-ci à la discrétion du mari, mais à une condition, c'est qu'il fût surpris par lui en flagrant délit. Le mari pouvait alors le tuer impunément ; il pouvait, s'il le préférait, le mutiler, le battre, le soumettre aux derniers outrages ; il agissait toujours dans la plénitude de son droit, et les textes que nous fournissent les exemples de ces représailles déclarent toujours : « *jure fecit ; ei fraudi non fuit* ». Le droit romain, comme la législation grecque³, était resté fidèle en cela au vieux principe de la vengeance privée, et les jurisconsultes romains connaissaient bien cette parenté des deux législations⁴.

Mais il n'était pas dans l'esprit des coutumes antiques de donner à la vengeance privée un caractère implacable. Au contraire, au lieu de représailles effectives contre l'agresseur surpris en flagrant délit, elles admettaient volontiers

¹ Utinam lex esset eadem, uxori quæ est, viro.
..... Ecce, faxim, si itidem plectantur viri,
Si quis clam uxorem duxerit scortum suum,
Ut illæ exiguntur, quæ in se culpam commiserunt.

² Elle est postérieure à l'époque de Plaute, cela est certain ; elle n'existait point du temps de Marius, puisque dans le procès qu'il jugea contre Titinius, celui-ci avait pour but de dépouiller sa femme de toute sa dot : « *dotē spoliare conatur* » (Val. Max., VIII, 2. 3).

³ Horace, *Sat.*, I, II, 32, ssv. ; — Val. Max., VI, 1, 13.

⁴ *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v^o *Adulterium*. Leist : *Græco-Italische Rechtsgeschichte*, 1884, p. 29. Nous avons deux lois athéniennes qui donnent formellement au mari le droit de tuer l'adultère qu'il surprend en flagrant délit : l'une est citée par Démosthène, in *Aristocr.*, 53-55 ; l'autre par Lysias, in *Cæde Eratosthenis*, cette dernière était gravée sur une stèle de l'Aréopage : « *Τὸν νόμον ἐκ τῆς στήλης τῆς ἐξ Ἀρείου πάγου.* »

⁵ L. 24 (23) pr., D. XLVIII, 5.

que l'offensé composât avec lui à prix d'argent. Pour l'adultère la loi grecque organisa de bonne heure cette composition. La procédure suivie était des plus simples, si l'on peut employer ce terme pour désigner des procédés aussi grossiers. Le mari saisissait le coupable et le chargeait de liens¹ ; il faisait constater sa capture par des témoins appelés exprès pour cela et souvent amenés par lui à l'avance, et il retenait son prisonnier jusqu'à ce que les amis ou les proches de celui-ci, avec lesquels s'engageaient des pourparlers, se fussent obligés à payer la somme exigée². C'est là exactement l'enchaînement des scènes que décrit Homère dans l'épisode célèbre qui montre Mars et Vénus enchaînés par Vulcain³, et l'on peut affirmer que le poète a simplement transporté dans l'Olympe la rude procédure de ses contemporains. La loi de Gortyne récemment découverte régleme aussi cette grossière procédure et organise quelques garanties contre les abus qu'elle devait facilement entraîner⁴. Enfin la loi athénienne permettait encore

¹ C'est la *ligatio* dont parlent en cas de flagrant délit les *leges barbarorum*.

² Leist, *op. cit.*, p. 300, 301.

³ *Odyss.*, VIII, 266, ssv. Dès que Mars et Vénus ont été saisis dans les réseaux subtils tendus par Vulcain, celui-ci appelle tous les dieux pour qu'ils constatent le flagrant délit (305, ssv.) ; ils reconnaissent que Mars doit la composition de l'adultère : « *τὸ καὶ μοιχῆρι ἐπέλαει.* » Cependant il faut que Neptune s'engage au profit de Vulcain à payer la composition, au cas où Mars ne la paierait pas et cautionne ainsi ce dernier (345, ssv.). C'est alors seulement que Vulcain délivre Mars et Vénus (359, ssv.).

⁴ Loi de Gortyne, II, 20, ssv. Voyez Dareste : *Bulletin de correspondance hellénique*, IX, 301, ssv. ; — Heinrich Lewy : *Altes Stadtrecht von Gortyn*, p. 8, 9. — En ne prenant que le cas où les deux coupables sont de condition libre, voici ce que décide la loi : « Si quelqu'un est pris en flagrant délit d'adultère avec une femme libre dans la maison du père, du frère ou du mari, il paiera cent statères ; s'il est surpris dans une autre maison, il en paiera cinquante... Que (le mari) déclare devant trois témoins aux proches (*καδιστραίς*) de l'individu pris en flagrant délit qu'ils aient à le racheter dans les cinq jours... s'il n'est pas racheté, il est abandonné à ceux qui l'ont pris et qui peuvent faire de lui ce que bon leur semble. S'il prétend qu'on lui a tendu un piège, celui qui l'a pris, quand il s'agit d'une composition de cinquante statères ou au-dessus, doit jurer, lui cinquième, qu'il l'a surpris en flagrant délit d'adultère et ne lui a point tendu de piège, chacun des conjurants prononçant la malédiction sur lui-même en cas de parjure. »

« d'enchaîner le *moichos* pris en flagrant délit et de le retenir prisonnier jusqu'à ce qu'il fournisse des cautions pour garantir le paiement de la composition convenue. Mais celui qui, traité ainsi, prétendait être la victime d'une machination, pouvait porter la question devant les juges, et se dire, par une action spéciale ἀδικως ἐπρῆσθῆναι ὡς μοιχόν. Si d'ailleurs il était reconnu coupable, le vieux droit de vengeance reprenait le dessus, quelque peu adouci. Les cautions remettaient le μοιχος à l'offensé qui pouvait, devant le tribunal, faire de lui ce qu'il voulait, pourvu qu'il ne se servît pas d'une épée¹. »

On peut montrer, je crois, que l'ancien droit romain suivait les mêmes principes. Il admettait aussi que le mari composât à prix d'argent avec l'*adulter* surpris en flagrant délit, et c'est là sans doute ce qu'entend un scholiaste d'Horace lorsqu'il dit qu'avant la loi *Julia* la peine de l'adultère était pécuniaire². Bien que la loi *Julia* défendît sévèrement ces compositions, comme nous le verrons plus loin, il semble même que l'usage s'en maintint néanmoins³. La coutume romaine autorisait aussi les mêmes pratiques que la coutume grecque. Le mari pouvait enchaîner avec l'aide des siens l'*adulter* surpris⁴, et le retenir prisonnier jusqu'à ce qu'il se fût racheté, mais il devait faire constater sa capture par des témoins. Plaute parle plusieurs fois de cette *testatio*⁵ et la loi *Julia*, contient elle-même la trace

¹ Leist, *op. cit.*, p. 300, 301.

² « Prius adulterii poena pecuniaria erat. » Acron, in *Horat. Sat.*, II, 1, 46, ed. Orelli.

³ L. 4 pr., D. XII, 5 : « Si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se, cessat repetitio; idque Sabinus et Pegasus responderunt. »

⁴ Térence : *Eunuchus*, Act. V, sc. 14, v. 33 : « Colligavit primum eum miseris modis. » — L. 7, § 1, D. 14, 2 : « Proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit, Pomponius libro vicesimo octavo recte scribit posse eum ad hoc edictum pertinere : timuit enim vel mortem vel vincula. »

⁵ *Curculio*, Act. I, sc. 1, v. 29, 30. Il s'agit d'un jeune homme à qui un esclave conseille de respecter les femmes mariées :

Semper curato ne sis intestabilis;
Quod amas, amato testibus presentibus.

visible de ce droit ancien. Elle permet en effet au mari de garder chez lui prisonnier pendant vingt heures l'adultère qu'il a surpris, et cela *testandæ hujus rei causa*¹. Sans doute cet emprisonnement privé n'a plus pour but de préparer une composition maintenant défendue; il sert seulement à assurer une preuve facile à la poursuite. Mais on peut affirmer que le législateur nouveau n'eût point inventé une semblable procédure. Il a emprunté à la coutume ce rouage qui fonctionnait depuis longtemps, et l'a conservé en l'adaptant à un nouveau système et en en changeant la portée.

Les pouvoirs qu'on reconnaissait au mari en cas d'adultère flagrant pouvaient donner lieu à de graves abus. Un honnête homme, un homme simplement imprudent, pouvait être attiré dans un piège et contraint, par des menaces de mort ou de séquestration, de payer ou de promettre une somme d'argent considérable². Le droit romain avait-il pris, comme la loi grecque, quelques précautions contre ce danger. On peut remarquer que dans le *Miles gloriosus* de Plaute on fait jurer à la victime qu'elle ne s'en prendra à personne du traitement qu'on lui fait subir et des coups qu'elle reçoit³; mais c'est là une indication peu précise.

De même le *Miles gloriosus*, surpris chez une femme qu'on fait passer à ses yeux pour mariée, reconnaît qu'on a le droit de faire constater par des témoins la situation et de lui demander une réparation. Act. V, scène dernière, v. 23-24 :

Et si intestatus non abeo bene agitur pro noxia
..... ut vivam semper intestabilis.

Sans doute il y a là des plaisanteries obscènes, consistant à jouer sur le double sens du mot *testis*, la castration constituant des représailles fréquemment usitées contre l'*adulter* surpris; mais pour que le jeu de mot fût possible, il fallait qu'on employât une expression ayant un sens juridique.

¹ L. 26 (25) pr., § 5, D. XLVIII, 5.

² La scène dernière du *Miles gloriosus* en fournit un exemple qui montre que la chose n'était point rare.

³ Scène dernière, v. 18, ssv. :

« Jura te nociturum esse homini nunc hac de re nemini
« Quod tu hodie hic verberatus aut quod verberabere,
« Si te salvom hinc mittimus venereum nepotulum...

Lorsque fut née l'action *quod metus causa*, l'homme tombé dans un guet-apent put incontestablement l'intenter à raison des sommes ou des promesses qu'on lui avait arrachées¹.

Lorsque l'*adulter* n'était pas surpris en flagrant délit, le mari trompé avait-il une action contre lui, si d'ailleurs il avait des preuves? On n'en trouve aucune trace chez les Romains avant la loi *Julia*². Quelque surprenante que cette lacune paraisse d'abord, on peut l'expliquer. Il est probable que lorsque la vieille coutume, dans sa grossièreté première, abandonnait à la vengeance privée la répression des délits contre les particuliers, elle n'admettait aussi la légitimité des représailles ou des compositions que lorsque l'agresseur était pris en flagrant délit³. Plus tard on alla plus loin : on substitua d'abord en cas de flagrant délit la sentence du juge à la seule action des parties, la peine restant d'ailleurs ce qu'elle était jusque-là, c'est-à-dire le talion ou une réparation pécuniaire; puis on créa des actions assurant la répression du vol et des autres *delicta privata*, dès qu'ils pouvaient être prouvés sans que le flagrant délit eût été constaté⁴. Mais

« Ergo des minam auri nobis... salvis testibus,
« Ut te hodie amittamus Venerum nepotulum. »

¹ La loi 7, § 1, D. iv, 2, plus haut citée, donne l'action même à celui qui a été réellement surpris en flagrant délit d'adultère; mais cela vient de ce que depuis la loi *Julia* la composition fut défendue.

² Le droit Grec, du moins le droit Athénien, connaissait au contraire dans ce cas une *γραφὴ μοιχείας*. Voyez Platner : *Der Process und die Klagen bei den Athenern*, II, 208.

³ C'est la théorie développée par M. Leist : *Græco-italische Rechtsgeschichte*, p. 298. Elle explique d'une manière satisfaisante l'importance extrême du flagrant délit dans les anciennes législations. Toute répression aurait d'abord reposé sur le flagrant délit.

⁴ Cela expliquerait d'une manière très simple la différence qui existe dans le système romain entre la peine du *furtum manifestum* et celle du *furtum nec manifestum*. A l'époque où fut établie l'action *furti manifesti*, seul le vol flagrant était punissable, mais la peine en était dure; lorsque l'action *furti nec manifesti* fut créée les mœurs sans doute étaient plus douces, et par là même la peine édictée fut moins sévère, mais l'esprit de tradition fit conserver pour le vol

l'adultère resta en dehors de ce développement; on ne sentit pas le besoin de faire pour lui ce qu'on faisait pour les autres délits; il s'agissait d'une matière où la preuve est difficile et la poursuite parfois aussi dangereuse que l'impunité.

Est-il certain cependant qu'aucune loi, avant la *lex Julia*, n'ait fait de l'adultère un *delictum publicum*? On a plus d'une fois soutenu le contraire. D'après un passage de Plutarque on a pu croire que Sylla avait porté une loi réprimant l'adultère¹; mais en y regardant de près on voit qu'il s'agit là d'une loi somptuaire qui est aussi signalée ailleurs². D'autre part, un récit de Valère Maxime a fait croire à quelques-uns qu'une loi *Servilia* avait eu le même objet³; mais il est presque certain que la loi en question est la *lex Servilia repetundarum*. Un témoignage plus précis et plus grave est fourni par le jurisconsulte Paul : il déclare, en effet, que dans son premier chef la loi *Julia de Adulteriis* abrogeait plusieurs lois antérieures⁴. Je croirais toutefois que ces lois abrogées concernaient non pas l'*adulterium* mais le *stuprum*; la loi

manifeste la pénalité consacrée par l'usage; et le préteur, lorsqu'il la modifia, tint compte lui-même de la différence traditionnelle entre le vol flagrant et non flagrant.

¹ *Comparatio Lysandri cum Sulla*, Reiske, III, p. 164 : « Τὸς παρ' ἡμῶν καὶ ἀσφαροσύνης ἐισαγαίτο νόμος τοῖς πολίταις, αὐτὸς ἑρῶν καὶ μοιχείων, ὡς φησι Σαλούστιος. »

² C'est ce qu'indique clairement le mot *ασφαροσύνη* dans la phrase plus haut citée. — Dans ce sens, voyez Zumpt : *Das Criminalrecht der römischen Republik*, IV, p. 175.

³ Val. Max., VIII, 1, 8. L'argument qu'on tire de ce passage est assez faible. Il y est dit qu'un certain Cosconius, mis en accusation d'après la loi *Servilia* fut acquitté, quoique certainement coupable, en raison de l'indignité de son accusateur Valerius Valentinus, son avocat ayant lu une pièce de vers dans laquelle Valentinus « puerum prætextatum et iugenuam virginem a se corruptam poetico joco significaverat. » On en a conclu que le fait reproché à l'accusé était justement le même dont s'était vanté l'accusateur. Mais même en acceptant cette manière de voir, la loi *Servilia* aurait prévu non l'*adulterium* mais le *stuprum*.

⁴ Paulus : *Libro singulari et titulo de adulteriis* (Collatio, IV, 2, 2) : « Et quidem primum caput Juliam de Adulteriis prioribus legibus pluribus abrogat. »

Julia, on le sait, réprimait l'un et l'autre délit, et il est certain qu'il existait sous la République des lois contre le *stuprum*¹. Il est possible cependant que la loi *Julia* ait emprunté quelques-unes de ses dispositions accessoires à des lois antérieures. Ainsi elle déclarait *intestabilis* la personne qui était condamnée conformément à son texte²; or, certains passages de Plaute plus haut cités³, montrent que de son temps l'homme saisi en flagrant délit d'adultère devenait *intestabilis*; peut-être était-ce en vertu d'une loi.

Mais bien qu'aucune loi ne frappât l'adultère et n'en attribuât la connaissance à une juridiction déterminée, rien n'empêchait qu'un magistrat ne traduisît les coupables devant l'assemblée du peuple, juge ordinaire au criminel, et ne proposât une peine contre eux. C'est une procédure dont on trouve des exemples qui se rapportent sans doute à quelque grand scandale public. C'était alors une *multæ irrogatio*⁴, et la peine était assez forte, puisque, dans un cas cité par Tite-Live, l'amende infligée à quelques matrones fut assez considérable pour qu'avec cette somme on pût élever un temple à Vénus⁵.

Sauf ces accusations extraordinaires, la répression de l'adultère était abandonnée, on le voit, à la vengeance privée et aux tribunaux domestiques. Tout en respectant les autorités anciennes, en leur faisant une place dans le système nouveau, la loi *Julia* fit passer l'adultère dans le domaine du droit pénal public.

¹ On en connaît une par son nom, la loi *Scæstina*. Voy. Cic., *ad fam.*, VIII, XII, 3; et XIV, 4. Celle-ci resta même en vigueur, dans certaines de ses dispositions, après la loi *Julia*: Suétone, *Domit.*, 8; Juven. II, 43, ssv. Voyez Rein : *Criminalrecht*, p. 866.

² LL. 14, 18, D. XXI, 5.

³ Page 82, note 5.

⁴ Cic., *Pro Rabirio*, 3, 8 : « Est in eadem multæ irrogatione præscriptum hunc nec suæ nec aliæ pudicitia pepercisse. » La peine était parfois l'exil, Liv. XXV, 2.

⁵ Liv. X, 31.

CHAPITRE DEUXIÈME.

L'ADULTÈRE D'APRÈS LA LOI JULIA.

Le droit que nous avons décrit parut suffisant aux Romains pendant plus de sept siècles¹. À l'époque d'Auguste il était facile d'en apercevoir les imperfections. Les mœurs antiques avaient cédé devant une effrayante corruption que les poètes et les philosophes nous retracent à l'envi; mais, mieux que toutes les descriptions, le texte de la loi et les commentaires des jurisconsultes révèlent la profondeur du mal.

C'était la famille elle-même, qui, d'après la vieille coutume, avait la mission et le pouvoir de punir la femme adultère. Mais elle n'est plus la forte corporation du passé; c'est la famille relâchée des époques sceptiques. Le mari, autrefois justicier, n'est le plus souvent qu'un mari de comédie. La loi nouvelle lui enlèvera un à un presque tous ses privilèges; moyennant certaines conditions, tout étranger pourra se porter accusateur de la femme et du complice: l'époux lui-même sera poursuivi à propos de la faute de l'épouse. Les complaisances injustifiables, les lâchetés, les trafics honteux des maris sont signalés et frappés tour à tour.

¹ On peut remarquer qu'aujourd'hui encore, en Angleterre, l'adultère n'est pas un délit réprimé par la loi pénale: « Adultery is not punishable by our law as a crime, » dit Stephen. Sauf une action devant la juridiction ecclésiastique *pro salute animæ*, qui est hors d'usage, il ne donne lieu qu'à une action pécuniaire en *damages*, comme *civil injury*. Voy. Stephen : *Commentaries on the laws of England*, édit. 1874, t. III, p. 438 et ssv; p. 309, note f.

Comme toutes les lois des *judicia publica*, la loi *Julia* avait des règles de fond, qui spécifiaient les délits et les peines, et des règles de forme qui déterminaient la procédure à appliquer. Nous suivrons cette division; mais auparavant, voyons ce que le législateur avait fait de ces droits de famille que nous étudions il y a un instant.

§ 1.

Le jus occidendi du mari et du père; disparition des tribunaux domestiques.

Le mari, nous l'avons vu, avait le droit de tuer sa femme et le complice de celle-ci surpris en flagrant délit. Évidemment cette justice expéditive paraissait barbare aux générations nouvelles, de mœurs plus douces. Ce qui le montre bien, c'est l'esprit dans lequel les jurisconsultes interpréteront ce qui en restera. Dès son second chef, la loi *Julia* supprime complètement ce droit pour ce qui est de la femme, et le restreint considérablement quant au complice. *Collatio*, t. IV, c. 2, § 3; Paul, *Sent.*, I, 26, 4.

Le mari n'a plus le droit de tuer sa femme surprise en flagrant délit : s'il la tue, cédant à sa fureur, c'est un meurtre ordinaire, passible des peines de la loi *Cornelia de Sicariis*, L. 25 (24) pr., D. 48, 5; L. 39 (38), § 8, *ibid.* Paul, *Sent.*, I, 26, 4. La loi *Julia* ne contient même aucune atténuation en sa faveur, ce fut seulement le droit postérieur qui en introduisit.

Mais dans la famille il y avait un autre homme qui pouvait avoir la puissance sur la femme; c'était son père, si elle était *filiafamilias*. A celui-là la loi nouvelle laisse le *jus occidendi* lorsqu'il l'avait déjà; elle le lui remet même lorsqu'elle l'arrache aux mains du mari. Cela est bien conforme aux idées qui maintenant ont cours : le mari pour-

rait céder à une idée de vengeance, le père ne pourra que punir. L. 23 (22), § 4, D. 48, 5.

Le droit du père n'existe jamais lorsque la femme est *sui juris*, lorsqu'elle a été émancipée, avant ou depuis le mariage. Mais en dehors de ce cas deux hypothèses sont possibles : la femme *alieni juris* est *filiafamilias* ou elle est *in manu mariti*.

Si elle était *filiafamilias*, la loi *Julia*, en reconnaissant au père le *jus occidendi*, ne lui donnait aucune prérogative nouvelle, L. 22 (21), D. 48, 5 : ce droit, il le possédait depuis les premiers siècles de Rome, et la tradition le faisait remonter à une *lex Regia*. Si la loi *Julia* l'affirme, ce n'est que pour le limiter en y apportant des restrictions dont nous parlerons bientôt. Les jurisconsultes romains l'avaient bien compris. *Collatio*, h. t., c. 4¹.

Si la femme était tombée *in manu mariti*, suivant les vieux principes, le père avait perdu sur elle le droit de vie et de mort; mais la loi *Julia* le lui rend par une disposition bien remarquable². En consentant à la *conventio in manum*, il n'a abdiqué son pouvoir que pour le transmettre au mari; la loi, en en dépouillant ce dernier, le restitue au *paterfamilias*. Cette disposition montre bien que le mari n'avait pas le droit de tuer sa femme surprise en flagrant délit, lorsque celle-ci n'était pas *in manu mariti*. S'il eût eu ce droit, la loi aurait également prévu le cas où l'épouse était devenue *sui juris* par une émancipation, et, dans cette hypothèse encore, elle aurait enlevé au mari le *jus occidendi* pour le rendre au père.

Dans ces deux cas, le père ne peut tuer impunément sa fille que dans certaines conditions. Il faut qu'il ait surpris

¹ Le *jus occidendi*, cela est logique, appartient aussi bien au père adoptif qu'au père naturel (L. 23 (22) pr., D. h. t.).

² *Collat. h. t.*, c. 2, § 3 : « Secundo capite permittit patri, si in filia sua quam in potestate habet, aut in ea quæ eo auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit, adulterum deprehenderit, ut is pater adulterum sine fraude occidat ita ut filiam in continentem occidat. » Nous avons là probablement les termes mêmes de la loi. Cf. *ibid.*, c. 7.

les coupables, dans sa maison ou dans celle de son gendre, et que le flagrant délit soit des plus caractérisés, L. 24 (23) pr., D. h. t. Il faut de plus qu'il tue non pas sa fille seule ou le complice seul, mais tous les deux *in continenti*, Coll. h. t., c. 8; L. 24 (23), § 4 D. h. t. Il ne peut faire un choix, et épargner l'un ou l'autre. Cette restriction avait pour but de protéger non la fille, mais le complice¹.

Si la femme est *filiafamilias*, mais que son père soit lui-même en puissance, qui aura le *jus occidendi*? Personne; ni le père, car c'est un droit qui dérive de la puissance paternelle, ni le grand-père, car la loi *Julia* n'a parlé que du *pater*, LL. 21 (20) et 22 (21) D. h. t., *Vide tam*. Coll. h. t., c. 12, § 2. — Telle est du moins la solution que donnent les jurisconsultes; peut-être ne sont-ils pas très logiques en ce qui concerne le grand-père; mais ils ont en haine cette loi de sang.

Dépouillé du *jus occidendi*, quant à sa femme, le mari l'a du moins conservé dans certains cas à l'égard du complice. La loi avait fait des catégories. Elle avait mis d'un côté toutes les personnes *honorables*, dont elle déclarait la vie inviolable. D'autre part, elle avait énuméré les déclassés et les gens interlopes, qu'elle mettait hors du droit, et que le mari pouvait tuer impunément. Sur cette liste nous trouvons celui qui était ou avait été *leno*, acteur ou saltimbanque; celui qui, condamné dans un *judicium publicum*, n'avait pas été réhabilité (*restitutus*); l'affranchi du mari; celui de la femme, de son père ou de sa mère, de son fils ou de sa fille; L. 25 (24) pr., D. h. t. Ajoutons, d'après les *Sentences* de Paul², les gens notés d'infamie, « *eos qui corpore quæstum faciunt*, » et les esclaves, bien entendu. C'est là une énumération qui jette un singulier jour sur la société romaine. Pour que l'exécution accomplie

¹ Ce qui montre bien l'esprit dans lequel les jurisconsultes interprètent ce point, c'est qu'ils se demandent si le père sera impuni lorsqu'il a tué l'un des coupables et seulement blessé l'autre, L. 33 (32) pr., D. h. t.

² I, 26, 4.

par le mari fût légitime, il avait quelques précautions à prendre. Il devait dans les trois jours déclarer les faits et le lieu où ils s'étaient passés au magistrat « *cujus jurisdictionis est eo loco*, » Collat. h. t., c. 3, § 5; c. 12, § 5: il devait de plus répudier sa femme sur-le-champ, L. 25 (24), § 1, D. h. t. Cette obligation de répudier la femme prise sur le fait se retrouve du reste à chaque pas dans la loi *Julia*. Il faut enfin qu'il ait trouvé les coupables dans sa maison, *domi suæ*, L. 25 (24) pr., h. t.

Ces conditions étant réunies, le mari fût-il *filiusfamilias* a le droit de tuer l'adultère, L. 25 (24), § 2, h. t.¹. Cela est logique, c'est le droit de vengeance privée, non la puissance domestique que le mari exerce ici.

Lorsqu'il n'a pas le droit de tuer, il peut au moins retenir le coupable prisonnier pendant vingt heures; nous le savons déjà. C'était là le troisième chef de la loi *Julia* et nous en avons le texte précis: « *Viro adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti, testandæ ejus rei causâ, sine fraude sua, jure liceat*, » L. 26 (25) pr., D. h. t. Il peut le retenir alors même qu'il l'a surpris ailleurs que dans la maison conjugale, L. 26 (25), § 2, h. t., et le père de la femme a le même droit, L. 26 (25), § 1, D. h. t. — Voilà dans quelle mesure le mari pouvait encore se faire « le médecin de son honneur. » La loi *Julia* l'avait à cet égard en grande partie désarmé.

Comme juge domestique, siégeant avec les *propinqui*, il était plus maltraité encore. La *quæstio perpetua* revenait à la femme adultère, et toute compétence à cet égard fut dès lors refusée en principe à la juridiction familiale.

¹ Si le mari est lui-même un *leno* ou une personne vile, ou si c'est son patron qu'il surprend, ne perd-il pas le *jus occidendi*, étant admis que toutes les conditions soient d'ailleurs réunies: cela est probable, *ex sententiâ legis*, L. 25 (24), § 3; L. 39 (38), § 9, D. h. t. — Au lieu de tuer l'adultère, le mari peut naturellement le maltraiter, L. 23 (22), § 3, D. h. t.

C'est ce qu'un certain nombre de textes permettent d'affirmer. L'empereur Tibère trouvant que, faute d'accusateurs, la répression publique de l'adultère était impuissante, voulut rétablir momentanément la juridiction des parents; il fallut pour cela une déclaration formelle de sa part : « *Matronas prostratæ pudicitiaë, quibus accusator publicus deesset, ut propinqui more majorum de communi sententia coercenter, auctor fuit* » (Suétone, *Tib.*, 35). Tacite raconte aussi que Tibère se montra clément envers Apuleia Varilia, alliée à la famille impériale : « *Adulterii graviorem pœnam deprecatus, ut exemplo majorum propinquis suis ultra ducentesimum lapidem removeretur, suasit* » (*Ann.*, II, 50). — Sous Néron, un mari jugea sa femme, coupable, il est vrai, non d'adultère, mais d'un autre crime. Mais Tacite fait encore observer qu'elle fut « *mariti judicio permissa* » (*Ann.*, XIII, 32).

La juridiction des Comices en matière d'adultère n'avait plus d'objet. La loi *Julia* la supprimait par là même qu'elle créait pour ce délit une *quæstio perpetua*. Quant au *judicium de moribus*, elle le maintint, le réglementa même peut-être : mais on s'arrangea de façon à ce qu'il ne fit point double emploi avec la poursuite publique. Ce sont des points sur lesquels nous reviendrons plus loin. Voyons maintenant le droit que la loi *Julia* introduisait.

§ 2.

Délits relatifs à l'adultère ; leur définition et leur peine.

I. Le premier délit relevé par la loi *Julia* était naturellement l'adultère de la femme. Quant au mari, il n'est pas punissable à raison de l'injure faite à l'épouse, quand il lui est infidèle, L. 1, C. 9, 9. Sans doute il sera coupable d'*adulterium* s'il a souillé un ménage étranger ; si même sa

maîtresse, quoique non mariée, est une *matrona honesta*, il sera coupable de *stuprum*. La loi *Julia* en effet n'admet pas qu'avec une telle femme on entretienne en dehors du mariage des relations suivies; elle punit à la fois l'homme et la femme qu'a unis le *stuprum*, L. 13 (12), D. *h. t.*; LL. 48, 20, C. 9, 9¹. Mais alors même le mari n'est point puni pour violation de la foi conjugale; ce qui le prouve, c'est qu'un célibataire serait également punissable dans les mêmes conditions². Si du reste il prend pour maîtresse une courtisane, une affranchie, il n'a rien à craindre. Dans tous les cas, même lorsqu'il est punissable, la femme ne peut point l'accuser. Dans le système des *judicia publica* se porter accusateur est une sorte de droit civique, une fonction publique ouverte en principe à tous les citoyens, mais dont les femmes sont exclues, L. 1, D. 48, 2. Pour qu'une femme puisse accuser, il faut une exception, spécialement établie, qu'on trouve dans certains cas, mais que la loi *Julia* n'avait pas admise, L. 2, D. 48, 2³. Elle n'avait point créé un droit d'accusation *jure uxoris*, comme elle en créa un *jure mariti*, L. 4, C. *h. t.* Nous aurons cependant à examiner plus loin si l'infidélité du mari ne pouvait pas fournir à la femme accusée

¹ La loi 35 (34) pr. D. *h. t.*, donne une définition du *stuprum* d'une précision remarquable : « *Stuprum committit qui liberam mulierem, consuetudinis causa, non matrimonii, continet, excepta videlicet concubina.* » En dehors du mariage l'homme n'avait donc qu'un moyen pour rendre impunissables ses relations avec une femme ingénuë, c'était de la prendre pour concubine. On avait même douté qu'on pût prendre pour concubine une *honestâ mulier*, L. 4, § 1, D. xxv, 7; on l'avait admis, mais il fallait alors une *testatio* formelle, L. 3 pr., D. xxv, 7.

² La seule différence entre le mari et le célibataire, c'est que ce dernier peut se mettre « *extra pœnam legis*, » en prenant pour concubine la femme « *honestâ vilis et ingenua*, » L. 3 pr., D. xxv, 7; l'homme marié ne le peut pas, le concubinat, qui imite le mariage, lui est interdit en vertu du principe de monogamie : « *Eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest*, » Paul, *Sent.*, II, 20, 1, L. unic., C. v, 26. Voyez cependant Paul Gide : *L'enfant naturel et la concubine*, à la suite de l'*Étude sur la condition privée de la femme*, 2^e édit., p. 560, note 5.

³ Ce texte, qui énumère ces cas exceptionnels et qui ne range pas dans le nombre le *stuprum* du mari, est emprunté au livre I, de *Adulteriis*, de Papinien.

par lui un moyen de défense. Plus tard, lorsque les *quaestiones perpetuae* eurent disparu et que le système accusatoire eut perdu de sa rigueur, le juge nouveau, investi de pouvoirs étendus, put dans cette hypothèse, sur la plainte de la femme ou même d'office, punir l'adultère de l'époux, L. 14 (13), § 5, D. *h. t.*; mais c'est un point qui appartient au droit postérieur.

Donc la loi *Julia* ne retient que l'adultère de la femme. Quels étaient les éléments du délit? Il est certain qu'au fait matériel devait se joindre l'intention coupable; en général tous les faits prévus par notre loi étaient des infractions intentionnelles et pour l'adultère, cela était dit formellement: « Ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo, » L. 13 (12), D. *h. t.* Pour ce qui concerne la femme les textes en fournissent quelques exemples. Nous voyons d'abord que celle qui subit une violence n'est pas coupable, quand même la honte l'aurait empêchée de révéler à son mari l'outrage reçu, L. 40 (39) pr., L. 14 (13), § 7, D. *h. t.* Mais voici qui est plus topique.

Les Romains de l'époque classique considéraient la *bigamie* non comme un crime à part, mais comme un adultère ou un *stuprum*, suivant que le bigame était le mari ou la femme, L. 12 (11), § 12; L. 44 (43), D. *h. t.*; L. 18, C. 9, 9. Et cela se conçoit avec la facilité des divorces et des mariages qui donnait parfois à une union ou à un veuvage une durée de vingt-quatre heures¹. Or un texte nous apprend que la femme, qui, après une longue absence de son mari, se croyant veuve à tort, se remarie sans avoir divorcé, ne tombe pas sous le coup de la loi *Julia* à cause de sa bonne foi, L. 12 (11), § 12, D. *h. t.*

¹ « Digressam a marito post biduum statim duxerat » (Suétone: *Cæsar.*, 43). « Uxorem pridie sortitionem ductam postridie repudiasset » (Id., *Tib.*, 35). « Aut minus aut certe non plus tricesima lux est, — Et nubit decimo jam Thelesina viro » (Martial: *Epig.*, VI, 7). — Avant la loi *Julia* le bigame était noté d'infamie, L. 1 pr., D. III, 2. La table d'Héraclée, c. VIII, n'indique pas cette cause d'infamie.

Mais toute femme mariée, quelle que fût sa qualité, était-elle punie en cas d'infidélité? La loi contenait, pour désigner celle qu'elle frappait, un mot qui donna lieu à bien des difficultés; elle l'appelait « *materfamilias*. » Cela est certain, L. 8 (7, 1), L. 11 (10) pr.; D. *h. t.*

Suivant une vieille terminologie, usitée encore au temps de Cicéron, celle-là seule pouvait porter ce titre, qui était *in manu mariti*¹. Aulu-Gelle en donne cette raison: « Quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset. » Mais il est clair que le législateur n'avait point voulu se référer à cette vieille signification. A l'époque d'Auguste, le nom de *materfamilias* convient déjà à toute femme unie à son mari en justes noces, cf. L. 11 (10) pr., D. *h. t.*², même par le mariage libre. Mais dans le mariage de droit des gens? Ici il n'y a pas *connubium*; les termes de la loi ne cadraient plus; mais l'esprit était certain. Le droit pénal ne devait plus être limité par l'idée étroite de la cité; il ne s'agissait pas de réserver aux citoyens romains un bénéfice, mais d'arrêter la contagion de l'immoralité dans ce monde de Rome où se mêlent les nations. Ici encore la loi s'applique, *Collat.*, *h. t.*, C. 5, § 1.

La loi *Julia de maritandis ordinibus*, vint, on le sait, défendre certaines unions soit aux sénateurs et à leurs descendants, soit même à tous les citoyens ingénus, Ulp. *Frag.*, XIII, 1. 2. Ces mariages étaient-ils nuls, ou seulement inefficaces pour écarter l'application des règles sur la *capacitas*? Cette dernière interprétation, qui a été soutenue avec une grande force par M. de Savigny, nous pa-

¹ *Topica*, III, 14: « Genus est enim uxor: ejus duas formas; una *matrum familias*: eas sunt quæ in manum convenerunt; altera earum quæ tantummodo uxores habentur. » « Matrem autem familias appellatam esse eam solam quæ in manu mariti mancipioque esset, aut in ejus cujus maritus manu mancipioque esset. » *Noct. Attic.*, XVIII, 6, 9.

² Aulu-Gelle, pour retrouver la signification première complètement oubliée de son temps, invoque l'autorité des anciens: « Veterum scriptorum auctoritatibus. » *Loc. cit.*

rait la plus vraisemblable¹. Ce qui est certain, c'est que les jurisconsultes ne semblent pas avoir hésité à regarder, dans une telle union, l'infidélité de la femme, comme un adultère punissable d'après notre loi, L. 25 (24), § 3, D. *h. t.*; L. 14 (13), § 1, D. *h. t.*². Cette loi, disait Sextus Cæcilius, s'applique à tous les mariages.

Cependant une partie de ces femmes étaient de viles créatures ou des femmes de condition inférieure. Parmi celles que les *Leges* interdisaient aux sénateurs se trouvaient les affranchies, les filles d'acteurs ou de baladins, celles qui vivaient de la prostitution, au moment de leur mariage; les *lenæ*, les actrices, les baladines ne pouvaient même être épousées par aucun homme ingénu, LL. 44, 42, 44, D. 23, 2.

Or, toutes ces femmes et même celles qui exerçaient les petits métiers et appartenaient au bas peuple, semblent avoir été considérées par les anciens, comme une part abandonnée à la débauche. Alors, du moins qu'elles n'étaient pas mariées, la loi romaine fermait les yeux sur leurs mœurs : elle surveillait au contraire la *matrona*, la femme de la bonne société, qui seule pouvait porter la chaste *stola* aux longs plis. Pour celle-là, ses dérèglements étaient punis alors même qu'elle n'était pas mariée³. Quant aux autres, ce sont des femmes « in quas stuprum non committitur, » L. 1, § 1, D. 25, 7; on ne punit ni elles ni ceux à qui elles vendent leurs faveurs⁴.

¹ Savigny (*Syst.*, t. II, App. VII); mais voyez en sens contraire les raisons très sérieuses que fait valoir notre savant maître M. Accarias (*Précis de droit romain*, t. I, n° 91 a). — Le rescrit de Marc-Aurèle, d'où résulte sûrement la nullité absolue, ne s'applique d'après sa lettre qu'au mariage entre filles de sénateurs et affranchis, L. 16, D. xxii, 2.

² Lorsque la loi *Julia de adulteriis*, fut votée, ces mariages étaient du reste parfaitement valables : la loi *Julia de maritandis ordinibus*, qui les réprouvait, présentée au peuple en 736, ne put être votée qu'en 757 a. c. (V. Rudorff, *op. cit.*, t. 1, § 27).

³ C'est le droit de la loi *Julia* : mais on trouve des exemples assez nombreux de condamnations par les comices. Val. Max., VI, 1, 8; Liv., 22; 25, 2.

⁴ « Tutior at quanto merx in classe secundâ, — Libertinarum dico.... — Desine matronas sectarier. » Horace : *Sat.*, I, 2, v. 94, ssv. Cf. Cic. : *Philip.*, II, 49.

Les Romains comme les Grecs comprenaient même dans cette catégorie toutes celles qui faisaient un commerce ou vendaient au marché : « Cum his quæ publice mercibus vel tabernis exercendis procurant adulterium fieri non placuit, » Paul, *Sent.*, II, 26, 11^t. Lorsqu'elles étaient mariées, ces femmes pouvaient-elles être coupables d'adultère, alors que, filles, la loi sur le *stuprum* ne les touchait pas? Pour celles qui n'avaient pour tout vice que leur basse naissance, de même pour les affranchies, l'affirmative (L. 14 (13), § 1, D. *h. t.*) nous paraît certaine. Pour celles qui avant leur mariage avaient fait le métier de prostituées, un texte le déclare aussi de la façon la plus précise : « Sed et in ea uxore, quæ vulgaris fuerit, potest maritus adulterium vindicare, quamvis, si vidua esset, impune, in ea stuprum committeretur, » L. 14 (13), § 2, D. *h. t.* Nous traduisons en effet ainsi les premiers mots : « Le mari peut obtenir la punition de l'adultère, même s'il s'agit d'une femme qui avant son mariage était à qui voulait la prendre². »

Cette loi fait, on le voit, une distinction essentielle entre la femme mariée et celle qui ne l'est pas. À partir du mariage, la femme doit conserver intact, non plus seulement son honneur propre, mais aussi celui du mari. Cette distinction ressort peut-être plus nette encore d'un passage de Tacite. Un ancien usage admettait que toute femme, quelle qu'elle fut, pouvait impunément se prostituer, pourvu qu'elle fit une déclaration devant les édiles.

¹ *Adulterium* est pris ici dans le sens de *stuprum*. Cf. Démosthène, in *Noxæ*.

« Τόν τε νόμον ἐπὶ τούτοις παρεχόμενος, ὅς οὐκ ἐὰν ἐπὶ ταύταις μοιχὸν λαβεῖν ὀπίσκει ἂν ἐπὶ ἐργαστήριον κάθονται ἢ ἐν τῇ ἀγορᾷ πολῶσι τι ἀποπρασμένως. »

² Ce point fait l'objet d'une controverse des plus vives entre nos anciens auteurs (V. Matthæus, *de Crim.*, p. 297, 298 et les autorités qu'il cite). Il y a en effet au Code un rescrit qui semble bien contraire à notre opinion : « Si ea, quæ tibi stupro cognita est, et passim venalem formam exhibuit, ac prostitutam meretricio more vulgo se præbuit, adulterii crimen in ea cessat » (L. 22, C. ix, 9). Mais nous pensons que ce texte ne s'inquiète point du sort de la femme, il s'occupe seulement du complice, et, en le déclarant non punissable, il ne fait qu'énoncer une règle que nous expliquerons plus loin.

La corruption alla si loin qu'on fut obligé de faire un sénatus-consulte pour atteindre les matrones qui, par cette inscription à la police des mœurs, voulaient éviter les peines de la loi *Julia* sur le *stuprum*. Cf. L. 11 (10), § 2, D. *h. t.* Avant que le sénatus-consulte fût rendu, il arriva qu'une femme mariée, de famille prétorienne, nommée Visellia, fit sa déclaration et se prostitua. Le sénat demanda compte au mari de ce qu'il n'avait pas poursuivi sa femme selon la loi *Julia* pour cet adultère évident (*Ann.*, II, 85).

Cependant les femmes mariées, qui faisaient le métier de filles d'auberge ou de cabaret, ne tombaient point sous le coup de la loi, L. 29, C. 9, 9, et probablement il en était de même pour celles qui après leur mariage continuaient leur métier de *lena*.

A côté du mariage existait à Rome une sorte d'union inférieure entre l'homme et la femme, le concubinat. Bien avant l'Empire le concubinat était fort usité; mais c'était un simple fait ignoré de la loi qui n'y attachait aucun effet utile ou préjudiciable. Avec les lois d'Auguste, il prit une importance juridique, et fut reconnu par le législateur. « *Concubinatus per Leges nomen assumpsit*, dit le jurisconsulte Marcien¹; mais que signifie cette phrase célèbre? Veut-elle dire qu'Auguste fit du concubinat un mariage véritable quoique d'ordre inférieur, créant des liens civils soit entre les concubins, soit entre eux et les enfants nés de leur union? On l'a soutenu, et cette opinion, qui peut revendiquer d'illustres défenseurs, compte aujourd'hui encore des partisans. Mais lorsqu'on examine un à un les effets civils du mariage on constate bientôt que le concubinat n'en produit aucun, et, en restant sur le terrain du droit civil, on est autorisé à dire avec Paul Gide : « Les relations avec une concubine, au temps des Romains, n'é-

¹ L. 35, D. xxv, 7.

taient pas autre chose que ce qu'elles sont de notre temps, un simple fait dépourvu de tout effet légal¹. »

Cependant en reconnaissant le concubinat, le législateur avait entendu donner quelque effet à cette reconnaissance; mais pour le trouver il faut se placer sur le terrain du droit pénal. La loi *Julia*, sévère réformatrice des mœurs, punissait sous le nom de *stuprum* les liaisons établies en dehors du mariage et au nom du plaisir seul entre un homme et une femme ingénue; mais en même temps le concubinat, plus sérieux dans son but, largement admis par les mœurs romaines, fut déclaré non punissable. Cette décision s'expliquait d'ailleurs par ce fait qu'on prenait généralement les concubines parmi les femmes dont la loi pénale ne surveillait point les mœurs, *in quas stuprum non committitur*; mais malgré l'avis contraire de certains prudents, on avait admis aussi qu'en prenant certaines précautions, on pouvait choisir comme concubine un *honesta mulier* sans craindre les peines du *stuprum*².

Il résulte de tout cela que depuis Auguste le concubinat était bien devenu une union légale, dépourvue il est vrai de tout effet civil, mais reconnue et tolérée par le législateur³. Par là même les prudents devaient se demander si l'infidélité de la concubine n'était point punissable comme un adultère : ils répondirent négativement, et cette décision est généralement citée pour prouver qu'à leurs yeux le concubinat était un simple fait, non une institution juridique. En réalité, les jurisconsultes me paraissent avoir été guidés par une considération d'une autre nature.

¹ *Condition de l'enfant naturel et de la concubine*, à la suite de l'*Étude sur la condition privée de la femme*, deuxième édition, p. 549. Cf. Labbé *Appendices aux Instituts d'Ortolan*, II, p. 695, ssv.

² L. 3 pr., D. xxv, 7.

³ Ce qui montre que tel était bien le point de vue des jurisconsultes, c'est que dans les hypothèses où le mariage est prohibé entre certaines personnes, ils se demandent toujours si entre elles le concubinat est permis. L. 1, § 2; L. 5, D. xxv, 7.

Ils se déterminèrent surtout par un argument de texte, ce qui est fort naturel en matière de droit pénal. La loi *Julia*, nous l'avons dit, désignait par l'expression *materfamilias*, la femme dont elle poursuivait l'adultère; or, il était impossible de faire rentrer la concubine dans l'expression *materfamilias* : on opposait continuellement les deux termes, L. 1 pr., D. 25, 7; L. 41, § 1, D. 23, 2. La raison était aussi dans ce sens. Une union impliquant une estime profonde de la part du mari pouvait seule rendre responsables devant la loi pénale les femmes dont on faisait ordinairement des concubines; en ne leur donnant que ce dernier titre, l'homme avait d'avance manifesté son indifférence pour les actes d'infidélité futurs¹. Tel était certainement le principe; mais il subissait une exception. Il pouvait arriver qu'une femme, tout en devenant *concubina*, eût un rang égal à celui d'une épouse et méritât le nom de *matrona*. Tel était le cas de l'affranchie unie à son patron. Les mœurs n'approuvaient pas le mariage dans ces conditions, mais elles permettaient le concubinat : « Quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matremfamilias habere, » L. 1 pr., D. 25, 7. Une semblable concubine était atteinte par la loi *Julia*, L. 14 (13) pr., D. *h. t.*

Enfin, en descendant jusqu'aux derniers rangs de cette société romaine, si variée déjà à l'époque classique, nous trouvons une dernière sorte d'union entre l'homme et la femme, mais celle-là n'est considérée que comme un fait et un accouplement, c'est le *contubernium* des esclaves : ici, bien entendu, il ne peut être question d'adultère punissable; la femme esclave est une femelle, non une épouse, L. 6 pr., D. *h. t.* Seulement celui qui l'a débauchée pourra être poursuivi par le maître pour avoir porté

¹ On avait admis, nous l'avons dit, que moyennant une *testatio* une femme *honestia* pouvait être prise pour concubine; mais en acceptant cette union inférieure, elle perdait le titre de *materfamilias*.

atteinte à la propriété d'autrui, Paul, *Sent.*, II, 26, 16; L. 2, D. 41, 3; L. 6 pr., D. *h. t.*¹.

II. Le complice de la femme, l'*adulter* est le second coupable que frappe notre loi. Mais ici encore, pour que le délit existe, il faut le dol, l'intention coupable. Voyons quelques applications de cette idée.

Avec les divorces si fréquents à cette époque, on n'était pas toujours sûr, en épousant une femme, qu'elle n'était pas mariée à un autre. En effet, la loi même que nous étudions, tout en laissant subsister au fond les facilités du *repudium*, avait subordonné la validité du divorce à certaines conditions de forme; il fallait en particulier qu'il fût dénoncé au conjoint en présence de sept citoyens romains au nombre desquels ne pouvait figurer l'affranchi du dénonçant, L. unic., § 1, D. 38, 11; L. 35, D. 24, 1; L. 9, D. 24, 2². Supposons une femme qui a voulu divorcer, mais qui a négligé cette formalité, aux yeux de la loi son mariage subsiste et celui qui l'épouse entretient des relations avec une femme mariée; cependant, s'il est de bonne foi, il n'est pas coupable d'adultère, L. 44 (43), D. *h. t.* Supposez encore une femme qui se présente au public avec les allures d'une prostituée et qui en réalité est mariée; elle pourra être punissable, d'après ce que nous avons dit plus haut; mais celui qui l'aura fréquentée ne le sera pas, L. 22, C. 9, 9.

Le complice est atteint par la loi, non-seulement si c'est un homme libre, mais aussi si c'est un esclave, L. 5, D. 8, 2. Cependant, si c'est l'esclave du mari, n'est-il pas plus simple que celui-ci le juge lui-même et le punisse de sa propre main en vertu de la puissance do-

¹ La loi 6 cit. indique comme actions à intenter celle de la loi *Aquiliana*, les actions *Injuriarum*, et *De servo corrupto* : mais la loi *Aquiliana* ne peut s'appliquer que lorsqu'il s'agit d'un *stuprum* commis sur une *virgo immatura* (L. 25, D. XLVII, 10). Dans notre hypothèse il n'y a lieu qu'à l'action *injuriarum* ou de *servo corrupto*.

² Voy. M. Schirmer, *Die formlose Scheidung nach der lex Julia de adulteriis* (Zeitschrift für Rechtsgeschichte, tom. XI, p. 355 ssv.).

minicale, sans qu'un débat public intervienne? On le pensa d'abord : mais des rescrits impériaux finirent par admettre ici l'action publique, L. 5, D. 48, 2; L. pr., D. *h. t.*¹.

Enfin le jurisconsulte Papinien fait observer que le mineur de 25 ans est punissable aussi bien que le majeur; il est seulement nécessaire qu'il s'agisse d'un garçon pubère, L. 37 (36), D. *h. t.*

Après avoir visé l'épouse et son complice, il semble que la loi *Julia* dut s'arrêter là : il n'en est pas ainsi. C'est le mari qui va maintenant entrer en scène, le mari trompé, et la loi froide et pratique parlera plus haut sur l'affaissement des mœurs que la satire la plus indignée.

III. Tout mari qui surprend sa femme en flagrant délit d'adultère est déclaré punissable s'il ne répudie pas la coupable ou s'il fait grâce au complice : « *Si retinet uxorem et dimittit adulterum* »². La loi impose ainsi au mari deux devoirs distincts.

1° Le premier ne découle point d'un principe nouveau. Les mœurs avant la loi avaient déjà imposé au mari cette répudiation. Ce qui le commande, c'est l'esprit même qui gouverne la famille antique. Le chef de famille ne saurait pardonner, car il est juge avant tout, et doit être sans faiblesse comme sans reproche³. Sans aucun doute, la note du censeur aurait frappé celui qui, cédant à un cœur trop épris, aurait gardé à son foyer la femme souillée⁴ : la loi d'Auguste ne fait que continuer cette tradition. La répression, que le censeur, en vertu de son pouvoir propre, instituait jadis périodiquement, le légis-

¹ De la comparaison de ces deux textes il paraît ressortir qu'Antonin le Pieux n'admettait pas la poursuite publique et que ce fut Marc-Aurèle qui la permit le premier.

² L. 30 (29), pr. D. *h. t.*; — 1. 2, § 2, *ibid.*

³ Voyez M. Fustel de Coulanges, *la Cité antique*, p. 109.

⁴ La loi athénienne note en pareil cas le mari d'infamie. Démosthène in *Nezram* : « Ἐπειδὴν δὲ εἶλον τὸν μαχθὸν μὴ εἴεστω τῷ εὐλόγῳ συνοικεῖν τῇ γυναικί, ἔαν δὲ συνοικῆ ἄτιμας ἔστω. »

lateur l'organise maintenant une fois pour toutes et en permanence. On peut dire d'ailleurs d'une façon générale que la législation d'Auguste sur le mariage a eu pour but de codifier et de transformer la jurisprudence des censeurs, la *coercitio censoria*, en la faisant passer dans la loi civile ou pénale.

Si d'ailleurs la loi *Julia* défend au mari de pardonner la faute indéniable, ce n'est pas seulement pour ramener les âmes amollies à la sévérité des temps anciens; ce qui préoccupe le législateur, c'est l'avilissement des caractères qui l'inquiète. Pour le Romain du siècle d'Auguste, la vieille religion du foyer n'est plus qu'une légende; mais, chose plus grave encore, il n'est plus sensible à l'honneur : il n'a pas appris le pardon et il ne sait plus se venger; il faut que la loi le fouette, pour qu'il sente la honte⁴. Ce mari si indifférent, ce ne peut être qu'un *leno*; la loi donne en effet, au délit à raison duquel elle le punit, le nom de *lenocinium*. Du reste, cette disposition est une pièce essentielle dans le mécanisme de la loi *Julia*. Comme nous le verrons plus tard, tant que la femme coupable n'est pas répudiée, les étrangers à qui l'accusation est ouverte, à défaut du mari et du père, ne peuvent intervenir; il fallait donc obliger l'époux, sinon à accuser, au moins à répudier.

C'est un *repudium* sérieux et définitif que demande la loi. Si le mari a répudié sa femme, puis l'a épousée à nouveau, il semble innocent; il a obéi aux termes de la loi : *non retinuit*; mais en réalité, il a voulu faire fraude à la loi : *sententia legis tenetur*, L. 34 (33), § 1, D. *h. t.*

La disposition que nous venons d'étudier n'atteint pas tous les maris complaisants, mais ceux-là seulement qui

⁴ La loi n'interdit point absolument le pardon, mais elle veut qu'il soit vraisemblable. Lorsque le mari, après avoir répudié sa femme qu'il sait adultère, mais qu'il n'a pas surprise en flagrant délit, la reprend ensuite pour épouse, il ne pourra point intenter l'accusation à raison des faits commis pendant la première union : « *Abolevit enim prioris matrimonii delicta reducendo eam.* » (L. 14 (13), § 9; L. 41 (40), § 1, D. *A. t.*)

constatent chez eux le flagrant délit, L. 30 (29) pr., D. h. t. Pour ceux qui ferment les yeux, tant que l'évidence indéniable ne s'est pas imposée à eux, tant qu'ils n'ont pas vu, ce qui s'appelle vu, la loi laisse impunie leur débonnaire tranquillité : *Cæterum qui patitur uxorem suam delinquere matrimoniumque suum contemnit quique contaminationi non indignatur, pœna adulterum non infligitur*, L. 2, § 2; L. 30 (29), § 4; D. h. t. Elle n'a pas voulu instituer une véritable inquisition des mœurs; du reste, elle pense retrouver ailleurs ces hommes faciles.

2° La disposition qui défend au mari de faire grâce à l'*adulter* surpris en flagrant délit, constitue un droit nouveau et fort remarquable. Jusque-là, le mari pouvait légitimement ou le tuer ou composer avec lui à prix d'argent. La loi *Julia* qui a restreint le *jus occidendi*, interdit maintenant la composition pécuniaire. C'est bien en effet cette composition qu'elle vise lorsqu'elle punit le mari « *qui dimittit adulterum*; » c'étaient là les termes consacrés par l'usage pour désigner cette transaction¹. Cette interprétation est confirmée par un autre chef de la loi, lequel punit également les tiers qui s'entremettaient pour amener cette composition; ici les termes ne laissent aucun doute : *Is cujus ope consilio dolo malo factum est ut vir femina ve in adulterio deprehensi pecunia aliave qua pactione si redimerent, eadem pœna damnatur quæ constituta est in eos qui lenocinii crimine damnantur*². »

Sur ce point encore le système primitif, conservé jusque-là, était formellement abrogé, et la répression de l'adultère

¹ Voyez le passage du *miles gloriosus* plus haut cité, p. 83, note 3 : « Ergo des minam auri nobis... Ut te hodie amittamus venereum nepotulum. »

² L. 15 (14) pr., D. h. t. Remarquons que chez les tiers la loi exige l'intention coupable, *dolo malo*. Ces officieux pourraient peut-être échapper à la peine si c'étaient en réalité de véritables amis des deux parties, des gens bien intentionnés, détestant le bruit et le scandale. — Lorsque le mari qui transige avec l'*adulter* est un militaire, les peines sont aggravées contre lui et il est chassé de l'armée; L. 12 (11) pr., D. h. t. « Miles qui cum adultero uxoris suæ pactus est solvi sacramento deportari que debet. »

tère était rendue au droit pénal public. C'était bien justice, car le système ancien constituait un anachronisme choquant. Pour que la composition pécuniaire ne soit pas absolument odieuse en ces matières délicates, il faut une rudesse et une naïveté de mœurs qu'on chercherait en vain chez les contemporains d'Auguste¹.

IV. La loi *Julia* va plus loin encore dans cet ordre d'idées.

Dorénavant l'adultère était toujours punissable et pouvait donner lieu à une poursuite sans que jamais la constatation du flagrant délit fût nécessaire pour cela. Par là même, il pouvait donner lieu à des transactions pécuniaires hors du cas du flagrant délit, et la loi devait également prohiber celles-ci; elle devait les prohiber d'autant mieux que d'ordinaire l'argent obtenu en pareil cas sera probablement le gain d'un chantage éhonté.

Aussi la loi punit-elle le mari qui reçoit quelque chose à raison de l'adultère commis par sa femme : « *In eum maritum pœna statuta qui de adulterio uxoris suæ quid cepit* ». Et d'une façon générale, elle frappe toute personne qui touche un prix à raison d'un adultère découvert par elle : « *Plectitur et qui pretium pro comperto stupro acceperit; nec interest utrum maritus sit qui acceperit an alius quilibet*, » L. 30 (29), § 2, D. h. t.

Des étrangers peuvent en effet avoir agi pour leur propre compte, en dehors du mari : ils ont épié les coupables, rassemblé les preuves, et, lorsque cette enquête de police privée est terminée, ils menacent la femme et son complice de les dénoncer s'ils ne donnent telle somme. Les

¹ Le mari qui surprenait l'*adulter* en flagrant délit et lui faisait grâce sans avoir rien reçu pour prix de son pardon, était-il également punissable? Le texte ne paraît pas avoir distingué, et le législateur n'avait probablement pas songé à cette hypothèse pour lui invraisemblable. Lorsqu'il s'agissait non du mari, mais d'un tiers qui surprenait l'adultère, les jurisconsultes décidaient que le pardon désintéressé n'était pas punissable. L. 30 (29), § 2, D. h. t. : « *Ceterum si gratis quis remisit ad legem non pertinet*. »

² L. 2, § 2, D. h. t.

femmes, aussi bien que les hommes, pratiquaient ce trafic, car les jurisconsultes indiquent que les dispositions qui le répriment s'appliquent aux deux sexes, L. 11 (10), § 1, L. 30 (29), § 2, D. *h. t.*

Enfin l'épouse elle-même peut être poursuivie de ce chef. La loi n'avait donné aucune action pénale à la femme pour poursuivre l'adultère du mari : mais elle avait l'action *de moribus*; sa colère n'est pas à mépriser, on peut songer à l'apaiser par un don. Si elle a reçu quelque argent à l'occasion de l'adultère de son mari, elle sera punie, L. 34 (33), § 2, D. *h. t.*

La loi *Julia* atteint donc tous ceux qui pratiquent le chantage. Mais, de plus, ils ne garderont point ce profit illégitime. Le prêteur intervient et donne à celui qui a été dépouillé l'action ou l'exception *quod metus causâ*, L. 7, § 1; L. 8, D. 4, 2. Ce qui montre que les Romains n'appliquaient point toujours la maxime : *Cum utriusque turpitudine versatur, melior est causa possidentis*¹.

V. La loi atteint aussi ceux qui, d'avance, préparent et facilitent l'adultère d'autrui pour en tirer profit.

C'est d'abord le mari qui vend sa femme à beaux deniers comptants : « Qui quæstum ex adulterio uxoris suæ fecerit plectitur; nec enim mediocriter deliquit, qui lenocinium in uxore exercuit². » D'ailleurs une complaisance honteuse, mais non lucrative de la part de l'époux, restait impunie; à plus forte raison échappaient à la loi les maris faciles que les riches romaines allaient parfois chercher dans les

¹ L'admission de l'action *quod metus causâ* pouvait faire doute cependant : elle n'est donnée, on le sait, que lorsque la menace a été très énergique; il faut craindre une *major malitia*, la mort ou des coups (L. 5; L. 3, § 1, D. 14, 2); la crainte de l'infamie ne suffit pas (L. 7 pr., *ibid.*). Or, ce n'est que le mari qui peut infliger ces maux en cas de flagrant délit, et encore pas toujours. Mais peu importe; on peut craindre ces violences, quoique illégitimes : « Sed potuerunt vel non jure accidi, et idem justus fuerit metus..., si proditus esset potuerit ea pati quæ diximus » (L. 8 cit.).

² L. 30 (29), § 3, D. *h. t.*, cf. L. 9 (8), § 1, D. *ibid.* — La loi désignait sans doute ce délit par les termes « *quæstum facere ex uxoris adulterio*; » c'était

classes pauvres et qui, contents de la dot qu'elles leur apportaient, d'avance connaissaient leur rôle et laissaient faire¹.

Viennent ensuite les entremetteurs. À l'époque où fut votée la loi *Julia*, le droit romain n'avait point de théorie générale sur la complicité. Chacune des lois des *Judicia publica* formait, comme on l'a dit, un petit code à part; comme sa procédure spéciale, chacune avait sa théorie de la complicité. À cet égard la loi *Julia* avait procédé d'une façon concrète : elle avait désigné un seul complice, le plus dangereux, un entremetteur particulier : « Si quis domum suam ut stuprum adulteriumve cum aliena matrefamilias fiat sciens præbuerit, cujuscumque sit conditionis, quasi adulter punitur, » L. 9 (8) pr., D. *h. t.* Les jurisconsultes par l'interprétation la plus ingénieuse étendirent ce texte; fermant successivement toutes les issues par où on pouvait lui échapper, ils finirent par atteindre tous les complices.

Remarquons d'abord qu'on ne distinguait point entre l'ami complaisant et le logeur gagé; la loi exigeait seulement la mauvaise foi, « *sciens*. » Mais à prendre les termes au pied de la lettre, celui-là seul aurait été puni comme complice, qui prêtait la maison dont il était propriétaire, *domus sua*. Évidemment une telle interprétation n'était pas possible; la loi avait voulu parler de toute habitation, L. 10 (9), § 1, D. *h. t.* Si même au lieu de sa maison on a prêté celle d'un ami, on a voulu faire fraude à la loi, on sera atteint (L. 11 (10) pr., D. *h. t.*).

d'ailleurs une expression consacrée pour désigner la prostitution. Dans la loi 30 (29), § 4, à notre titre ces termes font l'objet d'un commentaire très précis : « *Quæstum autem ex adulterio uxoris facere videtur qui quid accepit ut adulteretur uxor : sive enim sepius sive semel accepit, non est eximendus : quæstum enim de adulterio uxoris facere ille existimandus est, qui aliquid accepit ut uxorem pateretur adulterari meretricio quodam genere. Quod si patitur uxorem delinquere non ob quæstum, sed negligentiam vel culpam vel quandam patientiam vel nimiam credulitatem, extra legem positus videtur.* »

¹ Juvénal, VI, 435, ssv.

La maison a bien été prêtée, mais elle n'a pas été le théâtre de l'adultère; elle a seulement servi de lieu de rendez-vous et de conversation aux deux coupables, qui sont allés réaliser ailleurs leur criminel projet : celui qui a prêté la maison est punissable, « quia sine colloquio illo adulterium non committeretur, » L. 10 (9), § 2, D. *h. t.*

Supposons qu'au lieu de prêter une maison, l'entremetteur ait réuni les coupables à la campagne dans un lieu écarté, ou dans un *balneum*, il sera encore puni, c'est comme s'il avait fourni sa demeure, L. 10 (9), § 1, D. *h. t.*

Arrivés là, les jurisconsultes romains devaient admettre que quiconque se serait entremis, ne fût-ce que par ses conseils, pour préparer l'adultère, serait puni comme complice. Mais ici le texte sur lequel ils s'étaient appuyés jusque-là ne pouvait suffire, car évidemment, outre le conseil, il exigeait un fait matériel. Ils trouvèrent ce qu'ils cherchaient dans la disposition générale qui prohibait l'adultère : « Ne quis posthæc stuprum adulteriumve facito sciens dolo malo. » Cela s'applique, dirent-ils, et à celui qui a accompli l'acte et à celui qui l'a conseillé, L. 14 (13), D. *h. t.*

VI. Il nous reste encore une dernière incrimination à étudier, et qui n'est pas la moins curieuse. La femme adultère n'est pas seulement frappée d'une peine; lorsque la condamnation sera intervenue, on veut que le mariage lui soit désormais interdit; quiconque l'épouserait serait coupable : « Ait lex adulterii damnatam si quis duxerit eâ lege teneri, » L. 30 (29) § 1, D. *h. t.* Si même après avoir été répudiée, avant toute condamnation, elle a trouvé un nouvel époux, celui-ci, lorsqu'elle sera poursuivie par une procédure que nous étudierons plus loin, devra immédiatement la répudier à son tour, L. 43 (42), § 13, D. *h. t.* Rien n'est plus remarquable que cette loi, qui, après avoir chassé la coupable du foyer conjugal, la condamne à un célibat éternel, au milieu d'une

société où les mariages se nouent et se dénouent perpétuellement. Cette sévérité ne procède point d'une grande idée morale; ce n'est pas une façon de dire à la femme que, pour pleurer sa faute, elle n'a pas trop de tous les jours qui lui reste à vivre : le but poursuivi est plus utilitaire et moins profond. Auguste veut relever le mariage discrédité, le rendre honoré et enviable; pour cela il en ferme l'accès à toutes celles qui ont déjà failli, dont la faute a été solennellement constatée, et qui failliraient probablement encore dans une union nouvelle. Mais cette pécheresse peut se repentir : cela est invraisemblable, et d'ailleurs ce n'est pas dans la Rome antique qu'on hésite à sacrifier l'individu, lorsque c'est la condition d'un grand bien pour la société.

Du reste les jurisconsultes vinrent en aide à cette femme isolée. Le mariage lui sera interdit sans doute, car la loi l'en a formellement exclue. Mais il y a le concubinat, qui offre un ménage reconnu par les lois, aux affranchies, aux femmes du bas peuple, aux courtisanes même. La femme adultère pourra y trouver un refuge, et celui qui la prendra pour concubine sera exempt de toute peine : « Qui autem damnatam adulterii in concubinato habuit, non puto lege Juliâ de adulteriis teneri, quamvis si uxorem eam duxisset, teneretur, » L. 1, § 2, D. 25, 7¹.

Nous avons ainsi examiné les diverses incriminations qui rayonnent autour de l'adultère comme autour d'un centre unique; voyons maintenant quelle peine s'appliquait à chacune d'elles.

Mais avant d'entrer dans le détail, il est nécessaire de dire quelques mots de la pénalité dans les lois des *Judicia publica* en général. Dans toutes ces lois les peines étaient *fixes* : elles ne comportaient ni maximum ni minimum, n'admettaient ni aggravation ni atténuation. Lors-

(1) Du reste, le mariage est interdit par cette voie indirecte aux femmes condamnées pour *adulterium* ou *stuprum*, non à celles qui l'ont été pour les autres délits prévus par la loi *Julia* (L. 30 (29), § 1, D. *h. t.*).

que le vote de la majorité des jurés avait été *condemno*, le préteur ou le *judex quaestionis* n'avait qu'à appliquer exactement la peine indiquée par la loi; il n'avait pas à la mesurer au fait; elle était immuable. Il n'y avait pas de milieu entre l'absolution et la condamnation à la peine intégrale¹. Et ce système alors, comme chez nous à l'époque intermédiaire, dut amener plus d'une absolution injuste. Ce n'était pas du reste une nouveauté pour le peuple romain. Au temps où la poursuite avait lieu devant l'assemblée du peuple, les comices constitués juges ne pouvaient que ratifier la peine proposée par le magistrat, ou absoudre; pas plus dans ce cas que dans tous les autres, ils n'avaient, et cela se conçoit, le droit d'amendement².

Cela dit, quelle était d'abord la peine de l'*adultera* et de l'*adulter*? Le jurisconsulte Paul fait à cette question la réponse la plus précise : c'était la *relegatio in insulam*³; de plus la femme subissait la confiscation de sa dot et du tiers de ses biens; l'*adulter* voyait la moitié de ses biens confisqués, *Sent.*, II, 26, 14.

Devant un texte aussi formel il semble qu'aucun doute ne soit possible : nous touchons cependant à la controverse classique de notre matière. Ce qui fait la difficulté, c'est que les *Institutes* de Justinien classent de la façon la plus nette la loi *Julia* parmi celles qui contenaient la peine de mort⁴. Entre ces deux affirmations il faut choisir, et l'opinion dominante s'est prononcée avec raison pour le témoignage de Paul.

Remarquons d'abord que la sévérité que les *Institutes*

¹ V. Geib., *Geschichte des römischen Criminalprozesses*, p. 363. — Cic., *De invent.*, II, 49, 59 : « Ea igitur poena si adfici reum non oporteat, damnari quoque non oportere, quoniam ea poena damnationem necessario consequatur. » *Pro Sulla*, 22, 63 : « Nemo judicem reprehendit cum de poena queritur, sed legem, condemnatio est enim iudicium... poena legis. » Cf. L. 1; § 4, D. XVIII, 16.

² Geib., *op. cit.*, p. 147, nos 132-33.

³ « Dummodo in diversas insulas relegentur. »

⁴ « Temeratores alienarum nuptiarum gladio punit. » *Inst.* IV, 18, 4.

prêtent à la loi *Julia* contrasterait avec les mœurs contemporaines. A l'époque d'Auguste, le législateur en général n'aime pas à répandre le sang; et, s'il est vrai que l'empereur voulait à tout prix réformer les mœurs, il est certain que l'esprit public ne voyait pas dans l'adultère le terrible sacrilège des époques primitives : on eût protesté contre une peine qui eût paru certainement hors de proportion avec la faute¹.

Plus tard l'adultère fut puni de mort, mais les temps étaient changés : nous rechercherons à quel moment s'introduisit cette modification²; dès maintenant nous pouvons montrer que la loi *Julia* ne contenait pas la peine capitale. Cela ressort jusqu'à l'évidence d'un certain nombre de ses dispositions; celle qui interdit d'épouser la femme condamnée, L. 30 (29), § 1, D. *h. t.*; L. 1, § 1, D. 25, 7; celle qui interdit de recevoir en témoignage les condamnés hommes ou femmes, LL. 14, 18, D. 22, 5. Remarquons aussi que l'*adulter* après sa condamnation est déclaré incapable de servir comme soldat, L. 4, § 17, D. 49, 16. Citons enfin la loi 13, D. 34, 9, où nous voyons un individu condamné pour adultère qui se marie et fait valablement son testament. Toutes ces décisions sont incompréhensibles, si la loi *Julia* portait la peine de mort.

Il est vrai que, pour lever la contradiction, on cite un texte : la loi 9, C. 9, 9³.

Cette constitution déclare d'abord que la femme condamnée d'après la loi *Julia de pudicitia* doit rester soumise aux peines légales, « *pœnis legitimis*, » puis elle ajoute : « qui autem adulterii damnatam, si quocumque modo *pœnam capitalem evaserit*, uxorem duxerit, eadem

¹ Cet esprit se montre bien nettement dans les restrictions apportées au *ius occidendi*.

² Justinien a raison de compter de son temps la loi *Julia* parmi les *leges capitales*; il ne fait pas de l'histoire, mais du droit pratique.

³ Constitution d'Alexandre Sévère de l'an 225.

lege causa lenocinii tenetur. » Voilà, dit-on, la preuve que la peine légale était bien la mort, et qu'il pouvait se faire cependant que le condamné vécût et se mariât; il suffisait pour cela que la peine, par suite d'une atténuation, eût été transformée¹. Mais ce résultat ne pouvait se présenter à l'époque où la loi *Julia* fut votée. Nous avons vu en effet que les *Leges judiciorum publicorum* (et notre loi en est une) n'admettaient aucune atténuation de la peine; quand il y avait condamnation, il fallait nécessairement appliquer la peine légale. Plus tard sans doute, sous le système des *Cognitiones extraordinariæ*, comme nous le montrerons plus loin, une atténuation fut possible, L. 13, D. 48, 19. Mais il ne faut pas confondre les époques². On doit d'ailleurs admettre que la loi 9 du Code a été interpolée par Tribonien, car, à l'époque d'Alexandre Sévère, il n'est pas probable que la peine de mort eût déjà été introduite en matière d'adultère³; il faut en dire autant d'un rescrit de Dioclétien (L. 18, C. 2, 4), où l'adultère est rangé parmi les crimes capitaux.

Les *Institutes* donnent non le droit de la loi *Julia*, mais un droit postérieur. Cela est du reste arrivé à Justinien pour d'autres lois encore, comme l'a remarqué Matthæus⁴. Il déclare que la peine de la loi *Julia majestatis* était la mort (*Inst.*, IV, 48, 3) : or, il résulte d'un texte de Paul (*Sent.*, V, 29, 1) que c'était seulement l'*aquæ et ignis interdictio*. Il affirme enfin que la loi *Cornelia, de Sicariis*, « homicidas ultore ferro persequitur » et la loi 3, § 5, D. 48,

¹ Il serait assez singulier de voir la loi *Julia* édicter quelques-unes de ses dispositions importantes pour les cas où les peines qu'elle porte ne seraient pas appliquées.

² C'est ce que n'a pas vu Cujas, qui déclare que la loi 9 au Code enlève une grande partie de leur force probante aux textes sur l'incapacité de témoigner et sur la possibilité d'un nouveau mariage, cités plus haut. *Ad hanc legem*, au Code (Édit. Fabrot, t. IX, col. 1328-29).

³ Elle n'existait pas à l'époque de Caracalla. Dion Cassius, racontant qu'en vertu de son suprême pouvoir cet empereur faisait mettre à mort les *adulteri*, constate que c'était contraire aux lois : « ἐπέκειντο παρὰ τὰ νόμιμα. » LXXVII, 16.

⁴ *De Criminibus*, p. 307.

8, atteste que la peine portée dans la loi était « deportatio in insulam et omnium honorum ademptio¹. »

La peine de la loi *Julia* n'était donc pas la mort; mais ne pourrait-on pas admettre que c'était une autre peine capitale, l'*aquæ et ignis interdictio*? Cela lèverait certaines difficultés : il serait alors naturel que le condamné survécût et pût contracter un mariage selon le droit des gens, puisqu'il n'aurait perdu que la *civitas*; d'autre part, cela permettrait d'accepter pour sincère l'un des textes que nous avons déclaré interpolés, la loi 18 C. 2, 4. On l'a soutenu², mais cela ne nous paraît pas admissible. Si la peine avait été celle de l'*aquæ et ignis interdictio*, elle eût été remplacée dans le droit postérieur non par la *relegatio*, mais par la *deportatio* : « Deportatio in locum aquæ et ignis interdictioni successit, » L. 1, § 1, D. 48, 19. Or il est certain que la peine appliquée plus tard d'après la loi *Julia* n'était pas la *deportatio*. Cela résulte d'abord de ce que c'est la peine qu'on applique à l'adultère lorsqu'il s'y joint un crime plus grave³. Nous avons vu dans la loi 13 D. (34, 9) un homme condamné pour adultère faisant son testament, alors que le déporté a perdu avec la *civitas* la *testamenti factio*. De même la loi 14 D (22, 5) décide qu'un tel condamné ne peut servir de témoin dans un testament; mais elle décide ainsi uniquement parce que la loi *Julia* a une disposition formelle, qui le déclare *intestabilis*; or le déporté n'étant plus *civis Romanus*, par là même et sans exclusion spéciale, ne pouvait être *inter testes adhibitus* (Gaius, II, 104).

Du reste la *relegatio* est la peine que les historiens nous montrent constamment appliquée en matière d'adultère

¹ Vid. tamen Paul, *Sent.*, V, 33, 1.

² Rein: *Das Criminalrecht der Römer*, p. 848 : « Aber die Relegatio in insulam stand noch nicht in Lex Julia, sondern aquæ et ignis interdictio, wofür bald deportatio und relegatio in insulam aufkam. »

³ Adultère et inceste combinés : « In insulam deportandus est quia duplex crimen est » (L. 5, D. XLVIII, 18). Cf. L. 13 (12) pr., D. h. t., où il s'agit d'un soldat puni plus sévèrement que ne le serait un *paganus*.

(Tacite, *Ann.*, II, 50, 85); c'est celle qu'Auguste lui-même appliqua à sa fille et à sa petite-fille (Suétone, *Aug.*, 64¹; cf. Tacite, *Ann.*, II, 53).

Mais cette peine principale était accompagnée pour la femme et pour l'*adulter* de pénalités complémentaires qu'il faut examiner.

Pour la femme, c'était la confiscation de la moitié de sa dot et du tiers de ses biens. Ici, il faut remarquer que la dot est mentionnée à part, non pas seulement parce qu'on en confisque une portion plus forte que celle qu'on prélève sur les autres biens, mais parce que, pour l'atteindre, il fallait la viser spécialement. La confiscation des biens d'une femme n'entraînait pas en principe celle de sa dot, alors du moins que celle-ci, au moment de la condamnation, se trouvait encore aux mains du mari et n'avait pas été restituée²; et cela est conforme à l'esprit du droit de l'époque classique. La dot, c'est la condition même du mariage, la dotation des enfants; sa conservation est un objet d'intérêt public. Ainsi dans le cas où la confiscation des biens est la conséquence inévitable de la peine principale, en cas de *deminutio capitis media* ou *mazima* (L. 1 pr., D. 48, 20), la dot n'est pas en principe *publicata*. Si la peine est la *deportatio*, le mariage de la femme condamnée peut subsister comme mariage de droit des gens; la dot subsistera *in suo statu*, et à la dissolution de cette union la femme pourra la répéter, L. 5, § 1, D. 48, 20; L. 1, C. 5, 17³. — Si la femme subit une condamnation qui la rend *serva pœnæ*, l'ancien mariage est radicalement détruit, et un nouveau n'est pas possible; cepen-

¹ « *Julias filiam et neptem omnibus probris contaminatas relegavit.* »

² Si elle avait été restituée, au point de vue de la confiscation elle devait être comprise dans les *bona*. Arg. L. 10, § 1, D. XLVIII, 20.

³ Il semble que l'action *rei uxoris* ait été dans ce cas non l'action directe, car, *jure civili*, le mariage n'existe plus après la condamnation, mais une action utile : « *Quasi humanitatis intuitu hodie nata actio.* » L. 5, § 1, Dig. cit. « *Dotis exactio ipso jure non competit, sed indotatam eam esse... nec ratio æquitatis nec exempla permittunt.* » L. 1, C. cit.

dant là encore la dot n'est pas confisquée; elle reste au mari : « *Verum est dotem mariti lucro cedere, quasi mortua sit,* » L. 5 pr., D. 48, 20. Ici encore, en restant au mari, elle servira à sa destination naturelle, qui est de tourner au profit des enfants communs. En effet, lorsque les biens d'un homme étaient confisqués, il avait été admis par faveur qu'on en laissait une quote-part à ses enfants issus de justes noces et restés en puissance, L. 1, §§ 1, 2; L. 7 pr., D. 48, 20; L. 8, C. 9, 49; lorsqu'au contraire les biens d'une femme étaient confisqués, rien n'était laissé aux enfants, L. 6, C. 9, 49¹; c'était alors sauver à leur profit une portion du patrimoine maternel que de laisser la dot au mari. Pour que la dot fût englobée dans la confiscation, il fallait une disposition spéciale².

Pourquoi la loi *Julia* contenait-elle une semblable disposition? C'est qu'ici, au lieu de respecter la dot, le législateur avait intérêt à l'entamer; la dot, c'est pour la femme le moyen de se remarier, et l'on ne veut pas que la femme adultère se remarie, puisqu'on punit celui qui l'épouse. Mais est-il bien certain que la loi *Julia* confisquait la moitié de la dot? on pourrait en douter. Il y a au Digeste un texte qui énumère limitativement les lois qui prononcent une telle confiscation : L. 3, D. 48, 20³, et la loi *Julia* ne se trouve pas sur cette liste. Mais en examinant le texte de plus près, on voit qu'il contient une erreur; après avoir annoncé cinq lois, il est obligé, pour fournir son compte,

¹ « *De bonis matris deportatæ filii nil deberi absolutissimi juris est.* »

² A cette théorie d'après laquelle la confiscation des biens n'entraîne pas celle de la dot, on pourrait opposer la loi 24, § 7, D. XXIV, 3 : il y est dit au début : « *Si bona mulieris pro parte sint publicata, supersit mulieri reliquæ partis dotis exactio.* » Il semble bien que là la dot suive le sort des *bona*; mais il y a là certainement une façon de parler trop rapide; le jurisconsulte voulait dire « *si bona et dos sint publicata.* » Ce qui le montre, c'est qu'il fait spécialement mention dans la suite de la confiscation de la dot « *si post litem contestatam publicata sit pro parte dos,* » et pourtant, dans ce cas, la *litem contestatio* ayant transformé le droit de la femme, il était moins nécessaire de le rappeler.

³ « *Quinque legibus damnatæ mulieri dos publicatur, majestatis, vis publicæ, parricidii, venefici, de sicariis.* »

d'en dédoubler une en deux : le meurtre et l'empoisonnement sont en effet punis par une seule et même loi, la *lex Cornelia de sicariis*. Pour rétablir le compte, il suffit d'ajouter la *lex Julia de adulteriis*¹.

Nous savons déjà que la femme condamnée est incapable de témoigner en justice, L. 18, D. 22, 5.

L'*adulter*, outre la *relegatio*, subissait la confiscation de la moitié de ses biens. Il était également incapable de témoigner et de servir dans l'armée; ce sont des points que nous avons déjà vus. On peut en outre considérer comme certain qu'il y avait une peine différente et plus forte pour le cas où le coupable était un affranchi du mari, de la femme ou des descendants et descendants de celle-ci, L. 43 (42), D. *h. t.* Nous ne savons quelle était cette peine, peut-être était-ce la peine de mort².

Voilà quelle était la punition des deux principaux coupables. Quelle était la peine des autres délits accessoires que nous avons relevés? C'était celle que subissait l'*adulter*. Voici comment on peut le montrer. Celui qui tire profit de l'adultère de sa femme, et celui qui prête sa maison pour qu'il s'y commette un adultère, sont punis comme l'*adulter* lui-même, « quasi *adulter* punitur, » L. 8 pr., D. *h. t.*; la peine du *lenocinium* était donc la même que celle de l'*adulterium*. D'autre part, le fait du mari qui surprend sa femme en flagrant délit et ne la répudie point ou qui transige avec le complice, est qualifié de *lenocinium*, D. 30 (29) pr., D. *h. t.* Était qualifié de même le fait d'épouser une femme *adulteri damnatam*, « eadem lege

¹ Voyez Cujas, *ad lib. II Papiniani de Adulteriis* : « Et in ea lege maxime observandum est Ulpianum legem Corneliam de sicariis et veneficis dividere in duas, unam de sicariis scilicet fecerit, alteram de veneficis, quibus locis usui esse possit optime scio legem Juliam de Adulteriis » (Op. édit. Fabrot, t. IV, col. 1377). — La loi qui suit immédiatement celle-là, et qui s'occupe aussi de la confiscation de la dot est tirée du Commentaire de Papinien sur la loi *Julia*.

² Il ne faut pas croire qu'il s'agisse dans cette loi seulement du *ius occidenti* du mari; il est aussi parlé d'une véritable peine, « *pœna libertinorum... lege Julia de Adulteriis coercendis ad tuenda matrimonia.* »

ex causa lenocinii punitur, » L. 9, C. 9, 9. Enfin dans le cas de *lenocinium* qui est relevé contre la femme, on déclare que « quasi *adultera* punitur, » L. 34 (33), § 2, D. *h. t.* Cependant on peut se demander si dans ce cas la confiscation de la dot était prononcée; il est permis d'en douter, car la condamnation n'empêche pas alors que la femme reste mariée ou se remarie. On peut aussi soulever la même difficulté à propos des femmes qui étaient frappées pour avoir favorisé l'adultère chez autrui : la loi, pour ce chef, ne visait directement que les hommes, car les jurisconsultes éprouvent le besoin de déclarer qu'il s'applique aussi aux femmes, L. 41 (40), § 1, D. *h. t.* Il eût été logique de ne leur infliger alors que la relégation et la confiscation de la moitié des biens, sans toucher à leur dot.

CHAPITRE III.

LA PROCÉDURE D'APRÈS LA LOI JULIA.

§ 1.

L'accusation.

Avant la loi *Julia*, peu de personnes pouvaient poursuivre la répression de l'adultère. Le mari et le père seuls pouvaient faire comparaître la femme devant le tribunal domestique; et seuls les magistrats accusateurs avaient le droit de la traduire devant l'assemblée du peuple. L'action *de moribus* n'appartenait qu'aux époux, dans l'origine seulement au mari. De même l'*adulter* ne pouvait être poursuivi que par le magistrat, ou frappé par le mari s'il y avait flagrant délit. Pour prendre en main cette cause du foyer conjugal il fallait être un des chefs de la famille ou l'un des chefs de la nation.

Mais la loi *Julia* faisait de l'adultère un *crimen publicum*, relevant d'une *quæstio perpetua*. Or, dans ce système pénal, la procédure était pleinement accusatoire. Il ne pouvait y avoir de condamnation sans accusateur¹; mais en principe, tout citoyen pouvait accuser, L. 43, § 10, D. 23, 2; L. 30, § 1, D. 48, 10; L. 30, C. 9, 9; *Inst.*, 4, 18, 1. Étaient seulement privées de ce droit, en vertu d'une loi ou de la coutume, certaines classes de personnes

¹ Cicéron: *Pro Roscio Amer.* 20, 56; Tacite: *Ann.* XV, 69; *Act. Apost.* xxv, 16.

suspectes¹. C'est du reste un procédé familial aux Romains que de remettre au peuple entier le soin de veiller à l'intérêt commun au lieu d'en faire la mission d'un fonctionnaire spécial. C'est l'idée qui sert de fondement aux actions *populares* et au *crimen suspecti tutoris*.

Ce principe allait-il être appliqué au délit d'adultère? Cela était impossible. Sans doute on ne voulait point conserver au mari et au père l'espèce de magistrature qu'ils exerçaient autrefois; il fallait soumettre le mariage à une surveillance effective; mais on ne pouvait point ouvrir toute grande la porte de la maison conjugale, et permettre au premier venu d'en arracher la femme pour la traîner au tribunal, elle et son complice. Ce ne sont point cependant les accusations mal fondées qu'on redoutait surtout, l'accusateur téméraire s'expose à une peine, et bientôt du reste les accusateurs feront défaut. Mais si la faute n'est pas évidente, et que le mari se taise sans être complice, peut-on donner aux étrangers le droit d'obruiter le scandale? Si la faute est indéniable, ne faut-il pas laisser aux principaux intéressés, pendant un certain temps du moins, un droit exclusif de poursuite? C'est ce qu'on pensa. Entre des idées opposées une transaction s'établit; et en matière d'adultère, le principe d'accusation publique subit chez les Romains un échec inévitable; de même que chez nous c'est là un des cas où le principe de l'indépendance du ministère public a dû céder.

Examinons les règles de l'accusation d'abord quant à la femme, puis quant à l'*adulter*.

I. *Accusation de l'adultera*. — Tant que dure le mariage la femme ne peut être accusée par personne, ni par son mari, ni par un étranger.

Pour pouvoir accuser sa femme d'adultère le mari doit

¹ Ces incapacités, dont la plupart étaient prévues par la loi *Julia judiciorum publicorum*, sont énumérées dans les lois 8, 9, 10, 12, D. XLVIII, 2. Voyez aussi L. 6, § 2, L. 37, D. h. t. Cf. Rudorff, *op. cit.*, t. II, § 127; Geib., *op. cit.*, p. 254, asv; 515, ssv.

avant tout la répudier. L. 11, C. 9, 9; L. 11, § 2, D. 24, 2¹. Cela se conçoit dans une société pour laquelle le mariage est l'un des contrats les plus facilement résolubles. La répudiation dans un pareil cas était déjà commandée par les mœurs; et les lois d'Auguste ont pour tendance d'imposer les devoirs de famille. Du reste la loi *Julia* condamnerait quiconque épouserait la femme condamnée; n'est-il pas logique que le mari, qui va provoquer cette sentence, chasse d'abord la coupable de son foyer.

Tant que dure le mariage, la femme ne peut pas non plus être accusée par les étrangers. L. 12 (11), § 10; L. 27 (26) pr., D. *h. t.*; les jurisconsultes donnent bien le motif exact de cette exception aux règles générales²: il ne faut pas troubler la paix des ménages. Ces principes sont applicables, pensons-nous, quelle que soit l'espèce de mariage qui unit les conjoints.

Mais alors, pour assurer l'impunité à la femme, il suffira d'un mari complaisant, et nous savons que le législateur a des idées précises sur les complaisances des maris. Non; si le mari se trouve dans un des cas de *lenocinium* prévus par la loi, tout citoyen pourra le poursuivre, et s'il le fait condamner, bien que le mariage subsiste, rien ne l'empêchera plus d'accuser la femme, L. 27 (26) pr., D. *h. t.*

Lorsque le mariage sera dissous, comment les choses vont-elles se passer? La dissolution peut avoir lieu par le divorce ou par la mort. Examinons les deux hypothèses, en observant que la mort du mari est seule à considérer pour le moment, puisqu'il s'agit d'accuser la femme.

¹ Dans ce dernier texte l'accusation en adultère vaut divorce, parce qu'il s'agit d'un patron qui, ayant épousé son affranchie, peut la répudier sans solennité aucune.

² « Constante matrimonio ab eo qui extra maritum ad accusationem admittitur, accusari mulier adulterii non potest; probatam enim a marito uxorem et quiescens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare. » L. 27 (26), pr., D. *h. t.*

Le mari répudie l'épouse coupable. Dès lors l'accusation est possible; le législateur la désire; mais il désire en même temps qu'elle soit intentée par un de ceux qui ont l'autorité dans la famille, et qui, plus énergiquement que tout autre, avec moins de scandale, sauront obtenir la répression. Pendant soixante jours, à compter du divorce, le mari et le père pourront seuls accuser; ce n'est qu'à l'expiration de ce délai que les étrangers seront admis, L. 4, § 1; L. 15 (14), § 2; L. 12 (11), § 6; L. 16 (15), § 5; L. 31 (30), § 1, D. *h. t.*; L. 6, C. 9, 9. C'est là l'accusation *jure mariti aut patris*; et ce *privilegium* est, comme nous le verrons, un dernier vestige des juridictions familiales. Les avantages qu'il procure ne consistent point du reste uniquement dans ce droit de prévention.

Dans cette accusation privilégiée, on ne peut pas opposer au mari les incapacités, dérivant de la loi *Julia* ou des lois générales, qui feraient écarter un étranger. Par exemple, un *extraneus* qui serait *filiusfamilias*, ou mineur de vingt-cinq ans, ou noté d'infamie, ou qui soutiendrait, comme accusateur, deux procès criminels encore en suspens, ne pourrait pas intenter le *crimen adulterii*: aucun de ces obstacles n'arrêtera celui qui agit *jure mariti*. L. 6, §§ 2, 3; L. 16 (15), § 6; L. 38 (37), D. *h. t.*; Coll. *h. t.*, c. 4, § 1¹. Il en était probablement de même pour l'accusation *jure patris*.

La loi faisait aussi une situation particulière au père et au mari quant à la *calumnia*.

Dans l'accusation ouverte à tous, il y avait un grand danger; c'était exposer l'honneur des citoyens à toutes les entreprises des malveillants. Le remède à ce mal fut de punir ceux qui accusaient faussement, les *calumniatores*. Ce fut là l'objet d'une loi *Remmia* dont il est parlé

¹ Une seule prohibition subsistera contre le mari; c'est celle qui défend au citoyen, qui occupe une haute magistrature, d'accuser tant qu'il est en charge. L. 16 (15) pr., D. *h. t.* C'est qu'il y a là un motif d'ordre public; on craint une influence trop grande sur les jurés.

plusieurs fois au Digeste et dont on ignore la date, L. 1, § 2, D. 48, 16; L. 13, D. 22, 5¹. Il est vraisemblable qu'à l'origine la peine était cruelle, et qu'elle consistait à imprimer avec un fer rouge la lettre K au front du *calumniator*²; mais cette peine dut disparaître de bonne heure; les expressions empruntées à Cicéron et aux sources postérieures, qui s'y réfèrent encore, sont prises très probablement dans un sens métaphorique. Nos textes indiquent l'infamie comme la peine de la *calumnia*. L. 14, D. 48, 1²; L. 1, L. 4, § 4, D. 3, 2; L. 6, C. 9, 9⁴. — Quoi qu'il en soit, la loi *Julia* décidait, croyons-nous, que celui qui accusait *jure mariti* ou *jure patris* ne pouvait être condamné comme *calumniator*, Collat. *h. t.*, c. 4, § 1; L. 37, § 1, D. 4, 4. Cela se conçoit très bien: hier, pour la femme du moins, le mari et le père étaient des juges; on ne peut aujourd'hui les traiter comme des accusateurs ordinaires⁵. Ce point cependant fait l'objet d'une vive controverse. Si nous avons cité des textes qui appuient notre dire, il en est d'autres qui parlent en sens contraire d'une façon très précise, L. 15 (14), § 3; L. 31 (30) pr., D. *h. t.* Comment résoudre cette antinomie? L'opinion généralement admise consiste à dire qu'on sera beaucoup plus difficile pour admettre la *calumnia* dans l'accusation *jure patris* ou *mariti* que dans l'accusation *jure extranei*⁶. Mais

¹ Ce qui est certain, c'est qu'elle était en vigueur au temps de Cicéron: *Pro Sez. Rosc. Amer.*, 19, 55.

² Cic.: *Pro Rosc. Am.*, 20, 57: « Litteram illam cui vos usque eo inimici estis ut etiam kalendas omnes oderitis.... vehementer ad caput inligunt; » Cf. Pline: *Pan. Traj.*, 36. L. 13, D. xxii, 5, « homo integræ frontis. » Voy. Rudorff, *op. cit.*, t. II, § 138; Geib., *op. cit.*, p. 291, ssv.

³ « Præses patrem calumniam intulisse pronuntiaverat; inter infames patrem defunctæ non habendum respondi. »

⁴ Plus tard, sous le système des *cognitiones extraordinariæ*, le *calumniator* dut subir le talion, c'est-à-dire la peine même qu'il avait demandée pour l'accusé. L. 10, C. ix, 46.

⁵ Ce privilège semble avoir appartenu au père toutes les fois qu'il accusait ses enfants. L. 14, D. xlviii, 1.

⁶ Matthæus, *op. cit.*, p. 324-5; Geib., *op. cit.*, p. 586; Rein., *op. cit.*, p. 849, à la note.

c'est là une conciliation qui n'en est pas une; nous proposons l'hypothèse suivante¹.

Il y a eu, pensons-nous, deux doctrines successives en matière de *calumnia*. A l'origine, il suffisait que l'accusation n'eût pas réussi pour que l'accusateur pût être condamné comme *calumniator*. C'était là une théorie conforme à l'esprit du droit ancien qui évite la recherche des intentions, mais elle était bien dangereuse, surtout avec le jury. Aussi en vint-on à déclarer que celui-là seul pouvait encourir les peines de la calomnie, qui était de mauvaise foi, une simple faute ne suffisant pas pour cela: telle est bien la doctrine qu'attestent de la façon la plus nette certains passages du Digeste et du Code, L. 1, § 3, D. 48, 16; L. 3, C. 9, 46. Mais l'autre opinion a laissé des traces dans certains textes: voy. L. 22, D. 34, 9; L. 2, C. 9, 46². Le soin même que les jurisconsultes apportent à établir que la faute ne suffit pas, montre qu'il exista une théorie contraire et plus ancienne, Paul, *Sent.*, I, 5, 1; L. 233, D. 50, 16; L. 1, §§ 3 et 5, D. 48, 16. Sous l'empire de cette ancienne doctrine, il était absolument juste d'écarter toute action en *calumnia*, lorsqu'il s'agissait du père et du mari accusateurs: c'est ce qu'avait fait la loi *Julia*. Avec l'opinion nouvelle, qui ne punit le *calumniator* que lorsqu'il y a dol évident, cette exemption n'avait plus sa raison d'être, et on entendit la loi

¹ On serait tenté de dire que la *calumnia* serait inadmissible lorsque le mari ou le père accusent la femme, et possible au contraire lorsqu'ils poursuivent l'adultère. Cela serait bien logique. Mais les textes ne distinguent point. Collat. *h. t.*, c. 4, § 1; L. 15 (14), § 3, D. *h. t.*

² Dans la première de ces lois il s'agit d'un tuteur qui a intenté une accusation de faux dans le seul intérêt de son pupille. « Cogente forte matre pupilli vel libertis patris instantibus; » s'il échoue, il n'est pas un juge, dit le jurisconsulte, qui le noterait d'infamie pour *calumnia*. Si le dol a toujours été exigé, cette décision est difficilement compréhensible. La loi 2, C. ix, 46, est ainsi conçue: « Mater inter eas personas est quæ sine calumniæ timore necem filii sui vindicare possunt... sed extraneus heres; qui suspicionem, quam de morte sua habuisse defunctas cavet, exequitur, hoc nomine a calumnia excusatus est. » Cela nous semble probant.

plusieurs fois au Digeste et dont on ignore la date, L. 1, § 2, D. 48, 16; L. 13, D. 22, 5¹. Il est vraisemblable qu'à l'origine la peine était cruelle, et qu'elle consistait à imprimer avec un fer rouge la lettre K au front du *calumniator*²; mais cette peine dut disparaître de bonne heure; les expressions empruntées à Cicéron et aux sources postérieures, qui s'y réfèrent encore, sont prises très probablement dans un sens métaphorique. Nos textes indiquent l'infamie comme la peine de la *calumnia*. L. 14, D. 48, 1²; L. 1, L. 4, § 4, D. 3, 2; L. 6, C. 9, 9⁴. — Quoi qu'il en soit, la loi *Julia* décidait, croyons-nous, que celui qui accusait *jure mariti* ou *jure patris* ne pouvait être condamné comme *calumniator*, Collat. *h. t.*, c. 4, § 1; L. 37, § 1, D. 4, 4. Cela se conçoit très bien: hier, pour la femme du moins, le mari et le père étaient des juges; on ne peut aujourd'hui les traiter comme des accusateurs ordinaires⁵. Ce point cependant fait l'objet d'une vive controverse. Si nous avons cité des textes qui appuient notre dire, il en est d'autres qui parlent en sens contraire d'une façon très précise, L. 15 (14), § 3; L. 31 (30) pr., D. *h. t.* Comment résoudre cette antinomie? L'opinion généralement admise consiste à dire qu'on sera beaucoup plus difficile pour admettre la *calumnia* dans l'accusation *jure patris* ou *mariti* que dans l'accusation *jure extranei*⁶. Mais

¹ Ce qui est certain, c'est qu'elle était en vigueur au temps de Cicéron: *Pro Sez. Rosc. Amer.*, 19, 55.

² Cic.: *Pro Rosc. Am.*, 20, 57: « Litteram illam cui vos usque eo inimici estis ut etiam kalendas omnes oderitis.... vehementer ad caput inlligunt; » Cf. Pline: *Pan. Traj.*, 36. L. 13, D. xxii, 5, « homo integræ frontis. » Voy. Rudorff, *op. cit.*, t. II, § 138; Geib., *op. cit.*, p. 291, ssv.

³ « Præses patrem calumniam intulisse pronuntiaverat; inter infames patrem defunctæ non habendum respondi. »

⁴ Plus tard, sous le système des *cognitiones extraordinariæ*, le *calumniator* dut subir le talion, c'est-à-dire la peine même qu'il avait demandée pour l'accusé. L. 10, C. ix, 46.

⁵ Ce privilège semble avoir appartenu au père toutes les fois qu'il accusait ses enfants. L. 14, D. xlviii, 1.

⁶ Matthæus, *op. cit.*, p. 324-5; Geib., *op. cit.*, p. 586; Rein., *op. cit.*, p. 849, à la note.

c'est là une conciliation qui n'en est pas une; nous proposons l'hypothèse suivante¹.

Il y a eu, pensons-nous, deux doctrines successives en matière de *calumnia*. A l'origine, il suffisait que l'accusation n'eût pas réussi pour que l'accusateur pût être condamné comme *calumniator*. C'était là une théorie conforme à l'esprit du droit ancien qui évite la recherche des intentions, mais elle était bien dangereuse, surtout avec le jury. Aussi en vint-on à déclarer que celui-là seul pouvait encourir les peines de la calomnie, qui était de mauvaise foi, une simple faute ne suffisant pas pour cela: telle est bien la doctrine qu'attestent de la façon la plus nette certains passages du Digeste et du Code, L. 1, § 3, D. 48, 16; L. 3, C. 9, 46. Mais l'autre opinion a laissé des traces dans certains textes: voy. L. 22, D. 34, 9; L. 2, C. 9, 46². Le soin même que les jurisconsultes apportent à établir que la faute ne suffit pas, montre qu'il exista une théorie contraire et plus ancienne, Paul, *Sent.*, I, 5, 1; L. 233, D. 50, 16; L. 1, §§ 3 et 5, D. 48, 16. Sous l'empire de cette ancienne doctrine, il était absolument juste d'écarter toute action en *calumnia*, lorsqu'il s'agissait du père et du mari accusateurs: c'est ce qu'avait fait la loi *Julia*. Avec l'opinion nouvelle, qui ne punit le *calumniator* que lorsqu'il y a dol évident, cette exemption n'avait plus sa raison d'être, et on entendit la loi

¹ On serait tenté de dire que la *calumnia* serait inadmissible lorsque le mari ou le père accusent la femme, et possible au contraire lorsqu'ils poursuivent l'adultère. Cela serait bien logique. Mais les textes ne distinguent point. Collat. *h. t.*, c. 4, § 1; L. 15 (14), § 3, D. *h. t.*

² Dans la première de ces lois il s'agit d'un tuteur qui a intenté une accusation de faux dans le seul intérêt de son pupille. « Cogente forte matre pupilli vel libertis patris instantibus; » s'il échoue, il n'est pas un juge, dit le jurisconsulte, qui le noterait d'infamie pour *calumnia*. Si le dol a toujours été exigé, cette décision est difficilement compréhensible. La loi 2, C. ix, 46, est ainsi conçue: « Mater inter eas personas est quæ sine calumniæ timore necem filii sui vindicare possunt... sed extraneus heres; qui suspicionem, quam de morte sua habuisse defunctas cavet, exequitur, hoc nomine a calumnia excusatus est. » Cela nous semble probant.

en ce sens, qu'elle avait seulement voulu dire, ce qui était devenu le droit commun, qu'on ne pourrait point condamner le père et le mari pour une simple faute¹.

Probablement le père et le mari échappaient aussi aux peines édictées par le *senatus-consultum Turpillianum* contre les *tergiversatores*, c'est-à-dire ceux qui abandonnaient une accusation après l'avoir intentée². Un texte, en effet, déclare que le sénatus-consulte n'atteint point tous ceux qui ne pourraient pas être poursuivis pour *calumnia*, L. 15, § 2, D. 48, 16. Il est vrai qu'un rescrit indique le contraire. L. 16, C. 9, 9 : « Erras tu, marite, existimans etiam si simpliciter, id est sine abolitione destitisses, senatus-consulto in personâ tua locum non fuisse, diversum enim Divi Principes sæpe sanxerunt. » Il dut encore sur ce point s'opérer un changement dans la doctrine³.

Enfin, pour terminer l'énumération des avantages attachés à l'accusation *jure mariti aut patris*, disons dès maintenant qu'elle leur donnait le privilège exclusif de soumettre à la torture les propres esclaves de la femme ou de l'*adulter* pour les faire parler contre eux. C'est un point sur lequel nous reviendrons.

Mais tout père, tout mari, jouissaient-ils de ces privilèges ? Pour le père, si nous en croyons un texte, celui-là seul en aurait joui qui avait la *potestas* sur sa fille, L. 15 (14), § 2, D. *h. t.* Cela était logique, car les textes établissent une corrélation entre ce droit d'accusation privilégiée et le *jus occidendi*, L. 25 (24), § 3, D. *h. t.* Ce-

¹ Plus tard le mari fut peut-être puni plus sévèrement que tout autre, et soumis aux peines de la *calumnia*, par cela même, qu'ayant accusé sa femme, il n'avait pas pu la faire condamner. Nov. 117, C. ix, § 4.

² Il y avait dans cette retraite quelque chose de très grave, car, dans cette procédure accusatoire, le procès tombait par là même. Le sénatus-consulte ne permettait d'abandonner l'accusation que moyennant une décision de la juridiction saisie, *abolitio privata*. L. 3, § 3, D. xlvii, 15; L. 1, C. ix, 42.

³ La théorie première s'expliquait ainsi : on peut permettre à ces personnes de renoncer à l'accusation sans *abolitio* préalable; ne craignant pas la *calumnia* elles arriveraient au même résultat, en menant l'accusation jusqu'au bout, mais de façon à laisser intervenir un acquittement.

pendant il s'était formé une autre opinion distinguant entre le *jus occidendi*, qui paraissait odieux, et le droit d'accusation *jure patris* qui paraissait favorable; en cas d'émancipation de la fille, on maintenait ce dernier seulement. *Collat., h. t.*, c. 7.

Quant au mari il faut séparer deux choses : s'il s'agit de ce droit particulier d'après lequel tant qu'il n'a pas répudié sa femme, aucun étranger, pas même le père, ne peut l'accuser, il faut, croyons-nous, le lui reconnaître dans toute espèce d'union; s'agit-il au contraire du droit d'accusation exclusive et privilégiée dans les soixante jours après le divorce, celui-là seul le possède qui est uni en justes noces. La loi *Julia* en principe ne se référait qu'à de tels mariages; si on appliquait pour d'autres unions les peines qu'elle prononçait, on ne pouvait étendre par interprétation un droit aussi exorbitant que l'accusation *jure mariti*. Nous voyons ainsi ce droit refusé au mari : lorsqu'il s'agit d'un mariage de droit des gens, *Coll., h. t.*, c. 5, § 1; L. 14 (13), § 1, D. *h. t.*; d'une femme épousée contrairement aux *leges novæ*, L. 14 (13) § 4; L. 25 (24), § 3, D. *h. t.*; ou d'une concubine qui n'a point perdu la dignité de *matrona*, L. 15 (14) pr., D. *h. t.*¹. Dans tous ces cas, dès que le divorce a eu lieu, tout citoyen peut intenter l'accusation; le mari ne viendra qu'avec les étrangers et au même titre, *jure extranei venit*. Alors aussi l'accusation *jure patris* n'existe pas; elle n'apparaît, en effet, dans les textes que comme une dépendance et un complément de l'accusation *jure mariti*.

Lorsque l'époux ne peut pas accuser *jure mariti*, il ne peut pas non plus tuer impunément l'*adulter* surpris en flagrant délit, quelle que soit sa condition : ici encore les textes établissent une union intime entre les deux privilèges;

¹ Il y a encore d'autres hypothèses : on admit plus tard que l'infidélité de la fiancée était punissable, comme celle de l'épouse; mais alors pas d'accusation *jure mariti*. *Coll., h. t.*, c. 6, de même dans des cas où le mariage, nul en droit, a existé de fait. L. 14 (13), §§ 4, 6, 8, D. *h. t.*

ce sont deux démembrements de la vieille autorité domestique, L. 25 (24), § 3, D. *h. t.*

Lorsque le mari venait *jure extranei*, la jurisprudence lui avait pourtant conservé quelques avantages; on ne lui opposait point les incapacités qui eussent fait écarter un étranger, *Coll., h. t.*, c. 4, § 2, c. 3; L. 16 (15), § 6, D. *h. t.*; et pendant les deux premiers mois à partir du divorce il pouvait agir sans craindre la *columnia*, *Coll., h. t.*, c. 4, § 1.

Le droit d'accusation *jure mariti aut patris* dure, nous l'avons dit, seulement pendant soixante jours à partir du divorce. Mais est-ce là un *tempus continuum*, ou s'agit-il de jours utiles? Les textes indiquent à l'envi que ce sont des jours utiles; on ne compte que ceux où l'on a pu accomplir les actes nécessaires pour intenter l'accusation, L. 4, § 1; L. 12 (11), § 6; L. 16 (15), pr. D. *h. t.*; L. 6, L. 21, C. 9, 9. Cependant cela ne paraît pas avoir été dans l'intention du rédacteur de la loi *Julia*: il voulait parler, croyons-nous, de jours continus; et la disposition a bien été ainsi interprétée par certains jurisconsultes. C'est encore ici une théorie plus récente qui les a transformés en jours utiles. Nous verrons, en effet, que, pour assurer la *quæstio servorum*, la loi défendait à la femme et à certains de ses parents d'affranchir leurs esclaves dans les soixante jours à partir du divorce, c'est-à-dire pendant le délai ouvert pour l'accusation *jure mariti* ou *patris*, qui seule admettait cette torture: « *Intra sexagesimum diem divortii*, » L. 12 pr., § 1; L. 13, L. 14, §§ 3, 7, D. 40, 9. Les deux délais sans aucun doute se couvraient exactement: or certainement, lorsqu'il s'agit de la prohibition d'affranchir, les soixante jours étaient un *tempus continuum*. Non-seulement les textes cités sont précis, mais on conçoit qu'on ne pouvait pas imposer aux *manumissores* l'obligation de calculer les jours utiles pour l'accusation¹: ce délai est du reste qualifié par un

¹ On tient compte non-seulement des obstacles de droit, mais aussi des obstacles de fait. L. 12 (11), § 5, D. *h. t.*

texte de « *tempus angustissimum*, » L. 13 (12), § 6, D. 40, 9. On trouve effectivement des traces du même mode de calcul lorsqu'il s'agit de l'accusation *jure mariti*: « *Intra dies sexaginta divortii*, » L. 15 (14), § 2, D. *h. t.*; « *Sexaginta dies numerantur: in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est*, » L. 34 (30), § 1, D. *h. t.* Cette dernière loi est incompréhensible si elle parle de jours utiles; elle se conçoit au contraire si elle parle d'un délai continu; la solution opposée eût été exacte si l'on avait compté le *dies a quo*¹.

Mais plus tard on s'écarta de cette idée, comme le prouve l'ensemble de nos textes; on voulait faciliter l'accusation. Ce qui favorisa probablement la nouvelle interprétation, c'est que les quatre mois ouverts pour accuser à tout citoyen « après les soixante jours réservés au mari et au père » furent dès l'abord considérés comme un *tempus utile*, L. 4, § 1; L. 12 (11), § 5, D. *h. t.* On arriva à donner le même caractère au premier délai, si bien qu'on les additionne souvent tous les deux, ce qui donne un total de six mois utiles, L. 30 (29), § 5, D. *h. t.*

Y avait-il une concurrence absolue pendant les soixante jours entre le mari et le père, celui qui se présentait le premier étant préféré? Non, le mari primait le père: si tous les deux se présentent à la fois, c'est le mari qui sera choisi, L. 2, § 8, D. *h. t.*; survient-il même lorsque le père de la femme a déjà formé son accusation, si son retard ne lui est pas imputable, il sera encore préféré, à moins qu'il ne soit suspect, L. 3, D. *h. t.* Si un obstacle juridique absolu l'empêche d'agir, le père ne pourra point non plus accuser, et jusqu'à ce que l'obstacle disparaisse le délai ne court point, L. 16 (15) pr., D. *h. t.*

Le père peut se joindre comme *subscriber* à l'accusation formée par le mari; mais s'il s'abstient, le délai quant à lui cesse de courir; il conserve alors son droit personnel

¹ Cf. Savigny: *Syst.*, t. IV, p. 400 (Édit. allemande).

d'accusation. Il pouvait lui être utile, car les Romains n'admettaient point d'une façon générale et absolue la règle *non bis in idem*.

Lorsque les soixante jours se sont écoulés sans que le mari et le père aient cherché à venger l'honneur du foyer, le principe des *judicia publica* reprend le dessus; l'accusation est ouverte à tous, L. 4, § 1; L. 42 (41), § 6; L. 15 (14), § 2; L. 30 (29), § 5, D. *h. t.*¹. Seulement la loi *Julia* avait édicté certaines incapacités spéciales, qui s'ajoutaient aux causes d'exclusion ordinaires. Elle n'admettait pas que le mineur de vingt-cinq ans pût accuser, L. 16 (15), § 6, D. *h. t.* C'eût été là, en effet, un censeur bien jeune, et il eût été permis de soupçonner quelque dépit amoureux. Le fils de famille ne pouvait point non plus former une semblable accusation sans l'autorisation du père, L. 6, § 2; L. 38 (37), D. *h. t.*².

Plusieurs accusateurs peuvent se présenter à la fois; et pourtant c'est un principe de la procédure des *judicia publica*, qu'il ne peut y avoir qu'un seul accusateur, L. 16, D. 48, 2. Cf. Tacite, *Ann.*, II, 30. Il y a lieu alors à un débat préliminaire qui porte le nom de *divinatio*³. Notre loi déclarait que le magistrat présidant la *quæstio* devrait choisir l'accusateur, L. 2, § 9, D. *h. t.*⁴.

Les *extranei* ont quatre mois *utiles* pour accuser, L. 4, § 1; L. 42 (41), § 6, D. *h. t.* Passé ce délai aucune accusation n'est possible contre la femme; il en résulte donc qu'au bout de six mois après le divorce toute action contre elle est éteinte: « Accusationem is intulit, qui præscriptione summo veri poterat, ut quilibet adulterii... feminae

¹ En principe, les *extranei* ne sont admis que lorsque les soixante jours sont écoulés; cependant si le mari et le père déclarent qu'ils n'agiront pas, on peut dès maintenant les admettre.

² On peut considérer cette prohibition comme particulière à la loi *Julia*, le *filiusfamilias*, en général, pouvait accuser. L. 5, § 5, D. xxxiv, 9.

³ Voy. Cicéron: *Divinatio in Q. Cæciliam*.

⁴ Si le mari, qui a négligé d'user de son droit privilégié, se présente alors en concours avec des étrangers, on lui donne la préférence. L. 4, § 2, D. *h. t.*

post sex menses utiles ex die divortii, » L. 1, § 10, D. 48, 16. C'est là un des premiers cas de prescription de l'action pénale connus des Romains. A l'origine les actions criminelles étaient perpétuelles, comme les vieilles actions de droit civil¹; notre loi fut une des premières qui introduisit la prescription. Il était naturel de l'introduire en matière d'adultère: c'est là surtout qu'il faut favoriser l'oubli et ne pas réveiller les anciennes querelles. Cependant on peut s'étonner de la brièveté de la prescription qu'invoquera la femme répudiée, alors surtout que son complice ne pourra invoquer qu'une prescription de cinq ans. Pourquoi cette différence²? En voici, suivant nous, le motif. Les lois d'Auguste favorisent les mariages. Sans doute la femme condamnée pour adultère ne pourra pas se remarier, mais celle-là seulement: toutes les autres femmes divorcées doivent contracter une nouvelle union. Il faut donc qu'on sache promptement à quoi s'en tenir: si la femme est adultère, qu'on la fasse vite condamner; sinon qu'elle puisse suivre la loi commune. Pour l'*adulter*, les mêmes raisons n'existent pas; il pourra se remarier alors même qu'il serait condamné. Nous verrons que la même idée introduisit encore un autre privilège en faveur de la femme. Du reste, on faisait aussi profiter celle-ci de la prescription de cinq ans lorsqu'elle pouvait lui être avan-

¹ V. Cicéron: *Pro Rabirio*, 9. Ce n'est que plus tard qu'on étendit à toutes les accusations, qui n'étaient point régies à cet égard par des règles spéciales, la prescription de vingt ans, qui semble avoir été le point de départ de toutes les prescriptions extinctives, L. 42, C. 9, 22. Cf. Suétone, *Tib.* 49: « Post vicesimum annum veneni olim in se comparati arguebat. »

² M. Rudorff, *op. cit.*, t. 1, § 36, ne reconnaît point cette diversité: il a un système singulier d'après lequel, après les soixante jours privilégiés et les quatre mois ouverts aux étrangers, l'accusation serait encore possible contre la femme tant qu'il ne se serait pas écoulé cinq ans *a die commissi criminis*; seulement, une fois que les premiers délais seraient écoulés et alors seulement le mineur de vingt-cinq ans, l'infâme, l'affranchi, qui n'a pas 30,000 sesterces ou un fils, ne pourraient plus accuser. Cette opinion est contredite par les textes les plus formels. Le passage de la *Collatio*, *h. t.* C. 4, § 2, qu'invoque M. Rudorff, ne s'applique qu'au mari, qui vient *jure extranei inter quatuor menses*.

tageuse. Supposons que depuis le divorce il ne soit pas écoulé six mois, mais qu'il y ait cinq ans depuis que le délit a été commis, l'action sera prescrite, L. 30 (29), § 5, D. *h. t.*

Voilà bien des accusateurs qui peuvent être lancés contre la femme. Si elle a été poursuivie par l'un d'entre eux et acquittée, sera-t-elle sûre au moins de n'avoir plus rien à craindre des autres? Non; les Romains n'ont point admis d'une façon absolue la règle que nous exprimons par la maxime latine : *Non bis in idem*. Il semble (et le système accusatoire conduisait là, puisqu'il ne présente qu'un débat entre deux particuliers) que la chose jugée, au criminel comme au civil, ne s'imposait à l'origine qu'autant qu'il y avait identité de parties. En cas d'acquiescement le même accusateur ne pouvait point renouveler la même accusation, mais un autre le pouvait, L. 7, § 2, D. 48, 2 : « *Utrum ab eodem an nec ab alio accusari possit videndum est... quoniam res inter alios judicatae alii non præjudicant* ¹. » Mais il y avait là quelque chose d'exorbitant : aussi on en arriva à admettre que le jugement rendu au criminel aurait force de chose jugée vis-à-vis de tout le monde, L. 3, § 13, D. 43, 29; L. 7, § 2, D. 48, 2². Alors comme de nos jours le principal argument fut une idée d'équité et d'ordre public, mais à Rome il subsista toujours quelque chose de l'ancienne théorie. On admit un second accusateur même après une absolution, lorsqu'il y avait eu *prævaricatio*, c'est-à-dire collusion entre l'accusateur et l'accusé (Voy. les textes cités ci-dessus, et L. 32 (31), D. *h. t.*); on l'admettait encore lorsqu'il s'agissait d'une partie intéressée, qui avait été prévenue par un étranger au moment où elle rassemblait ses preuves, L. 7,

2, D. 48, 2. Plusieurs textes font à notre matière l'application de ce principe, lorsqu'il s'agit du père ou du mari qui se sont laissé devancer, L. 4 pr. et § 2, D. *h. t.*

¹ Cf. Quintilien, *Inst. orat.*, VII, 6, 14. *Declamatio*, 266.

² Voyez le même principe appliqué aux *actiones populares*. L. 30, § 3, D. XII, 2.

Jusqu'ici nous avons étudié la mise en accusation de la femme lorsque le mariage est dissous par le divorce. Lorsqu'il est dissous par la mort du mari la situation est bien différente; le principal intéressé, l'offensé, n'existe plus. Aussi d'un côté on laissera facilement arriver tout citoyen à l'accusation, mais plus que jamais on tendra à restreindre la poursuite dans un court espace de temps.

Lorsque le mari est mort tout le monde peut intenter contre la femme le *crimen adulterii* : pas de privilège. Le droit d'accusation *jure patris* disparaît; L. 23 (22), § 1, D. *h. t.* « *in accusationem viduæ filiæ non habet pater jus præcipuum*, » Cf. L. 12 (11), § 8, D. *h. t.* Cela est logique; l'accusation *jure patris* n'est, nous l'avons dit¹, que l'accessoire de l'accusation *jure mariti*. Donc, pendant les six mois accordés pour accuser la femme, tous ceux qui ne sont pas incapables peuvent se présenter. Mais à partir de quel moment commencent à courir ces six mois? A partir de la mort du mari, puisque ce n'est qu'alors qu'on a pu agir. Cependant, un rescrit paraît avoir admis qu'il fallait les compter à partir du jour où l'adultère a été commis, L. 30 (29), § 5, D. *h. t.*². Il y avait là une décision de faveur. Si le mari avait laissé passer six mois sans divorcer, fallait-il après sa mort remuer ce passé trouble? Il y a déjà je ne sais quelle idée de pardon.

II. *Accusation de l'adulter*. — Dans ces longues explications sur l'accusation, nous n'avons parlé que de la femme : les mêmes règles s'appliquaient-elles à son complice?

¹ Ce qui confirme encore ce point, c'est que dans ce cas la femme peut valablement affranchir ses esclaves, ce qui n'a pas lieu lorsque l'accusation privilégiée est possible : « *Sed si morte mariti solutum sit matrimonium, vel aliqua pœna ejus, manumissio non impediatur.* » L. 14, § 3, D. XL, 9. Il en serait autrement si, après avoir répudié sa femme, le mari mourait dans les soixante jours; l'accusation *jure mariti* a alors été ouverte, il y a place pour le *jus patris*. L. 14 pr., D. XL, 9.

² « *Sex mensium hæc fil separatio ut in nupta quidem ex die divortii sex mensis computentur, in vidua vero ex die commissi criminis, quod significari videtur rescripto ad Tertullum et Maximum consules.* »

Supposons le mariage encore existant, l'*adulter* ne peut être accusé ni par le mari ni par un tiers¹, L. 12 (11), § 10, D. *h. t.* : « Non ignorare debuisti, durante eo matrimonio in quo adulterium dicitur esse commissum, non posse mulierem ream adulterii fieri, sed nec adulterum interim accusari posse. » Ce texte est formel ; cependant, c'est là encore un point qui fait difficulté. *Constante matrimonio*, tout le monde admet que le mari ne pouvait point accuser l'*adulter* ; mais les tiers l'auraient pu, selon de hautes autorités². Il y a dans une telle théorie quelque chose d'étrange. Si l'on ne permet à personne d'accuser la femme tant que dure le mariage, c'est pour que le premier venu ne puisse pas troubler la paix des familles ; or, en quoi ce danger sera-t-il évité si, au lieu de la femme, les tiers peuvent poursuivre son complice ? Cette opinion n'aurait jamais été produite s'il n'existait un texte qui semble l'imposer, L. 40 (39), § 1, D. *h. t.* : « Nupta quoque muliere tametsi lenocinii vir *prior* non postuletur, adulterii crimen contra adulterum ab extraneo poterit inferri. » Cela paraît formel ; il n'en est rien. Ce texte vise une hypothèse où le mariage souillé par l'adultère a été rompu par le divorce, et où, avant toute poursuite, la femme s'est remariée ; alors, nous le verrons, elle a une position privilégiée. On ne peut l'accuser qu'après avoir fait condamner son complice ; voilà pourquoi la loi 40 (39), § 1, suppose qu'on poursuit l'*adulter* et non la femme ; mais elle ne dit en aucune façon qu'on puisse l'accuser au cours du mariage³.

Lorsque le divorce est intervenu, y a-t-il pendant soixante jours contre l'*adulter* comme contre la femme un droit

¹ A moins, bien entendu, que le tiers n'ait d'abord fait condamner le mari pour *lenocinium*.

² Voy. Cujas, qui suivait en cela l'opinion d'Accurse : « At adulter etiam constante matrimonio... ab extraneo potest accusari jure publico, etiam si prius maritum non accuset lenocinii. » *Prælectiones in codicem* ; sur la loi 5, C. ix, 9. — Cf. Matthæus, *op. cit.*, p. 324.

³ Ce qui montre bien que le texte vise cette hypothèse, c'est qu'il parle du premier mari, *vir prior* ; dans l'opinion de Cujas, il faudrait qu'il y eût « prius. »

d'accusation privilégié appartenant au mari et au père ? Oui ; cela est certain, au moins en ce qui concerne le mari, L. 6, § 3 ; L. 39 (38), § 9, D. *h. t.* ; L. 6, C. 9, 9. L'opinion contraire a été un instant émise par Cujas dans ses leçons sur le Code ; mais le surlendemain même du jour où il l'avait professée, il la rétractait avec la grande bonne foi du savant véritable¹.

Lorsque le mariage est dissous par la mort du mari, l'accusation publique est immédiatement ouverte contre l'*adulter*. Enfin, si c'est la femme qui précède, rien n'empêche dès lors d'accuser le complice, L. 12 (11), § 4 ; L. 40 (39), § 2 ; L. 45 (44), D. *h. t.* La loi *Julia* est en effet une loi très ingénieuse qui cherche à ménager tous les intérêts, mais que de hautes considérations morales n'ont point inspirée. Chez nous, bien que la loi ne le dise point, la jurisprudence décide que, si la femme est morte sans avoir été condamnée, il est impossible de poursuivre son complice. L'épouse emporte alors dans la tombe une présomption d'innocence invincible. Il y a là un sentiment de respect très élevé, et en ce point, plus que les Romains, nous avons le véritable culte des morts.

L'*adulter* peut invoquer le bénéfice de la prescription ; mais elle ne lui est jamais acquise qu'au bout de cinq ans, *a die commissi criminis* ; et c'est là, bien entendu, un *tempus continuum*, L. 32 (31), L. 30 (29), § 6, D. *h. t.* ; L. 1, § 10, D. 48, 16 ; L. 5, C. 9, 9². Mais la loi lui accorde une protection spéciale. Elle défend de constituer à l'état d'accusé, *recipere inter reos*, tout citoyen absent pour un service public : « *Ne quis inter reos referat eum qui sine detractatione reipublicæ causa aberit*, » L. 16 (15), § 1, D.

¹ « Ergo hæc stet sententia jure mariti vel patris accusari tantum adulteram non adulterum. » *Ad legem*, 6, C. ix, 9. — « Velim vos id notare et retractare quod tentabam nudius tertius jure mariti accusari tantum adulteram non adulterum. » *Ad legem*, 7, *ibid.* (*Opera*, édit. Fabrot, t. IX, col. 1323 et 1325).

² On en distrait cependant le temps pendant lequel un obstacle juridique insurmontable s'opposait à la poursuite. L. 32 (31), L. 4 pr., D. A. 1.

h. t.; c'est là le texte même de la loi. C'était un privilège assez sérieux; car à cette époque, bien que les mœurs condamnaient une telle pratique, il n'était point illégal de recevoir une accusation contre un absent, s'il avait été régulièrement cité devant le préteur¹; et alors, moyennant une citation nouvelle, au jour fixé pour les débats, malgré l'absence de l'accusé, le jugement était rendu².

Nous savons quand et par qui peuvent être accusés les deux coupables; mais ici nous trouvons une disposition singulière: ils ne peuvent point à la fois être accusés par la même personne, l'accusateur qui voudra les atteindre tous les deux devra procéder successivement, L. 5, L. 8, (7), § 1; L. 16 (15), §§ 8, 9; L. 33 (32), § 1; L. 40 (39), § 6, D. *h. t.*; L. 8, C. 9, 9. Les textes sont formels; mais comment expliquer une semblable disposition? Le droit romain n'empêchait point, en général, de comprendre plusieurs coupables dans une même accusation, L. 2, C. 9, 6. Est-ce là une règle protectrice des accusés, qui ne donnerait à l'accusateur qu'une victime à la fois, dans l'espoir qu'un premier procès l'apaiserait? Nous ne le pensons point³: notre loi n'est point une loi de douceur; et du reste l'accusateur, à l'occasion d'un seul et même adultère, pourra très bien poursuivre à la fois deux coupables, pourvu que ce ne soient pas la femme et son complice, par exemple

¹ Cicér. : *Verr.*, II, 29, 38, 39; Geib., *op. cit.*, p. 270, ssv.; 302, ssv.

² Cette disposition qui protège l'*absens reipublicæ causa* était-elle spéciale à la loi *Julia*? On trouve raconté dans *Valère Maxime*, III, 7, 9, un procès dans lequel Antoine aurait pu invoquer la même défense en vertu d'une loi *Remmia* (?): « *Beneficio legis Remmiæ quæ eorum qui reipublicæ causa abessent recipi nomina velabat.* » Il est probable que c'était là une loi spéciale à la poursuite intentée dans ce cas, laquelle avait une certaine analogie avec le *crimen adulterii*; Antoine était « *incesti postulatus.* » Cf. Suétone : *Divus Julius*, 23. *Vide tamen*, L. 12, D. XLVIII, 2.

³ C'était pourtant l'opinion de Cujas, le seul auteur à notre connaissance qui ait cherché l'explication de cette anomalie: « *Cur lex Julia vetuerit duos simul accusari non est hæc ratio ne traducatur par amantium, cum traduci possit a diversis, sed hæc ut cohibeatur nimium studium accusatoris, qui in hac causâ uno reo non est contentus* » (*Opera*, édit. Fabrot, t. IX, col. 1327).

l'*adulter* et celui qui a prêté sa maison, L. 33 (32), § 1, D. *h. t.* Le mari peut aussi accuser à la fois deux amants de sa femme, Paul, *Sent.*, II, 26, 10; et on décidait enfin que l'*adultera* et l'*adulter* pouvaient être poursuivis en même temps, pourvu que ce fût par des accusateurs différents, et par suite dans des instances diverses, L. 18 (17), § 6, D. *h. t.* Nous verrions là une mesure ayant pour but d'assurer la répression. On craignait peut-être que les efforts réunis des deux principaux coupables ne réussissent à attendrir ou à corrompre les juges: si chacun d'eux se trouvait isolé en face de juges différents, leur succès était plus douteux¹.

Mais si l'accusateur ne peut point comprendre dans une même poursuite la femme et son complice, en principe il peut choisir entre eux, L. 16 (15), §§ 8, 9; L. 33 (32), § 1, D. *h. t.* Cependant ce libre choix disparaît dans une hypothèse.

Aussitôt après le *repudium*, ou après la mort du mari, la femme devenue libre s'est remariée. L'accusation procédera-t-elle néanmoins contre elle? Cela est grave; le législateur favorise le mariage. « Il ne faut pas inutilement troubler l'union nouvelle: « *bene concordans sequens matrimonium dirimere,* » L. 12 (11), §§ 11, D. *h. t.* L'accusation ne sera possible contre la femme que lorsqu'une présomption grave en aura démontré le bien fondé; il faudra que l'accusateur s'en prenne d'abord à l'*adulter*, L. 2 pr., L. 5

¹ Notre ancien droit, qui suivait le droit romain en matière d'adultère, en était arrivé, chose curieuse, à remplacer cette règle par la règle diamétralement opposée: on ne pouvait point poursuivre l'un des coupables sans poursuivre l'autre. Ce fut, paraît-il, un arrêt du 31 août 1552 qui s'écarta d'abord des principes romains en permettant au mari une double accusation. « *Cet arrêt habitua les maris à comprendre dans leurs plaintes les deux parties, et cet usage fut si généralement adopté que l'on alla jusqu'à regarder l'omission de cette précaution comme un vice de procédure...* Il semble qu'il faudrait en pareil cas prendre un parti mitoyen entre la rigueur du droit romain, qui ne permet pas la cumulation, et la rigueur du droit français qui l'exige, en laissant sur cela entière liberté aux maris. » Fournel : *Traité de l'adultère*, p. 58. C'est ce parti moyen qu'a adopté le législateur moderne.

pr., L. 18 (17), § 6; L. 40 (39), § 3, D. *h. t.* Il doit d'abord, disait la loi, *adulterum peragere*; et cela voulait dire, on l'interpréta du moins ainsi, non pas seulement l'accuser, mais le faire condamner. L'individu ainsi poursuivi était-il absous, l'*uxor* ne pouvait plus être accusée : « *Si absolutus fuerit, mulier per eum vincet; non potest accusari nec ab alio quidem,* » L. 18 (17), § 6; L. 20 (19), § 3, D. *h. t.* Les jurisconsultes étendent cette faveur aussi loin que possible : ainsi l'absolution de l'*adulter* est-elle obtenue par collusion, la femme n'en est pas moins à l'abri, L. 20 (19), § 3, D. *h. t.* Cela ne va point cependant jusqu'à faire assimiler à cette absolution les hypothèses où l'action est devenue impossible, L. 18 (17), § 7; L. 19 (18); L. 20 (19) pr., § 1, D. *h. t.*¹ Si l'*adulter* poursuivi a été condamné, on pourra accuser la femme, mais il n'y aura contre elle qu'un préjugé moral dans ce jugement; elle n'en pourra pas moins être acquittée, L. 18 (17), § 6, D. *h. t.*

Cette protection subsistait-elle lorsque le mari que choisissait la femme était précisément son complice présumé? Oui, autrement la protection eût été illusoire, « *Alioquin ad hoc vel maxime viri confugient ut dicant cum adultero mulierem nuptias contraxisse,* » L. 12 (11), D. *h. t.*² Mais la loi donnait au premier époux un moyen de remédier à cet inconvénient : il pouvait notifier à la femme, en la répudiant, qu'il comptait l'accuser, et « *ne nuberet.* » Alors si

¹ Ce qu'on protège, c'est uniquement le mariage : « *Neque enim aliam lex tuetur quam eam quæ nupta est, quamdiu nupta erit.* » L. 20 (19), § 3, D. *h. t.* Si la femme divorcée et remariée, devient libre de nouveau avant l'expiration des six mois, on pourra commencer par elle l'accusation. Le mariage que l'adultère contracterait une fois qu'elle est *inter reos recepta* ne produirait aucun effet. L. 20 (19), § 2, D. *h. t.*

² S'il s'agissait, non d'une femme mariée coupable d'adultère, mais d'une fille coupable de *stuprum*, le mariage qu'elle contractait avec son complice lui assurait probablement l'impunité. Martial : *Epig.*, VI, 22 :

« *Quod nubis, Proculina, concubino,
Et moechum modo nunc facis maritum,
Ne lex Julia te notare possit,
Non nubis, Proculina, sed fateris.* » Cf. I, 75.

elle se remariait, malgré cet avertissement, l'accusation, pouvait néanmoins commencer par elle, L. 17 (16); L. 18 (17), § 1, D. *h. t.*¹

Quant aux autres coupables visés par la loi *Julia*, les règles de l'accusation sont faciles à déterminer. Le *lenocinium* du mari peut toujours être poursuivi *durante matrimonio*; quant aux autres délits, les règles sont évidemment les mêmes que pour la mise en accusation de l'*adulter* : et la prescription de cinq ans peut toujours être opposée, D. 30 (29), § 6, D. *h. t.*

Quelles étaient les formes de l'accusation? À l'origine, devant les *questiones perpetuæ*, elles étaient assez simples. L'accusateur venait d'abord devant le préteur qui présidait la *quæstio* et demandait l'autorisation de poursuivre telle personne (*postulatio*); s'il l'obtenait, il citait alors l'adversaire, et par une *interrogatio in jure* il cherchait à lui arracher un aveu, qui probablement alors, comme aujourd'hui encore dans la procédure anglaise, suffisait à lui seul pour que la peine pût être appliquée² : s'il ne l'obtenait pas, il formulait d'une façon précise son accusation. Le préteur en dressait un procès-verbal qu'il lui faisait signer

¹ La dénonciation régulièrement devait être faite devant le juge, mais on admit qu'elle pouvait être aussi transmise par un *procurator* ou un esclave; elle devait contenir le nom du complice, ou au moins la cause qui légitimait la défense.

² Voy. bien qu'en sens contraire Geib., *op. cit.*, p. 373, ssv. — Lorsqu'il y avait flagrant délit constaté, le préteur pouvait-il aussi prononcer immédiatement la peine, sans qu'on eût besoin de traduire l'accusé devant les *judices*? On peut le soutenir si l'on adopte l'opinion, fort contestée d'ailleurs, d'après laquelle de tout temps à Rome le magistrat put prononcer et faire exécuter la peine contre le coupable surpris en flagrant délit, sans qu'une décision des comices ou, plus tard, des jurés, eût été nécessaire contre le citoyen; voyez dans ce sens : Zumpt, t. II, p. 178, ssv.; cf. Salluste : *Caf.*, 52; Tite-Live, 39, 17; Val. Max., VI, 1, 10. Au temps des grands jurisconsultes il semble bien ressortir d'un texte que l'esclave pris en flagrant délit et remis au magistrat était exécuté sans autre forme de procès, L. 15, D. XII, 4 : « *Cum servus tuus in suspitionem furti Attio venisset, dedisti eum in questionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi : Is eum tradidit præfecto vigillum quasi in facinore deprehensum : præfectus vigillum eum summo supplicio adfecit.* » Mais il ne paraît guère possible de conclure du cas d'un esclave à celui d'un citoyen.

(*subscriptio*); puis il prononçait la mise en accusation : le nom de l'accusé était inscrit avec celui de l'accusateur sur le rôle des causes criminelles (*nomen receptum*) et le jour était fixé pour les débats. Mais bientôt ces formes se modifièrent : l'aveu n'eut plus la même force, L. 5, D. 48, 3; l'*interrogatio in jure* disparut. Au lieu du protocole rédigé autrefois par le préteur, l'accusateur prit l'habitude de libeller d'avance son accusation, *libellus accusationis*, qu'il déposait entre les mains du magistrat¹. C'est seulement cette forme d'accusation que les textes relèvent à propos de la loi *Julia*. L. 2, § 8; L. 12 (11), § 36; L. 18 (17), § 4; L. 36 (35), D. *h. t.* En était-il ainsi dès le temps de la loi *Julia de adulteriis*? Cette forme paraît avoir été introduite par une autre loi d'Auguste, la *lex Julia publicorum*, L. 3 pr., D. 48, 2. Le dépôt du *libellus* n'équivalait point à une mise en accusation; il fallait en outre que le magistrat eût reçu *inter reos* l'accusé cité à cet effet.

Le *libellus* figurait parmi les *solemnia accusationis*, L. 18, D. 48, 2. Il devait être rédigé suivant une formule déterminée; une erreur entraînait la nullité de l'accusation. Il y avait donc grand intérêt à connaître ces formules, et Paul nous a conservé celle qui concerne le délit d'adultère, L. 3 pr., D. 48, 2². En notre matière, du reste, on se montrait moins sévère que d'ordinaire. Si le *libellus* contenait quelque erreur, on permettait de la corriger, pourvu qu'on fût encore dans les délais, L. 36 (35), D. *h. t.*³. La remise du *libellus* suffisait pour interrompre la prescription, L. 12 (11), § 6, D. *h. t.*

¹ Voy. L. 8, C. ix, 2; plus tard dans le même *libellus* l'accusateur dut expressément se soumettre lui-même à la peine du talion en cas de *calumnia*, L. 7 pr., D. xlviii, 2.

² « Consul et dies. Apud illum Prætozem vel proconsulem L. Titius professus est se Mæviam lege Julia de Adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum Gaio Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulis illis adulterium commisisse. »

³ Un texte postérieur nous dit même que les constitutions avaient affranchi le mari accusateur de la nécessité de l'*inscriptio* : « Nec inscriptionis vinculo con-

§ 2.

Règles de procédure propres à la loi Julia.

Nous ne déroulerons point la procédure à laquelle donnait lieu le *Crimen adulteri* : ce serait refaire l'histoire de la procédure sous le système des *Quæstiones perpetuæ*¹. Nous relèverons seulement trois points qui sont spéciaux à cette poursuite.

I. D'abord un texte, L. 12 (11), § 2, D. *h. t.*, déclare que la femme accusée ne peut point être défendue si elle est absente au jour des débats². Il semble qu'il n'y ait là que l'application d'une règle générale. En principe on ne pouvait point se faire représenter dans un procès criminel, L. 13, § 1, D. 48, 1. Cependant on était condamné, quoique absent, d'une façon définitive; aussi permit-on de se faire représenter dans les causes capitales : « Reos capitalium criminum absentes etiam per procuratorem defendi leges judiciorum publicorum permittunt, » L. 3, C. 9, 2³. Mais la loi *Julia*, même au temps des jurisconsultes, n'entraînant point la peine capitale, il ne pouvait être question d'un semblable privilège pour la femme; il était donc inutile de dire qu'il lui était refusé. Aussi

tineri, cum jure mariti accusaret, veteres retro principes annuerunt. » L. 30 pr., C. ix, 9. Mais ces expressions veulent dire qu'il était dispensé non de fournir le *libellus*, mais de la *subscriptio*, c'est-à-dire de l'engagement par lequel l'accusateur se soumettait à la peine du talion en cas de *calumnia*. Cf. L. 17, C. ix, 1.

¹ Voy. Geib., *op. cit.*, 2^e période; Rudorff, *op. cit.*, t. II, §§ 127, sav.; Laboulaye, *op. cit.*

² « Ea, que inter reas adulteri recepta esset, absens defendi non potest. »

³ Plus tard le droit changea; on n'admit plus la condamnation contre un absent que dans les causes non capitales; pour ces dernières il s'institua une procédure par contumace qui amenait au bout d'un temps très court, la confiscation définitive de tous les biens de l'accusé. Voy. Dig. xlviii, 17 : « De requirendis vel absentibus damnandis. » Cf. L. 5 pr., D. xlviii, 18; Paul. : *Sent.* V, 5^a, 9.

donnons-nous un autre sens à la loi. Si un accusé absent ne pouvait pas se faire représenter, il pouvait au moins faire valoir des excuses par un procureur et obtenir une remise de la cause, L. 13, § 1, D. 48, 1. C'est vraisemblablement de cette faculté que sera privée la femme *adulteri rea*. Les textes montrent en effet qu'en cette matière on redoute tout délai, on craint la corruption et on veut précipiter la marche du procès : « In crimine adulteri nulla danda est dilatio, » L. 42 (41), D. h. t. — « In causa adulteri dilatio postulata impertiri non potest. » Paul, *Sent.*, II, 26, 17.

II. La seconde règle spéciale à notre procédure, contenue dans le texte même de la loi, concernait la théorie des preuves; il s'agissait de la torture des esclaves. Elle pouvait se présenter dans deux situations distinctes, que nous allons successivement examiner.

A. L'accusé est un esclave. La preuve principale que cherche le vieux droit romain, c'est l'aveu du *reus*. S'il s'agit d'un homme libre, aucune contrainte n'est possible; on n'emploie que l'*interrogatio in jure*. De vieilles légendes racontent encore que jadis Tarquin le Superbe soumettait les hommes libres à la torture¹; mais, depuis les lois *Valerix* et *Porcix* le citoyen romain est devenu à cet égard inviolable². Ce principe protecteur est rappelé encore dans les textes de l'époque classique, L. 1, §§ 1, 3; L. 12, L. 15 pr., D. 48, 18. S'il s'agit au contraire d'un esclave, suivant une tradition commune à toute l'antiquité classique, on cherche à le faire avouer en le torturant³. Mais alors vont parfois se présenter des

¹ Denys d'Halic., III, 73.

² Cicéron : *Verr.*, V, 63 : « Cum ignes ardentisque laminæ cæterique cruciatus admovebantur... ne civium quidem romanorum, qui tunc aderant, fleu et gemitu maximo commovebare. » — Ce n'est que plus tard que dans certains cas on admit la torture même vis-à-vis des hommes libres. L. 10, § 1, D. XLVIII, 18; L. 3, L. 11, C. IX, 41.

³ Val. Max., VIII, 4, 2 : « Tortus pernegavit... sed perinde atque confessus et a iudicibus damnatus et a... triumviro in crucem actus est. »

difficultés; il pourra y avoir conflit entre le droit pénal, qui considère l'esclave comme un être responsable, et le droit civil, qui le considère avant tout comme un objet de propriété. Ces difficultés ne se présentent point si l'accusé est l'esclave de l'accusateur; celui-ci opère alors sur sa propre chose; elles apparaissent si c'est l'esclave d'autrui.

Lorsqu'un esclave était accusé *judicio publico*, le maître pouvait à son choix prendre sa défense ou l'abandonner, L. 19, D. 48, 19; L. 11, D. 48, 1. S'il l'abandonnait, bien qu'il n'y eut pas là une véritable *derelictio* (Voy. L. 9, D. 48, 1), très-certainement l'accusateur pouvait réclamer la torture; mais il le pouvait aussi, croyons-nous, en cas de *defensio* de la part du *dominus*, L. 2, C. 3, 42. L'intérêt public, qui demande la répression, doit l'emporter¹. Pourtant il y a là un danger : l'esclave, s'il sort innocent de la torture, en sortira aussi affaibli ou déprécié, et le maître n'aura aucune action pour se faire indemniser, si ce n'est l'action de dol, en cas de mauvaise foi évidente de la part de l'accusateur². Tel était le droit commun : en notre matière le législateur crut utile d'y déroger.

Ici, en effet, les accusations téméraires sont facilement présumables, surtout s'il s'agit d'un esclave³. L'accusateur devra respecter la propriété d'autrui : les juges estimeront l'esclave, et, en cas d'absolution, l'accusateur devra payer

¹ S'il s'agissait d'un *delictum privatum* imputé à l'esclave, la partie lésée, qui voulait le soumettre à la torture, le recevait du maître, généralement par une *datio*, en promettant d'en payer la valeur ou la moins-value, s'il se trouvait innocent, L. 8 pr., D. XIX, 5; L. 15 pr., D. XXII, 4; L. 13, D. XLVIII, 18. On peut même penser que le demandeur ne pouvait point arriver autrement à faire donner la question. Voy. M. Accarias : *Contrats innomés*, p. 245, svv.

² L'action de la loi *Aquilix* et ses extensions ne seraient point admissibles; l'accusateur n'a fait qu'user d'un droit, Cf. L. 30 pr., D. IX, 2; pour la même raison serait exclue l'*actio injuriarum*, que le prêteur promet contre celui « qui de servo, injussu domini, questionem habuisse dicatur. » Voy. L. 15, § 34, D. XLVII, 18. Cf. L. 13, § 1, *ibid.*

³ Dans cette hypothèse probablement les peines de la *calumniæ* ne sont point appliquées; d'ailleurs le mari ne les craint pas.

au maître le double de cette estimation, L. 28 (27), pr., D. h. t. Il y avait peut-être une stipulation judiciaire; dans tous les cas, la loi donnait une *condictio ex lege* pour assurer le recouvrement de cette somme, L. 29 (28), D. h. t. ¹.

B. L'accusé est une personne libre. Ici les esclaves ne peuvent figurer au procès que pour porter un témoignage.

Les Romains n'admettaient point que l'esclave pût être un témoin ²; ils avaient même quant aux femmes un doute à cet égard ³. Cependant les esclaves jouaient un grand rôle dans la société romaine; en fait, ils étaient les témoins de bien des actes; refuser de les entendre c'était priver la justice d'un puissant moyen d'investigation. Aussi avait-on admis dans certains cas qu'on pourrait les entendre; mais alors même apparaissait le mépris profond qu'avait pour eux la société antique. Chez les Romains comme chez les Grecs jamais on entend un esclave dans un procès sans le soumettre à la torture. Seul l'homme libre dira la vérité sous la foi sainte du serment; l'esclave qui n'a ni dieux ni patrie ne peut la révéler que sous l'action de la douleur ⁴.

Il était aussi de principe qu'on ne pouvait point faire parler contre l'accusé ses propres esclaves : *in caput domini servus non torquetur*. C'était maintenir visible à tous

¹ La loi 28 (27), §§ 1, 5, D. h. t., détermine à qui reviendra cette estimation; et nous trouvons en somme sur cette liste les personnes qui auraient l'action de la loi *Aquiliana* en cas de *damnum injuria datum*. — Nous avons le texte même de la loi sur le point qui nous occupe : c'était le neuvième chef : « Capite quidem nono : si servus adulterii accusetur, et accusator in eo quæstionem habere velit, duplum pretium domino præstari. » L. 28 (27), § 16, D. h. t.

² Térence : *Phormio*, act. II, sc. 1, v. 62, 63 :

« Servum hominem causam orare leges non sinunt,
« Neque testimonii dictio est. »

³ L. 18, D. xxii, 5 : « Ex eo quod prohibet Julia de Adulteriis testimonium dicere damnatam mulierem colligitur mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere. »

⁴ Voy. Cicér. : *Partitio orat.*, 34, 118. Tacite : *Ann.*, XIV, 44. — Les textes, quand il s'agit de faire parler un esclave en justice, demandent toujours simplement si on pourra « torquere servum. »

les yeux la distance qui sépare l'esclave de son maître; c'était une sage mesure, si l'on songe aux haines que devait allumer l'esclavage antique. Tacite nous dit que cette règle dérivait d'un vieux sénatus-consulte; mais elle existait sûrement avant qu'on crût nécessaire de l'insérer dans une loi positive, et elle se maintint très tard, L. 1, §§ 7, 13, 16, D. 48, 18; L. 1, C. 9, 41¹. Au contraire, l'ancien droit admettait que le maître accusé pouvait toujours offrir ses esclaves et les faire torturer pour établir son innocence ².

Tous les esclaves qui n'appartenaient pas à l'accusé pouvaient être produits contre lui en témoignage. S'ils appartenaient à l'accusateur, pas de difficulté; mais s'ils appartenaient à des tiers l'accusateur ne pouvait point forcer le maître, le légitime propriétaire, à les livrer ³. Il n'avait qu'un moyen, c'était d'acquiescer de gré à gré ceux qu'il voulait faire entendre ⁴.

Tel était le droit commun; mais dans notre loi, le législateur avait rompu avec la tradition. En matière d'adultère, les esclaves de l'accusé pourront être entendus contre lui; l'accusateur aura de plus le droit de forcer certains tiers à livrer leurs esclaves pour la question, moyennant une juste indemnité.

Supposons d'abord qu'il s'agisse de la femme, *adulterii rea*. On pourra, contrairement aux principes que nous venons d'exposer, torturer ses propres esclaves; on pourra réclamer pour la torture ceux que son père, sa mère, son

¹ Tibère se croyait obligé, pour tourner cette règle, d'employer un détour formaliste, « quia veteris senatus-consulto quæstio in caput domini prohibebatur, callidus et novi juris repertor, mancipari singulos actori publico jubet. » Tacite : *Ann.*, II, 30.

² Cicér. : *Pro Sex. Roscio*, 28, 77. Val. Maxime, VIII, 4, 3. Plus tard il semble qu'on ait refusé d'admettre ce mode de justification incertain et cruel. LL. 6, 7, 14 C. (9, 41).

³ Cicér. : *Pro Cluent.*, 63, 176 : « Servum... ab hoc adolescente... in quæstionem postulavit. Hic... nihil tamen ausus est recusare. » *Ibid.*, 63, 181 : « Eodem illum tunc sine causa in quæstionem postulavit; Oppianicus primo recusavit. »

⁴ Voy. Cicér. : *Pro Cluentio*, 63, 176, 177; 64, 184.

grand-père et sa grand-mère ont attachés à son service, sans lui en transférer la propriété, L. 3, C. 9, 9; L. 12, §§ 1-5, D. 40, 9. D'où vient cette anomalie? L'adultère n'aura souvent pour témoins que les esclaves domestiques de qui l'on ne se cache pas : cette idée a certainement été dans l'esprit du législateur; mais il a surtout, croyons-nous, songé au temps où la femme comparaisait devant le tribunal de famille. Alors point de restriction; on torturait tous les esclaves qui se trouvaient ordinairement autour d'elle. La loi *Julia* a voulu maintenir les mêmes facilités devant la juridiction publique; elle n'introduit point là à proprement parler un droit nouveau; elle n'a fait qu'accommoder les vieux usages aux formes nouvelles. Ce qui le montre bien, c'est que cette *quæstio* anormale ne peut être requise que par ceux qui accusent *jure mariti aut patris*, c'est-à-dire par les anciens présidents du tribunal domestique, *Collat. h. t.*, c. 41; L. 17 pr., D. 48, 18.

Si c'est maintenant l'*adulter* qui est en cause, le mari et le père, accusateurs privilégiés, pouvaient encore exiger qu'on soumit à la torture ses propres esclaves et ceux de son père, L. 28 (27), § 6, D. *h. t.* Ici, évidemment, les raisons que nous venons de développer ne s'appliquaient point; le complice de la femme n'avait jamais été justiciable du tribunal de famille. Mais on voulait maintenir l'égalité entre les deux coupables. L'idée d'utilité, les caractères propres au délit poursuivi firent décider dans ce sens. Déjà, antérieurement, lorsqu'il s'agissait de poursuivre le séducteur d'une vestale dans le *crimen incesti*, il était admis qu'on pouvait torturer les esclaves de l'accusé *in caput domini*¹.

¹ Cicer.: *Partit. orat.*, 34, 418 : « De nostrorum etiam prudentissimorum hominum institutis qui, cum in dominos de servis queri noluissent, tamen de incestu... querendum putaverunt. » — Val. Max., VI, 8, 1. La loi 4, D. XLVIII, 18, semble contredire ces témoignages : « In incesto ut Papinianus respondit, et est rescriptum, tormenta servorum cessant, quia lex Julia cessat de adulteriis. » Mais il s'agit là de l'inceste ordinaire, non de l'inceste de Vestales.

La loi ne se contentait pas d'établir ce droit de l'accusation privilégiée, elle en assurait l'exercice et en prévoyait les abus. Le père ou le mari auront le droit de se faire livrer les esclaves que le législateur leur abandonne ainsi; et pour cela, ils auront l'action *ad exhibendum* contre le propriétaire : « *Servos ei rei exhibendos*, » L. 3, C. 9, 9. Lorsqu'il s'agissait de la femme accusée, le législateur avait même pris, pour assurer les esclaves à la torture, des précautions spéciales, qui ne s'appliquaient pas dans l'accusation contre l'*adulter* : ce qui prouve encore qu'en édictant ces dispositions exceptionnelles, on avait surtout songé au jugement de l'épouse. Par un affranchissement la femme et ses parents auraient pu faire évanouir le droit de l'accusateur : toute *manumissio* intervenant de la part de ces personnes, dans les soixante jours de divorce, c'est-à-dire tant que l'accusation *jure mariti aut patris* est possible, est déclarée nulle par la loi, L. 12, §§ 1-5, D. 40, 9.

Toutes les fois qu'un esclave a été réclamé pour la torture, selon les règles que nous venons d'exposer, si l'accusé est acquitté, les juges doivent estimer le dommage, la dépréciation, et le propriétaire a une *condictio ex lege* pour se faire payer cette estimation, L. 28 (27), §§ 15, 16, D. *h. t.* S'il y a condamnation, point d'indemnité; l'accusateur ne s'était point trompé. Cette règle était assez dure lorsqu'il s'agissait non des esclaves de l'accusé, mais de ceux des parents : cela d'autant plus que la loi déclarait esclaves publics, dans tous les cas, ceux qui avaient été ainsi torturés : « *Jubet lex eos homines, de quibus quæstio ita habita est, publicos esse*, » L. 28 (27), § 11, D. *h. t.* On voulait éviter que la crainte ou l'espoir ne les empêchassent de parler contre leurs maîtres, L. 28 (27), §§ 13, 14, D. *h. t.*¹.

¹ Les esclaves de l'accusateur, s'il les avait fournis à la torture dans le procès, étaient aussi *publicati*. L. 27, § 14, D. *h. t.*

Toutes ces dispositions exceptionnelles de notre loi s'accordaient entre elles. Mais bientôt, perdant de vue l'idée première, on les étendit à de nouvelles hypothèses, et l'harmonie fut troublée. Le droit de réclamer la torture, restreint d'abord au cas d'accusation privilégiée, fut accordé bientôt au mari venant *jure extranei*, L. 6, C. 9, 9. Puis faisant un pas de plus, on l'accorda à tout accusateur, même étranger : « Quoniam non facile tale delictum sine ministerio servorum admitti creditum est, ratio eo perduxit ut, etiam extraneo accusante, mancipia quæstioni tormentorum subjicerentur a iudicibus, » *Coll. h. t.*, C. 11. Mais une portion des garanties imaginées pour assurer ce droit n'allait-elle pas alors disparaître? Lorsque l'accusation est possible aux étrangers, les affranchissements sont permis à tous, à la femme et à ses parents. Cela est vrai; mais en même temps s'introduisait une doctrine d'après laquelle est nul tout affranchissement qui a pour but de soustraire un esclave à la torture, L. 1, § 13, D. 48, 18. Enfin, nous pensons qu'on décida que l'accusateur pourrait forcer toute personne à livrer ses esclaves, pour qu'on les fît parler au procès, L. 28 (27), § 6, D. *h. t.*¹. En même temps, les jurisconsultes décidaient que, dans une semblable hypothèse, l'accusateur devait offrir de consigner l'estimation des esclaves, Paul, *Sent.*, V, 6, 3.

III. Pour terminer l'étude des règles de procédure particulières à la loi *Julia*, il ne nous reste plus qu'à indiquer certaines fins de non-recevoir qu'elle accordait aux accusés, comme moyens de défense : c'est ce que les textes appellent les *præscriptiones*.

De tout temps on admit dans la procédure criminelle, à Rome, de semblables fins de non-recevoir. Elles devaient être discutées avant que l'instance ne s'ouvrit, car elles pouvaient la rendre impossible ou tout au moins la re-

¹ Tel nous paraît être le sens du rescrit d'Adrien contenu dans ce texte : « Divus Hadrianus Cornelio Latiniano rescripsit et de cæteris servis quæstionem haberi. »

tarder¹. A l'origine, comme les exceptions du droit civil au temps des Actions de la loi, elles se discutaient au moyen de stipulations préjudicielles, soumises à un *judex*² : au temps des *Judicia publica*, on les soumettait soit au préteur qui présidait la *Quæstio*, soit peut-être aux jurés eux-mêmes au début de l'instance. Plus tard, le juge, qui succéda à la *Quæstio*, les examina seul; mais il fallait alors les présenter avant que la *nominis receptio* eût lieu, sinon il était trop tard, L. 16 (15), § 7, L. 2, § 4, D. *h. t.* Ces *præscriptiones* étaient fort nombreuses en notre matière, les unes ouvertes seulement à la femme, les autres accordées également à l'*adulter*; nous allons les passer rapidement en revue; nous en connaissons déjà un certain nombre.

1° C'était d'abord la prescription proprement dite. L'accusation n'est plus possible, nous le savons, au bout de cinq ans, quelquefois même au bout de six mois, s'il s'agit de la femme, D. 12 (15), § 4; L. 30 (29), § 5, D. *h. t.*; L. 1, § 10, D. 48, 16.

2° Toutes les incapacités qu'on pouvait opposer aux accusateurs *extranei* se présentaient sous la forme de *præscriptiones*, L. 16 (15), §§ 6, 7, D. *h. t.*

3° C'est au moyen d'une *præscriptio* que la femme remariée renvoie l'accusateur à poursuivre d'abord l'*adulter*, L. 20 (19) pr., D. *h. t.*; L. 5, D. 48, 2.

4° Le mari, accusant *jure mariti*, peut, nous le savons, retirer purement et simplement son accusation sans craindre les peines de la *tergiversatio*; mais, par là, il perdait le droit de la renouveler, même pour des faits nouveaux : « Marito accusanti illa præscriptio objicitur si legem prodidisse dicatur ob hoc quod adgressus accusationem destitit, » L. 2, § 1; L. 41 (40), § 1, D. *h. t.*³.

¹ Cicér. : *De invent.*, II, 49, 58. Quintilien : *Declamaf.*, 250.

² Voy. des exemples : Val. Max., VI, 40; Liv., III, 24; cf. Bekker : *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, t. I, p. 250, ssv.

³ D'après la loi 16, C. ix, 9, cette *præscriptio* dériverait non de la loi *Julia*, mais

5° Si le mari s'était rendu coupable de *lenocinium*, il perdait par là même le droit d'intenter aucune action à l'occasion de l'adultère de sa femme : *l'adultera* et *l'adulter* pouvaient lui opposer une *præscriptio* péremptoire. Certains textes le prouvent d'une façon certaine : « *Præscriptio lenocinii quod marito objicitur*, » L. 28, C. 9, 9; « *Præscriptionem esse pollicitum eo nomine quod accusator uxorem post deprehensum adulterium penes se habuisse dicatur*, » L. 26, 9, 9¹. Du reste, probablement, il n'y avait pas de dispositions formelles sur ce point dans la loi *Julia*. On avait trouvé impossible de permettre à ce mari, punissable lui-même, de poursuivre un délit qu'il avait ouvertement toléré². Mais on s'écarta de cette idée dans la suite; on trouva immoral que la faute du mari assurât l'impunité aux deux coupables : « *Non est ejusmodi compensatio admissa*. » Le *lenocinium* du mari, nous dit Ulpien, ne fera point tomber la poursuite qu'il intente; *l'adulter* pourra seulement l'accuser à son tour. Mais cette contre-accusation devra être intentée avant que l'accusé ait été *inter reos receptus*, L. 2, § 4, D. *h. t.* De même, si c'est la femme que le mari poursuit, le jurisconsulte lui refuse la *præscriptio lenocinii*³; cependant, ici la femme ne pourra point accuser à son tour; elle n'a pas le *jus accusandi*. Bientôt, la procédure inquisitoire gagnant du terrain, on admit que le juge pourrait, d'office, appliquer la peine au mari. L'empereur Sévère, jugeant au criminel, en avait donné l'exemple, L. 2, § 6, D. *h. t.* Ce qui put faciliter

de dispositions législatives postérieures : « *Decreto patrum et lege Petronia ei, qui jure viri delatum adulterium non peregit, nunquam postea hoc crimen deferre permittitur*; » Cf. L. 47, D. xxiv, 3. « *Ex mente Legis*. »

¹ Il résulte de la loi 26 C. citée, que cette défense ne pouvait point être invoquée par les esclaves accusés.

² Ce raisonnement semble bien contenu dans la loi 2, § 2, D. *h. t.* « *Lenocinii quidem crimen lege Julia de Adulteris præscriptum est, cum sit in eum maritum poena statuta*. »

³ *Putem non repellere : lenocinium igitur mariti ipsum onerat non mulierem excusat*, L. 2, § 6, D. *h. t.*

la disparition de la *præscriptio lenocinii*, c'est qu'elle n'était pas écrite dans la loi, et qu'elle avait été seulement introduite par l'interprétation.

Il semble, du reste, que la liste des *præscriptiones* n'ait pas été arrêtée d'une façon définitive, et qu'on ait beaucoup laissé à l'interprétation¹. Plusieurs autres fins de non-recevoir devaient être discutées, et parfois admises²; cela ressort de ce que l'empereur Dioclétien déclare expressément qu'il n'en conserve que trois³ : « *Ita nobis cordi pudor est ut removeamus prisca juris ambages.... in adulterii quæstione remotis de medio cæteris præscriptionibus*, » L. 28, C. 9, 9. Il en est pourtant d'autres qui subsistèrent même après Dioclétien; car nous les voyons supprimées par les empereurs Théodose, Arcadius et Honorius, L. 33, C. 9, 9; elles étaient tirées de rapports de droit civil : « *Præscriptiones civiles quibus dos aut repeti fingitur aut ex ratione aliqua debitum flagitatur, quæ occurrere atque prestrepere examini consuerunt*. » C'est là un texte bien plus jeune que la loi *Julia*; on y trouve ce style de la décadence qui introduit à plaisir les images inutiles dans la langue du droit; il fait pourtant allusion, croyons-nous, à des dispositions contenues dans notre loi.

¹ La loi 25, C. ix, 9, suppose un moyen de défense qu'il est assez difficile de préciser : « *Si ejus a quo nunc adulterii rea postularis, contra juris formam contubernio hæstisti innumeris auctoritatibus tueri te potes*. » Suppose-t-on un homme qui veut poursuivre pour adultère la concubine ou l'esclave avec laquelle il vit : ou bien suppose-t-on qu'un mariage a suivi le concubinat ou le *contubernium*, l'esclave ayant été affranchie?

² Ainsi nous voyons dans un texte, L. 12 (11), § 9, D. *h. t.*, une femme, dont le mari est mort laissant un fils impubère, essayant de repousser l'accusation d'adultère par une exception dilatoire. Elle s'appuyait évidemment sur le principe de l'édit Carbonien, d'après lequel tout procès qui met en question la légitimité d'un impubère, doit être renvoyé jusqu'à l'époque de sa puberté, L. 1 pr., D. xxxvii, 10. Sa prétention est repoussée; car il peut se faire qu'elle soit adultère et que pourtant l'enfant soit légitime.

³ Au nombre des trois est l'*exceptio lenocinii*; l'opinion reçue au temps d'Ulpien avait donc disparu à cette époque.

§ 3.

La loi Julia et l'action De moribus.

La loi *Julia* contenait, en effet, des dispositions concernant le droit civil. Rien de plus facile à comprendre : le délit d'adultère avait, nous l'avons vu, pour conséquence naturelle et parfois pour conséquence nécessaire le divorce, institution de droit civil.

Le législateur, tout d'abord, subordonnait à certaines formes la validité du *repudium*; c'est un point que nous avons déjà indiqué, L. 1, § 1, D. 38, 11; L. 44 (43), D. *h. t.*; L. 9, D. 24, 2¹. Jusque-là, l'expression quelconque de la volonté avait suffi. Mais la loi nouvelle faisait courir, à partir du divorce, les délais assez brefs ouverts pour accuser la femme : il fallait qu'il fût facile de fixer la date précise du *repudium*. Cette réforme était un complément nécessaire des dispositions pénales; ce n'était pas la seule qu'introduisit la loi *Julia*.

Nous avons déjà dit qu'une loi fixa le taux des *retentiones de dote*, introduisant en même temps le *judicium de moribus* contre le mari. Bien qu'on lui ait parfois assigné une date plus ancienne, nous avons montré que cette loi avait dû être votée à la même époque que la loi *Julia de adulteriis*; allant maintenant plus loin, nous admettons qu'elle n'est autre que la *lex Julia de adulteriis* elle-même². Voici ce qui nous détermine à produire cette opinion.

L'antiquité avait admis pour l'adultère de la femme une double répression : d'un côté, une peine effective pronon-

¹ Cf. LL. 7, 8, D. xxiv, 2, tirées du traité de Papinien, *De adulteriis*.

² M. Rudorff attribue les règles sur les *retentiones* à la loi *Julia de maritalibus ordinibus*, *op. cit.*, t. I, § 27. Dans notre sens, Czylahrz : *Das römische Dotatrecht*, p. 335.

cée par le tribunal de famille ou par l'assemblée du peuple; d'autre part, la privation d'une partie de la dot, prononcée par un *judex* dans l'action *de moribus*. La loi nouvelle, tout à la fois novatrice et respectueuse du passé, selon une tendance chère aux Romains, devait maintenir, en la modifiant, cette double voie de droit. Elle avait transformé la poursuite publique et en avait tracé les règles; il était logique qu'elle réglementât également l'*actio de moribus*, qui jusque-là avait été assez flottante. Qu'il en ait été ainsi, c'est ce que montre clairement la loi 47, D. 24, 3¹. Elle déclare que, lorsque le mari est lui-même coupable de *lenocinium*, il ne peut exercer aucune rétention sur la dot de la femme adultère; puis le texte ajoute : « Si quelqu'un prétend même qu'il résulte de l'esprit de la loi qu'en pareil cas le mari ne peut pas intenter l'accusation publique, il faut lui donner raison. » C'est donc qu'une seule même loi, la nôtre, réglait à la fois la *retentio propter mores* et le *crimen adulterii*.

Enfin, une dernière considération confirme notre hypothèse. C'est dans la loi *Julia de adulteriis* qu'était contenue la prohibition d'aliéner le fonds dotal italique : on l'admet du moins généralement, et cela est dit formellement par un texte, Paul, *Sent.*, II, 21 b, 2². Une semblable disposition, jetée au milieu ou à la fin d'une loi purement pénale, a étonné. Pour rendre compte de ce fait, on a fourni diverses explications dont, à vrai dire, aucune n'est satisfaisante³. Pour nous, il n'y a là rien de surprenant.

¹ « Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur : Cur enim improbet maritus mores quos ipse aut corripit aut ipse postea probavit? Si tamen *ex mente legis* sumet quis ut nec accusare possit audiendus est. »

² Voy. les lois 2, 6, 12, 13, 14, au titre de *Fundo dotali*, D. xxii, 5, tirées des divers commentaires sur la loi *Julia de adulteriis*. M. Demangeat : *De la condition du fonds dotal*, p. 56, svv. — Gaius, II, 63, désigne la loi qui défend d'aliéner le fonds dotal simplement sous le nom de loi *Julia*.

³ Voy. M. Demangeat, *op. cit.*, p. 57, svv., il conclut ainsi : « Je l'explique tout simplement en disant que le but de cette loi, comme de plusieurs autres de la même époque, est d'encourager le mariage. »

Le législateur, traitant de l'adultère, avait été tout naturellement conduit à s'occuper du divorce; il avait réglé la restitution de la dot, puisque le *crimen adulteriū* y apportait des modifications profondes. Arrivé là, il avait saisi cette occasion, si opportune, pour introduire une réforme utile que réclamait sans doute l'opinion des contemporains¹.

Donc la loi *Julia* maintenait pour le mari l'*actio* ou la *retentio de moribus* à côté de l'accusation publique ouverte contre la femme. Mais cela n'entraînait-il pas bien des difficultés? La femme pourrait-elle être soumise successivement aux deux actions? Cela était bien dur, et cela semble même contradictoire en partie. Au civil, la femme est punie par la rétention du sixième de sa dot; au criminel, la sentence emporte confiscation de la moitié de cette même dot. Il y a là une question intéressante, qui peut s'élever dans plusieurs situations distinctes.

A. On peut se demander d'abord si le mari cumulera les deux actions; si, après avoir agi *de moribus* ou réclamé la *retentio propter mores*, il peut encore accuser au criminel, ou à l'inverse. Pour répondre, il faut rattacher cette difficulté à une question plus générale.

En droit romain, il arrivait assez souvent qu'un délit donnât naissance à deux actions pénales: l'une de droit civil, dite *pœnæ persequendæ gratia*, l'autre de droit pénal proprement dit, une *publica accusatio*. Ainsi nous voyons concourir l'action *vi bonorum raptorum* et la loi *Julia de vi*, L. 2, § 1, D. 47, 8; la loi *Aquila* et la loi *Cornelia de sicariis*, L. 23, § 9, D. 9, 2; cf. L. 45, D. 48, 2; L. 4, D. 48, 1². En général, les Romains admet-

¹ C'est ainsi que chez nous la loi du 25 mars 1873, réglant la condition des déportés, contient d'importantes dispositions sur le régime matrimonial et la succession des déportés que leur conjoint est venu rejoindre dans le lieu de déportation; et, en fixant dans l'article 13 les droits du conjoint survivant, elle n'a fait qu'introduire sur un point spécial une réforme réclamée pour le droit commun.

² Cf. Francke: *Commentär über den Pandektenitel de hereditatis petitione*, p. 69, 88v.

taient le cumul des deux poursuites, même exercées par une seule personne. Non-seulement lorsqu'on avait échoué, mais aussi lorsqu'on avait réussi dans la première, on pouvait encore intenter la seconde: « *Solemus dicere ex quibus causis publica sunt judicia ex his causis non esse nos prohibendos quominus et privato agamus*, » L. 7, § 1, D. 47, 10; L. 1, C. Theod. 9, 20; L. 1, C. 9, 31. Les jurisconsultes avaient reconnu, en effet, que la plupart des actions pénales de droit civil étaient pécuniaires, non-seulement dans leur objet, mais aussi dans leur cause. Bien que, à moins d'être mixtes, elles ne tendissent point à obtenir la réparation du préjudice causé, elles avaient en général pour but la protection du patrimoine: « *In his de re familiari agitur*, » L. 4, D. 48, 1. C'est pour cela qu'en principe ils les déclaraient transmissibles activement, *a parte actoris*¹, Gaius, IV, 112; et pour la même raison ils décidaient qu'elles pouvaient se cumuler avec une *accusatio publica* naissant du même fait². Mais l'analyse si fine des jurisconsultes ne s'était point arrêtée là. Parmi les actions pénales de droit civil, il y en avait qui certainement puisaient leur cause non dans un dommage causé au patrimoine, mais dans une atteinte directe portée à la personne. Celles-là n'avaient cer-

¹ Cette doctrine cependant ne fut peut-être point admise sans difficulté. Cicéron dans un curieux billet adressé au jurisconsulte Trebatius, le lendemain d'un souper, où *inter pocula* on avait discuté des questions de droit, semble indiquer que, selon une ancienne opinion, si la personne volée mourait avant la *liticon-testatio*, l'*actio furti* ne passait point à son héritier: « *Illuseras heri inter scyphos quod dixeram controversiam esse, posset ne heres quod furtum antea factum esset furti recte agere... scires quod tu neminem sensisse dicebas Sex. Aelium. M. Manilium, M. Brutum sensisse: ego tamen Scævola et Testæ assentior.* » *Ad famil.*, VII, 22. — Il est vrai que d'ordinaire on entend autrement ce texte; on explique les mots *antea factum*, comme désignant un vol accompli non pas avant la mort du défunt, mais depuis cette mort et avant l'adition d'hérédité. Voyez M. Albert Desjardins: *Traité du vol dans le droit romain*, p. 74.

² Cependant une opinion s'était formée qui défendait d'intenter en premier lieu l'action pénale privée, lorsque l'accusation publique qui concourait avec elle était capitale: on craignait un préjugé. Cicér.: *De Invent.*, II, 20, 59; L. 7, § 1, D. XLVII, 10; cf. L. 23, § 9, D. IX, 2.

tainement qu'un objet : la punition et la vengeance; aussi étaient-elles dites *vindictam spirantes*, étaient intransmissibles aux héritiers, et ne comptaient point dans le patrimoine, Gaius, IV, 112. Elles auraient fait double emploi avec l'action publique qui pouvait concourir avec elles; ici le cumul n'était plus possible; il fallait faire un choix, L. 7, § 1, D. 47, 10. Il en était ainsi, par exemple, de l'action *injuriarum* par rapport à l'action que la loi *Cornelia de injuriis* ouvrait pour l'application d'une peine véritable, L. 5, pr., § 9, D. 47, 10; l'offensé qui avait intenté l'une ne pouvait plus intenter l'autre : « Plane si actum sit iudicio publico denegandum est privatum, similiter ex diverso, » L. 6, *in fine*, D. 47, 10.

Il en est de même du *iudicium de moribus* (et de la *retentio* correspondante bien entendu) par rapport à l'accusation possible au criminel contre la femme. L'action civile tend au même but que l'accusation, et aussi est-elle appelée *coercitio, publica coercitio*, L. 15, § 1, D. 24, 3; L. 5, pr., D. 23, 4. Le mari devra choisir entre elles; s'il intente l'une, il ne pourra plus intenter l'autre¹. Cela est certain : « A plerisque prudentibus generaliter definitum est, quoties de re familiari et civilis et criminalis competit actio utraque licere experiri... cum una excepta sit causa de moribus, » L. unic. C. Th., 9, 20². Et la loi 12 (11), § 3, D. *h. t.* est absolument probante dans le même sens. Un beau-père, y est-il dit, voulait accuser sa bru pour adultère; et dans ce but il avait présenté au président de la province le *libellus accusatorius*. Avant que la *nominis receptio* ait lieu, il se ravise et retire son accusation. Pourquoi? parce qu'il préfère agir au civil *de moribus* « maluit accusatione desistere et lucrum ex dote magis petere. » C'est donc qu'il ne pouvait pas cumuler les deux actions; l'action civile serait devenue impossible s'il avait poussé

¹ Ainsi reparait l'analogie déjà signalée par Paul Gide entre l'*actio rei uxoriæ* et l'*actio injuriarum*. — V. *Du caractère de la dot en droit romain*, 2^e éd., p. 524.

² Cf. Cujas : *Ad leg. 33, D. xxiv, 3*.

jusqu'au bout la *publica accusatio*¹. Le jurisconsulte blâme la conduite du beau-père « qui commodum dotis vindictæ domus suæ præponere non erubuit, » affirmant une fois de plus l'incompatibilité des deux poursuites.

Il résultait de là que lorsque le mari voulait accuser la femme, si le procès était déjà engagé au civil sur la restitution de la dot, la femme pouvait lui opposer une *præscriptio*, tirée de l'impossibilité du cumul. C'est du moins ce qu'on peut conclure de la loi 33, C. 9, 9, où il est parlé des *præscriptiones civiles quibus dos repeti fingitur*².

Si le mari a choisi la voie civile, sans doute il ne pourra plus accuser au criminel; mais un tiers le pourrait-il? Les textes sont muets sur ce point. Peut-être cependant est-il possible d'admettre une solution affirmative. La règle *non bis in idem* n'est pas, nous l'avons vu, bien solidement établie chez les Romains; et il est certain qu'on trouva bientôt la répression résultant de la *retentio* très insuffisante. Arg. L. 12 (11), § 3, D. *h. t.*

B. Le mari est resté dans l'inaction absolue après le divorce; mais un *extraneus* a intenté l'accusation contre la femme. Le mari pourra-t-il agir *de moribus*? Si la femme a été acquittée, point de doute : il pourrait même accuser au criminel, L. 4, § 2, D. *h. t.* Nous croyons que la solution serait encore la même si la femme avait été condamnée sur la première poursuite. Mais alors la moitié de la dot a été confisquée, comment le mari pourra-t-il

¹ Pourquoi est-ce ici le père du mari et non le mari lui-même qui réclame le *lucrum ex dote*? C'est que le mari est dans cette hypothèse *filius/familias*, et si on admettait qu'alors il pouvait accuser au criminel sans l'autorisation de son père, ce dernier pouvait seul agir au civil.

² D'autres *præscriptiones* du même genre s'étaient aussi introduites; toutes les fois que la femme était accusée par son mari au moment où elle lui réclamait non pas seulement sa dot, mais aussi bien toute autre dette, « aut ex ratione aliqua debitum flagiatur, » elle prétendait tirer de là une *præscriptio*. Elle soutenait sans doute que l'accusation n'était alors qu'une riposte de la part du mari. Les empereurs Théodose, Arcadius et Honorius supprimèrent toutes ces *præscriptiones*, faisant passer avant tout le procès criminel. L. 33, C. 9, 9.

se faire attribuer le sixième de la dot entière? La confiscation ne sera pas opposable en ce qui le concerne; un texte le dit formellement : « Et omnes omninò maritus salvæ actiones contra fiscum habet, » L. 4, D. 48, 20. Et ce texte est tiré du livre second du traité de Papinien *de adulteriis*.

Telle était la loi *Julia*, l'une des plus remarquables qu'Auguste ait portées. Destinée à remplacer de vieilles institutions devenues impuissantes, elle allait offrir le spectacle d'une impuissance nouvelle, celle des lois luttant contre les mœurs. Vainement elle déployait une sévérité qui aujourd'hui paraîtrait excessive. Comme la plupart des lois contemporaines, sortant du domaine légitime du droit pénal, elle punissait la violation des obligations morales et des devoirs de famille. Aussi bien que l'adultère elle frappait le *stuprum* entre personnes libres de tout lien conjugal; elle frappait les lâchetés des maris complaisants; elle confiait enfin au peuple entier la surveillance et la répression des désordres privés. C'était une construction ingénieuse et savante, mais toute factice : l'histoire des temps qui suivirent va nous le montrer clairement.
